

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2012 | anno VII

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2012 | anno VII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI



Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2012 | anno VII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato scientifico

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

Comitato dei referees

Roberto Adam, Roberto Baratta, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro, Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Paolo Fois, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia Serena Rossi, Girolamo Strozzi, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

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

© 2012 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

Biagio DE GIOVANNI L'Europa, oggi	9
Ugo DRAETTA Quale futuro per l'Eurozona e l'Unione europea?	23
Nicoletta PARISI Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali	33
Angela Maria ROMITO Il difficile dialogo tra Corte di giustizia dell'Unione europea e giudice interno in tema di decorrenza del termine di prescrizione	59
Luca PALADINI L'Unione europea all'Assemblea generale dell'ONU: un vecchio osservatore con nuovi poteri?	85
Marco LOMBARDO I contratti di fornitura a lungo termine nel diritto europeo dell'energia tra concorrenza e sicurezza	105

NOTE E COMMENTI

Giannangelo MARCHEGIANI Sulla competenza del Tribunale dell'Unione europea nei confronti della BEI in materia di appalti	127
Pieralberto MENGOZZI I rimedi procedurali in materia di appalti pubblici, l'autonomia procedurale degli Stati membri dell'UE ed il caso <i>Symvoulis</i>	137

Giuseppe MORGESE Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso <i>N.S. e altri</i>	147
Teresa MOSCHETTA Gli investimenti nel mercato interno dell'energia: que- stioni di compatibilità con gli obblighi internazionali degli Stati membri	163
Elisabetta BERGAMINI Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il nuovo regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale	181
 RECENSIONI 	
E. TRIGGIANI (a cura di), <i>Le nuove frontiere della cittadi- nanza europea</i> , Bari, 2011 (C. Morviducci)	205
Libri ricevuti	209
Indice degli autori	213

Summary



ARTICLES

Biagio DE GIOVANNI Europe, Today	9
Ugo DRAETTA Which Future for the Eurozone and for the European Union?	23
Nicoletta PARISI Mutual Recognition of Criminal Judgments and Judicial Decisions, Mutual Trust and Approximation of Procedural Safeguards within the Member States of the European Union	33
Angela Maria ROMITO The Time-Limit Prescription: A Difficult Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the National Judge	59
Luca PALADINI The European Union at the United Nations General Assembly: New Powers for an Old Observer?	85
Marco LOMBARDO Long-term Gas Contracts in EU Energy Law between Competition and Security of Supply	105

NOTES AND COMMENTS

Giannangelo MARCHEGIANI The Jurisdiction of the General Court of the European Union over Disputes Concerning the EIB's Procurement	127
Pieralberto MENGOZZI The Jurisdictional Remedies in the Public Procurement Field, the Procedural Autonomy of the EU Member States and the <i>Symvoulia</i> Case	137

Giuseppe MORGESE Dublin II Regulation and Application of the Principle of Mutual Trust between Member States: The CJEU Decision on <i>N.S.</i> and <i>Others</i> Case	147
Teresa MOSCHETTA The Investments in the Internal Energy Market: Issues of Compatibility with Member States' International Obligations	163
Elisabetta BERGAMINI Developments of Family Law in EU: Regulation 1259/2010 on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation	181

BOOK REVIEWS

E. TRIGGIANI (a cura di), <i>Le nuove frontiere della cittadi- nanza europea</i> , Bari, 2011 (C. Morviducci)	205
Books received	209
List of contributors	213



Articoli

Biagio de Giovanni*

L'Europa, oggi

SOMMARIO: 1. La crisi europea e qualche precedente storico. – 2. Un laboratorio troppo complicato. – 3. L'Europa potenza civile. – 4. La crisi di un modello. – 5. *Governance* e comunità politica. – 6. Regressioni. – 7. Un'osservazione sul rapporto fra *governance* e democrazia. – 8. La sentenza della Corte federale tedesca. – 9. Una doppia legittimazione. – 10. Una questione di egemonia. – 11. Germania ed Europa. – 12. Qualche riflessione istituzionale. – 13. Per una conclusione aperta.

1. Che il progetto di unità europea attraverso una grave crisi, è cosa ormai sotto gli occhi di tutti. Che l'euro vacilli sotto i colpi della speculazione finanziaria, che sia in difficoltà perfino il più grande progetto destinato a produrre "integrazione", come molti pensavano, con veri e propri automatismi successivi, è un dato che appartiene ormai alla riflessione quotidiana di economisti, politici e giornali d'opinione nonché al frenetico succedersi di "vertici" per lo più poco efficaci. Mario Monti, parlando, come tenne a dire poco tempo fa, da professore, ha osservato che in crisi non è l'euro, ma l'eurozona, ovvero il governo della moneta europea. Si può capire la distinzione, anche se è difficile separare del tutto la moneta come tale dalla difficoltà del suo governo e anzi dalla assai problematica esistenza di questo "governo". Negli anni immediatamente successivi alla creazione dell'UEM non pochi avvertirono l'anomalia di una "unione" che metteva fra parentesi la lettera E (Economica) e poggiava tutto sull'altra lettera, M (Monetaria), contravvenendo alla propria stessa denominazione; e di una moneta senza Banca centrale funzionante come avevano funzionato e funzionano, fuori d'Europa, le banche nazionali¹. Nonché l'anomalia di una moneta senza Stato, comunque questa parola debba essere intesa, anche fuori da vecchie morfologie. Ma la forza di quegli anni, di quel decennio (1989-1999), fu tale, compreso un tale susseguirsi di eventi che spingevano all'integrazione, da dar vita a un processo che apparve (e legittimamente) alla luce di una "ragione storica" che sembrava dover superare ogni ostacolo. Insomma, vorrei evitare un ragionamento col "senno del poi", cui molti oggi sono spinti, nel momento in cui la crisi si squaderna sotto i nostri occhi. A voler solo accennare a una ricostruzione storica di quegli eventi (cosa che è fuori dalla portata di questo articolo), si potrebbe ricordare un famoso "Documento" della CDU-CSU, del 1994 (noto

* Emerito di Filosofia della politica nell'Università degli studi di Napoli "L'Orientale".

¹ Avvertivo la serietà di questo problema in B. DE GIOVANNI, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Napoli, 2002, p. 227 ss.

come Documento Schäuble-Lamers²), che prevedeva una Unione monetaria ristretta a Germania, Francia e qualche piccola entità di contorno (Paesi Bassi, Lussemburgo), ma le cose andarono diversamente, soprattutto per la iniziativa di Spagna e Italia, e l'ipotesi "allargata" venne accolta dal governo di Germania che immaginò sufficiente garanzia le condizioni di accesso alla moneta previste dal Trattato di Maastricht. Certo, quella debolezza originaria esisteva, la moneta sopravanzava altri processi che non pochi immaginavano vi sarebbero stati successivamente, quasi con sequenze automatiche. Questa previsione non si è avverata e, a pensarci, era difficile che si avverasse.

2. Naturalmente, in presenza di una crisi latente, si apprestano difese – né sarebbe immaginabile cosa diversa –, tutte in corso d'opera: nessuno potrebbe assistere indifferente a una crisi economico-finanziaria che, lasciata a se stessa, sarebbe in condizione di sconvolgere gli assetti europei e indirettamente quelli globali. Si può vedere, dunque, il problema anche dal lato positivo delle difese apprestate, dalla creazione di fondi comuni per rispondere a nuove emergenze dopo quelle greca e irlandese (e portoghese, spagnola e italiana), alla ridefinizione dei criteri del vecchio patto di stabilità, al patto fiscale in corso di realizzazione, anche se si ha la sensazione della loro insufficienza a governare la congiuntura: ed è proprio di questi giorni in cui scrivo, una dichiarazione allarmata di Mario Draghi sul carattere sistemico e "gravissimo" della crisi-euro. È fuor d'ogni dubbio, insomma, che la crisi incalza e che intorno a essa sia necessario riflettere e decidere. Finora non sembra che decisioni adeguate siano state effettivamente prese e forse questo dato stimola una prima riflessione teorica che personalmente avevo sottolineato anni fa: come se l'Unione europea non avesse, nel proprio forse troppo complicato laboratorio, strumenti per il governo dell'eccezione³, inteso questo termine nel significato più largo, proprio quando l'eccezione sembra diventare la norma nel governo del mondo globale che deve far continuamente fronte a sfide imprevedute. Voglio aggiungere subito che non ho la competenza per entrar nel merito della crisi finanziaria, e mi limito ad osservare che essa si è andata avvitando intorno a un dato che non è solo monetario, ma che tocca squilibri profondi fra i vari sistemi economico-finanziari e fiscali, con duri riflessi politici, tali da irrompere sotto la cortecchia unitaria dell'euro slabbrandone i confini, e appare assai difficile la possibilità della loro armonizzazione. Più di questo, però, sul tema specifico, non so dire, non riesco a disegnare gli scenari economico-finanziari che possono nascere dall'approfondimento della crisi-euro, e magari dal suo tracollo (che metterebbe in discussione l'intera UE, questo è sicuro), ma posso provare a riflettere sulle ragioni della crisi politico-costituzionale che pure accompagna la storia dell'Unione, anche dopo il sicuro successo della ratifica del Trattato di Lisbona, seguita all'illusione costituzionale.

² W. SCHÄUBLE, K. LARMERS, *Überlegungen zu Kerneuropa*, CDU/CSU Papier, Bonn, 1994.

³ B. DE GIOVANNI, *Verso una costituzione post-nazionale*, in G. VACCA (a cura di), *Dalla convenzione alla costituzione – Rapporto 2005 della Fondazione Istituto Gramsci*, Bari, 2005, pp. 21-58.

3. Parto da lontano, ma da una lontananza che si avvicina giorno dopo giorno. Parto da quella che chiamo la “grande illusione” (chi non ricorda il film di Renoir e il tessuto di illusioni europee che lo attraversava?), quella che si affermò e sviluppò con impressionante forza lungo gli anni novanta – cui mi riferivo all’inizio – e che produsse non solo l’euro, ma l’allargamento dell’Unione fino alla riunificazione del continente, fino alla costruzione dello “Spazio di libertà, sicurezza, giustizia”, e alla conseguente e innovativa integrazione degli ordinamenti giuridici. Era un modello di integrazione complessivo che avanzava, di cui si scorgevano, certo, i problemi nascenti dalla medesima estensione della “scala” del progetto, ma che appariva non solo come un modello per l’Europa, ma addirittura sembrava esprimere una capacità espansiva oltre i suoi stessi confini che fu rappresentata nella fortunata espressione dell’Europa “potenza civile”. La chiamo “grande illusione” non perché essa non abbia esercitato una ampia e concreta egemonia e non abbia prodotto grandi effetti sulla storia del progetto europeo – dirlo, sarebbe negare l’evidenza –, ma perché alla sua base, e quasi come fondamento profondo del suo disegnarsi, c’era l’idea di uno sviluppo addolcito del processo di globalizzazione, che avrebbe dato sempre più spazio a quella Europa post-sovrana, madre del diritto e capace di influenzare la fine della vecchia geopolitica, a favore di una visione neocosmopolitica o macroregionale dialogante, variamente rappresentata. Vorrei ricordare, in proposito, soprattutto gli studi di Mario Telò e dell’Istituto di studi europei di Bruxelles tutti variamente indirizzati su quella via⁴. Ma l’Europa del “patriottismo costituzionale” di Jurgen Habermas, con strumenti di alta filosofia, non indicava un percorso molto diverso anche se in un altro quadro concettuale⁵. L’Europa, continente della pace e del diritto, e di compromessi democratici e sociali, aperti all’“inclusione dell’altro” (altro titolo notoriamente habermasiano), ostile a ogni ipotesi di scontro di civiltà e quasi modello per il mondo, spesso, almeno nell’era Bush, in netta antitesi all’America e al suo unilateralismo di grande potenza politica. Quasi si può aggiungere – anche se la cosa andrebbe ben diversamente argomentata – che a fondamento del progetto europeo, così inteso, c’era l’idea che la politica nel suo aspro realismo stesse per cedere il posto al diritto e al proceduralismo democratico, e a una idea universale di cittadinanza, quasi una estensione su scala mondiale di quel neo-costituzionalismo cosmopolita che, come ricordavo, dominò il pensiero europeista in quegli anni: che, insomma, Hans Morgenthau e Kenneth Waltz e il loro cinico iperrealismo potessero andare – finalmente! – in soffitta, a vantaggio degli studiosi di archeologia politica. Furono gli anni in cui il lavoro di Jurgen Habermas, per richiamare ancora lui, raggiunse l’apice della sua influenza, oggi sicuramente declinante, un lavoro che ragionava intorno all’espansione della sfera sovranazionale in perfetta corrispondenza dell’esaurirsi della spinta propulsiva degli

⁴ Cfr., soprattutto, M. TELÒ, *L’Europa potenza civile*, Bari, 2003.

⁵ Fra i molti studi di tale A. sul tema, cfr. J. HABERMAS, *Perché l’Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, p. 145 ss.

Stati nazionali. Un altro suo testo decisivo su questo tema è *La costellazione post-nazionale*⁶, veramente emblematico nella direzione indicata. E mi si permetta di aggiungere che questo richiamo alla filosofia non è affatto canonico o ininfluente, se è vero, come penso, che l'idea di Europa e della sua realizzazione politica ha sempre posseduto un tratto illuminato e argomentato proprio dalla filosofia, come ho cercato di mostrare in più di un lavoro⁷. Ma qui conviene aggiungere che spesso le dure repliche della storia, di hegeliana memoria, non fanno sconti alle belle argomentazioni che rischiano di far circolo con se stesse. E lo dico anche con qualche spirito autocritico.

4. Ebbene, la mia tesi è che questa ipotesi essenziale attraversi una fase di profonda difficoltà e che questa difficoltà – in un complesso intreccio di cause e di effetti – sia produttiva di una crisi ideale e politica dell'intero progetto europeo. È da diversi anni che perseguo questa idea, che ora mi sembra prender forma più concreta e argomentabile. Non mi voglio dilungare in una rappresentazione necessariamente approssimativa di uno scenario mondiale nel quale sembrano avvicinarsi scontri di egemonia, e la politica reclamare con urgenza il proprio ruolo. La situazione può ancora evolvere in direzioni diverse e comunque contiene in sé le più grandi ambiguità, ma, di certo, la crescita esponenziale di Stati nazionali o multinazionali non è estranea alla nuova dinamica che sembra delinearci e i macroregionalismi possono assumere, forse stanno già assumendo, caratteri non solo dialoganti ma preannuncianti scontri di egemonia e di potenza, legati anche all'insorgere di questioni identitarie che la globalizzazione ha finito con lo stimolare. Il rapporto Cina-America si delinea come problematico groviglio di forze entro il quale incomincia a emergere l'espansionismo di una Cina potenza mondiale, come molti specialisti del problema vanno annotando. In questo quadro, l'innegabile progresso del multilateralismo sembra dover a lungo coesistere con le spinte diseguali e dissimetriche che possono rendere assai problematico il suo divenire, anche se esso rimane un innegabile punto di riferimento⁸. In Europa ciò si riflette nella crisi del processo di costruzione della sovranazionalità e, insieme, nella difficoltà a governare lo stallo che si è creato. L'osservazione più interessante che si può fare in proposito è – mi sembra – che la crisi europea, sotto indagine con preoccupazione in tutto il mondo, rende fin da oggi assai più marginale quel “modello” europeo di integrazione che era stato analizzato in certi momenti addirittura come modello da imitare per altri processi macroregionali in altre parti del mondo⁹. Ciò che la crisi mette in evidenza è proprio la crisi di quel modello, soprattutto nella sua dimensione potenzialmente espansiva. Per dirla in breve, se l'Europa era ben consapevole di aver perduto la sua vecchia centralità nella storia del mondo (e ciò lungo

⁶ J. HABERMAS, *La costellazione post-nazionale*, Milano, 1999.

⁷ Soprattutto in B. DE GIOVANNI, *La filosofia e l'Europa moderna*, Bologna, 2004.

⁸ Si veda, da ultimo, M. TELÒ, *State and Multilateralism: History and Perspectives*, in M. TELÒ (a cura di), *State, Globalization and Multiculturalism*, The Hague, 2012.

⁹ M. TELÒ, *L'Europa potenza civile*, cit., *passim*.

un processo durato tutto il XX secolo e iniziato già nel XIX), essa sembrava poter riprendere un ruolo globale non solo come potenza economico-commerciale, ma soprattutto, si potrebbe dire, come embrione di un modello globale di integrazione virtuosa tra Stati, in una fase storica in cui in parti rilevanti del mondo, dall'America latina al Sud-Est asiatico, questo problema diventava di attualità. La crisi mette in discussione questo ruolo, il che non gioca solo per una questione, per dir così, di immagine, ma per la netta riduzione del ruolo dell'Europa che in certi momenti è apparsa come interlocutrice addirittura privilegiata del mondo globale. Nella recente riunione di Davos, l'Europa è stata accusata di contribuire a incrementare, invece di risolvere, gli squilibri mondiali e tutti paventano il non più impossibile crollo dell'euro nei suoi effetti drammatici su equilibri già in sé problematici. Insomma, la crisi sta già facendo pagare all'Europa un prezzo altissimo in termini di credibilità globale e ciò potrà influenzare – per fare l'esempio più patente – l'equilibrio dei rapporti transatlantici e perfino certi tratti della sua potenza commerciale. La stessa forza ideale dell'Europa come patria universale dei diritti umani (secondo una visione spesso carica di retorica ma non ininfluente sulla sua fisionomia e centrale nella dimensione valoriale dei “Trattati”) rischia di perdere vigore nel quadro di una possibile riduzione della sua capacità di socializzare la democrazia, di non saper più mediare fra rigore e sviluppo, aumentando a dismisura le diseguaglianze. Insomma, valutando tutti questi elementi, si potrebbe avere l'impressione che l'Europa sia stata come colta in mezzo al guado e che non riesca a raggiungere nessuna delle due rive, né quella che si è lasciata alle spalle – che non può esistere più nella vecchia forma, sarebbe follia solo pensarlo – né quella che sembrava pararsi davanti con una certa sicurezza, e che dunque il blocco del suo progetto sia legato a questa difficoltà, come dire?, topologica. Come se la politica, nel suo aspetto di aspro realismo (che peraltro anch'essa ha la sua fondazione originaria in Europa, fra Tucidide e Machiavelli), volesse prendersi una rivincita su fantasie troppo ecumeniche e cosmopolite. E soprattutto come se ci si trovasse in presenza di uno stallo a tendenza regressiva legato proprio (ecco la gravità del fatto) alle scelte consolidate di un certo tipo di *governance* che non riesce ad essere effettivo governo di un insieme variegato il quale sempre meno trova le ragioni di una propria più effettiva unità.

5. Se provo appena a determinare questa idea in modo più interno al lessico europeo, direi che l'Europa ha immaginato di poter isolare in se stessa una idea di *governance* che non dovesse essere necessariamente sostenuta e alimentata dalla forza di una comunità politica, proprio nella fase in cui di comunità politiche si andava affollando il mondo e che dunque quell'Europa postsovrana (e perciò postpolitica: non ho dubbi su questa corrispondenza) resti spettatrice di questo mondo, incapace né di entrarvi né di stimolarne il mutamento. Nel frattempo, in Europa, sono avvenuti altri fatti che hanno ridotto la sua caratura politica (paradossalmente, ma non tanto, proprio nel momento in cui questa era più necessaria); cerco di elencarli velocemente prima di argomentare più nel merito della vicenda costituzionale, pur di grande importanza. L'avanguardia

franco-tedesca non ha più la stessa forza trainante di un tempo e la Germania si pone sempre più come un attore autonomo, spesso in esplicito contrasto con il vecchio e influente alleato. Quella divisione dei compiti fra i due grandi Stati, che ha così ben funzionato soprattutto ai tempi dell'asse Kohl-Mitterand-Delors, è un bel ricordo del passato. La Germania ha la forte tentazione di spostare verso la Russia e verso Est la propria relazione privilegiata – cosa in grado di influenzare l'intera situazione europea – e la sua severità verso gli Stati deboli dell'Unione sembra stabilire qualcosa che si fonda, peraltro in modo non certo immotivato, sulla base della legge del più forte, una legge che intende “salvare” l'Europa ma stabilisce egemonie basate sulla potenza e sulla forza di evidenti dissimmetrie fra Stati e dunque sembra modificarne l'ispirazione originaria.

6. Infatti, l'Europa si è fondata come un sistema a tendenza antiegeemonica, e la domanda è se potrà reggere al rovesciamento di questa sua morfologia, e questa caratteristica si riversa sulla forma del suo sistema di decisioni che oggi entra in contrasto con lo spostamento dei rapporti di forza al suo interno. Intanto, in questa situazione di incertezza, ogni Stato prende le sue misure, condizionate dall'irrompere di un sentimento antieuropeo, che talvolta si aggrega in populismi di destra e neo-nazionalismi, altro fenomeno che fa parte dell'attuale situazione dell'Europa. La vicenda dell'espulsione dei rom dalla Francia, uno dei primi segnali forti, ormai risalente nel tempo, al di là della sua legittimità o meno se giudicata in base alle regole europee, è un sintomo rivelatore di uno stato d'animo dell'opinione pubblica e soprattutto delle classi di governo, in alcune delle quali sembra rafforzarsi un sentimento di paura e di chiusura che non alimenta lo spirito di una Europa aperta, e ciò si riflette su quell'altro dato, che ho prima indicato, relativo a tutta la dimensione dei diritti umani e dell'effettivo governo dello spazio di libertà, sicurezza, giustizia. L'involuzione autoritaria della democrazia ungherese è un altro tassello di una situazione almeno in parte in regressione. Più in generale, l'Europa è attraversata, come accennavo, da un sentimento antieuropeista sempre più evidente e, non di rado, virulento. C'è qualche elemento che fa pensare a una sorta di possibile scomposizione dell'Europa secondo assi coincidenti con livelli di produttività fra loro intercomunicanti, che finirebbero con il creare zone differenziate con la buona pace di un mercato europeo veramente comune. E peraltro proprio Mario Monti, in una Relazione sul mercato unico di data recente¹⁰, ha messo in evidenza elementi di una crisi, in parte già evidente, in parte sotto traccia, che rischia di far regredire proprio il mercato, ovvero il prodotto primigenio dell'integrazione.

7. Non voglio descrivere un quadro a tinte fosche, perché l'Europa che c'è è sempre tanta e sarebbe stolto sottovalutarlo, ed è questo che allontana la mia analisi da ogni suggestione euroscettica. Ma questo aspetto lo vorrei considerare

¹⁰ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico*, 9 maggio 2010, in Documentazione per le Commissioni. Attività dell'Unione europea, Camera dei deputati XVII legislatura, pp. 1-118.

ovvio, mentre assai meno ovvio è argomentare le ragioni del blocco e l'impressione di una difficoltà niente affatto congiunturale che potrebbe retroagire proprio sull'Europa che c'è, bloccandone il cammino e riducendone l'impatto. La ragione complessiva è, a parer mio, in quel che ho detto, che può esser riassunto così: una *governance* senza comunità politica non regge al confronto con il mondo com'è e come sta diventando, e già il fatto che quando si parla di Unione europea si descrive la sua *governance*, termine in traducibile nel lessico politico democratico, la dice lunga sullo stato delle cose: e gli studi di Maria Rosaria Ferrarese chiariscono molte cose su questo passaggio¹¹. Il tema ha molte implicazioni, toccando la stessa dimensione della forma della democrazia europea, giacché ogni *governance* politica "debole" (e, come *governance*, è quasi per necessità politicamente fragile) indebolisce il suo percorso, in un momento in cui il processo di legittimazione è tanto più necessario quanto più i vincoli europei di bilancio e l'aggravarsi della diagnosi delle istituzioni internazionali sui *deficit* nazionali (soprattutto degli Stati deboli) pongono in discussione determinati aspetti della forma degli stati sociali europei. Uno studioso attento e acuto come Angelo Panebianco ha scritto di recente, in un ottimo articolo, che l'euro e la politica di rigore che si stabilisce intorno a esso rischiano di esser sconfitti dalla democrazia, nel senso che l'opposizione sociale alla politica di rigore può diventare dirompente, soprattutto quando la politica di rigore dovesse apparire, a ragione o a torto, ostativa di sviluppo consistente¹². Ciò che si svolge nei recinti statal-nazionali è tuttora decisivo per la storia e il destino della democrazia e l'evoluzione della situazione può condurre verso uno scontro fra legittimazioni nazionali e legittimazioni sovranazionali, con un esito assai problematico e carico di tensioni. In questa situazione, potrebbe esser decisiva l'azione di una grande *leadership* europea che non esiste e anche questo non è forse un caso. Se si pensa che uno dei temi più appassionanti e concreti della costruzione europea è dato dalla forma democratica del suo sistema (dalla domanda: che cosa significa costruire una democrazia europea?, su cui si affolla una letteratura ormai sterminata), si ripropone intero il nesso fra la democrazia come forma politica dello Stato-nazione, interna alle sue categorie, e i meccanismi di decisione (e quindi legittimazione) che si sviluppano oltre di esso.

8. Peraltro, la stessa situazione costituzionale è carica di domande aperte, e questo è il momento per mettere in luce qualche aspetto del problema. Assai sintomatica, come avvenne anche ai tempi di Maastricht, la sentenza della Corte federale tedesca del giugno 2009. La sua provenienza dallo Stato più potente e determinante dell'Unione obbliga a una particolare attenzione, anche se qui per cenni assai larghi. Quella sentenza, certo, legittimò la ratifica del Trattato di Lisbona, ma l'ispirazione di fondo era chiara: è impossibile parlare di una democrazia oltre lo Stato; lo Stato rimane l'effettivo portatore della sovranità, il

¹¹ Cfr., in particolare, M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

¹² A. PANEBIANCO, *Moneta ammalata. Democrazia debole*, in *Corriere della sera*, 28 novembre 2011.

recinto entro il quale democrazia e sovranità si incontrano. La cessione di sovranità è un atto volontario dello Stato tedesco. Il potere pubblico comunitario è sprovvisto di una “competenza sulla competenza”, e questo sembra anche ridurre l’ampiezza e il significato di quell’articolo del Trattato che lasciava immaginare una norma di chiusura capace di “aprire” alla possibilità di nuove competenze non previste dal Trattato stesso. La democrazia, nel giudizio della Corte tedesca, rimane così saldamente ancorata nei confini dello Stato-nazione. L’Unione si disegna come una associazione di Stati sovrani, non dotati come tali di una autonoma legittimazione etico-politica. È nel recinto dello Stato-nazione che si svolge l’effettivo dibattito politico, sia relativo allo spazio pubblico – che non è se non nazionale – sia relativo alla dialettica maggioranza-minoranza. E la stessa dinamica del conflitto sociale, sale della democrazia, sembra, confinata entro i limiti dello Stato-nazione, arricchire entro quei confini il confronto fra le culture politiche. La sentenza della Corte federale, se guardata nella prospettiva che vuole indicare, in quello che non dice esplicitamente oltre che in quello che dice, mostra una frontiera insuperabile dell’integrazione politica che ha sul proprio frontone inscritta l’esclusività originaria della sovranità statale e l’impossibilità storico-morfologica di superarla: democrazia e sovranità vivono nel recinto dello Stato-nazione, fuori di esso sono *flatus vocis*. Naturalmente, si potrebbe annotare subito che anche un’analisi siffatta contiene un’illusione, non riesce a vedere l’irreversibile insufficienza della statualità, la drammatica problematicità della sua pretesa di esclusività legittimante, ma questa osservazione, sicuramente fondata e che andrà valorizzata per riprendere il discorso sull’Europa – che insomma potrà essere utilissima per costruire la controfaccia del problema indicato – non toglie nulla alla radicalità della tesi riportata, per ora da registrare come tale: tutt’al più potremo dire che le due tesi, abolendosi a vicenda, mostrano l’incertezza progettuale e la difficoltà intrinseca del processo europeo, come stretto fra due opposti che non riescono a trovare mediazione.

9. Perché sottolineo con insistenza questo tema? Per la ragione semplice che questo forte e convinto ritorno della statualità segna, soprattutto in quella Germania che è stata sempre, anche nella grandiosità dei suoi eventi, in “dissidio spirituale con l’Europa”¹³, un passaggio culturale di cui vanno sottolineate le peculiarità. Non si tratta solo di un passaggio costituzionale, pur decisivo; né si tratta solo della rivendicazione molto tedesca di una piena legittimazione dello Stato sociale, che gioca ancora come tale la sua partita; si tratta, mi pare, di una rivendicazione tutta politica che, nel dichiarare lo Stato il vero padrone dei Trattati, si colloca non solo in un punto che non esclude di poter affermare il disaccordo sui fini della Comunità, ma che intende dichiarare che una politica vera può nascere solo dalla sovranità dello Stato democratico, e che solo questo punto di vista può dare un significato politico alla *governance* di una più ampia realtà come quella europea.

¹³ Per ricordare il titolo di un celebre saggio di B. CROCE che si trova in *Nuove pagine sparse*, Napoli, 1949, pp. 295-312.

Peraltro, non andrebbe mai dimenticata, come spesso avviene anche nelle riflessioni più avvertite, la contemporaneità nell'atto di nascita dell'invenzione comunitaria e dello Stato sociale democratico. Tutto incominciò intorno al 1950, con una conseguenza, soprattutto, che può essere indicata così: all'invenzione comunitaria corrispose un aumento formidabile della legittimazione dello Stato-nazione, non un suo indebolimento. E dunque si aprirono due percorsi per la legittimazione politica, l'uno legato sempre più allo Stato, l'altro all'iniziale integrazione, e ambedue avrebbero camminato molto. Si trattava, dunque, di mantenere equilibrio fra di essi, con un evidente indebolimento della tesi classicamente federale che vedeva nascere la sovranazionalità da una obsolescenza progressiva della dimensione propriamente statale, addirittura con un effetto di progressiva distruzione della sovranità: le tesi di Altiero Spinelli erano, su questo, clamorosamente nette. Avveniva proprio il contrario di questo auspicio e, ora, la difficoltà a trasferire il piano della "socialità" a livello europeo ha reso assai difficile ritrovare il punto di equilibrio fra le due legittimazioni, e oggi se ne avvertono le conseguenze. La separazione fra dimensione monetaria ed economico-sociale viene paradossalmente resa più difficile a superarsi proprio dal carattere che appare necessariamente dissimmetrico della stessa unificazione monetaria. Lascio qui il difficile tema, ma era necessario farvi cenno per argomentare in modo sufficiente le ragioni della crisi e gli ostacoli che incontrano le risposte.

10. Torniamo allora sui caratteri della *governance*. Si potrebbe aggiungere, con una interpretazione un po' estrema, la cui formulazione andrebbe di sicuro più meditata, che la *governance* europea fuoriesce dalla sua neutralità politica solo quando sia il prodotto di un sistema di decisioni intimamente legato alle scelte di uno Stato egemone, in grado di dare perfino una lettura "tagliata" del Trattato, ma una simile rappresentazione della politica possibile non ha più molto a che vedere soprattutto con la prospettiva di un progetto comune. Anche perché quella situazione sarebbe il prodotto di una sorta di scissione fra il processo di burocratizzazione delle istituzioni comuni e il nascere delle vere decisioni politiche oltre di esse (e magari anche "attraverso" di esse, in un loro uso in qualche modo strumentale), ad opera di un "sovrano" che, "piegando" il Trattato alla sua volontà, non è più veramente innervato in esso. Insomma, un complicato gioco di incastri, nel quale il Trattato è rispettato, ma la sua interpretazione effettiva e i suoi equilibri istituzionali dipendono dalla particolare forza politica di chi detiene egemonia. Questo starebbe a indicare che lo squilibrio complessivo fra Stati forti e deboli, e soprattutto fra la Germania e gli altri, sta assumendo proporzioni tali che l'azione veramente comunitaria difficilmente riesce a diventar "politica", o è subordinata a "una" politica, e che la sola azione politica è quella germinata su un terreno dove la politica stessa assume la forma di una affermazione egemonica sottratta alla logica effettivamente comunitaria e in un certo senso anche a quella intergovernativa. Una controprova di questa diagnosi si potrebbe trovare nell'accordo raggiunto dal Consiglio europeo dello scorso 8 dicembre 2011, dove si è deciso di stipulare un Trattato intergovernativo sul patto fiscale, con l'esclusione del Regno Unito che non intende parteci-

parvi, a cui più tardi si è aggiunta la Repubblica ceca e la perplessità di altri Stati virtuosi. Ebbene, come appare evidente a chiunque abbia conoscenza del Trattato, quel risultato si poteva ottenere applicando proprio il Trattato esistente, gli articoli 3 e 136, in particolare. Se non lo si è fatto è precisamente perché si vuol sottrarre l'accordo alla "sovranità" comunitaria e affidarlo, attraverso il prevalere di una logica diversa, allo Stato forte che ha stimolato e sta dando forma e confini al nuovo Trattato (e magari, questo sì, alla Corte di giustizia per farlo rispettare): che non è dunque nemmeno, propriamente, risultato di una intesa intergovernativa, quanto l'effetto di un atto di egemonia, argomentato, certo, ma che resta tale. Insomma, c'è il rischio che l'unificazione tedesca (in sé grande fatto di pacificazione) abbia creato uno Stato troppo forte al centro dell'Europa e che tutti i vecchi equilibri si vadano perdendo per strada.

11. Sto formulando, lo so bene, una linea estrema di analisi – una ipotesi-limite, individuante una possibile linea di tendenza –, che potrebbe avere molte smentite, ma si tratterebbe di vedere se queste smentite sono tali da lasciar intravedere la presenza di una comunità politica europea come fondo della *governance*, o se una comunità politica non si forma solo quando l'atto politico – anche se spesso apparentemente "tecnico" – è prodotto da una potenza egemone che si fa essa, per tutti, principio di una comunità politica. Si tratterebbe allora di vedere se una comunità politica nata così a ridosso di uno Stato egemone non contenga comunque una capacità di direzione con un suo peculiare "europeismo". Per esser meno criptico, voglio dire che non è detto che l'egemonia tedesca sull'Europa non sia essa in grado di costituire una dimensione politica dell'Europa come tale, ma sono assalito, naturalmente, da molti dubbi, anche perché troverei difficoltà a definire meglio l'espressione "Europa come tale", e perché la stessa Germania è forse alla ricerca di un proprio ruolo e potrebbe accontentarsi di una "sua" difesa dell'euro, capace però di influire in modo decisivo sul destino dell'Unione, ammesso che l'Europa riesca a tenersi insieme sotto la sua pressione. Perché formulo questa ipotesi? Per una ragione che vorrei esprimere così: se è vero (e per me lo è) che una *governance* senza comunità politica (che è una possibile immagine dell'Europa attuale) rischia emarginazione dal confronto mondiale, può esser pure vero che una comunità politica europea non potendosi veramente formare, a vista d'uomo, intorno alla vecchia idea federale, sia possibile solo nella costituzione di una egemonia politica ristretta, capace di trascinare nella sua scia una realtà più ampia e perfino dei valori condivisi: l'egemonia, come è noto, è forza più consenso. Ma una comunità politica siffatta non ha più molto delle forme previste dal processo di integrazione, tanto meno dei valori propri del progetto originario. È possibile dire, ad esempio, non che l'Europa stia morendo (non penso affatto questo), ma che il suo progetto si stia radicalmente modificando? E che l'approfondirsi della disparità fra gli Stati ne sia una delle cause?

12. Lo stato delle istituzioni europee lascia molti problemi aperti che confermano incertezze e asperità. Nell'abbozzo di questioni che sto provando a disegnare, sembra che la Commissione europea abbia oggi un ruolo minimo, che la

sua iniziativa sia carente, e che la sua funzione propositiva ed esecutiva sia ridotta rispetto al passato, la sua struttura burocratica indebolita e la sua iniziativa politica almeno dimidiata, pur rimanendo intatta nella formulazione del Trattato. Se si pensa al vecchio ruolo della Commissione, soprattutto in quegli anni Novanta quando essa aveva in mano l'iniziativa progettuale, veramente sembra che ci troviamo dinanzi alla fine di un mondo. Gli equilibri istituzionali propriamente europei oggi si formano essenzialmente fra Consiglio europeo e Parlamento, i cui poteri sono assai aumentati con il Trattato di Lisbona. La nuova centralità del Consiglio europeo indica che esso è sul ponte di comando della *governance* europea, ma che il complicato sistema di compromessi fra i quali si muove riduce la possibilità di decisioni politiche aventi significato globale e comunque esso è un organo dentro il quale i rapporti di forza contano in modo decisivo: oggi perfino nelle forme, se si pensa alla consuetudine oramai invalsa di far precedere ogni Consiglio da un incontro franco-tedesco. Il Parlamento ha di sicuro nuove responsabilità e poteri, è interlocutore costante e rispettato, ma il sistema complessivo tende a neutralizzare la sua capacità di incidere effettivamente sullo stato dell'Unione, lasciando in parte decadere il senso della sua rappresentanza. E qui sarebbe necessario un capitolo a parte per comprendere la ragione profonda di questo fenomeno, legata fin dall'origine all'impossibilità di una parlamentarizzazione del processo decisionale dell'Unione¹⁴. Immagino, per dirla assai in breve, che essa sia nel fatto che l'inesistenza di un popolo europeo che sia base costituente diluisce la politicità del Parlamento e la sua potenza progettuale, riducendo lo spazio del conflitto genuino e della decisione pregnante. Questo dato fa parte del ragionamento complessivo che guida questa riflessione intorno all'isolamento della *governance* in uno spazio asfittico, dove le decisioni entropicamente ricadono su se stesse: non inefficaci verso l'interno, anche se parziali e algide, ma nel vuoto di veri effetti sulle relazioni globali. La Corte di giustizia è istituzione centrale e spinge sul tema dell'integrazione attraverso i diritti, ma perfino questa sua centralità è sospetta: non sono né possono essere le Corti di giustizia a creare direttamente politica; la loro spinta sicuramente benefica in tanti settori, sicuramente capace di affermare valori, sapientemente rivolta a integrare ordinamenti e dunque a costruire "Europa", sicuramente resistente rispetto alle spinte regressive e repressive di una politica appaurosa, lascia sempre che intorno a essa, alla sua iniziativa, si sviluppi l'idea di una sorta di giuridificazione della politica dominata dai diritti: quella "teologia dei diritti" che spesso soddisfa il narcisismo europeo, la sua ambizione a un eurocentrismo umanitario, ma ne annega, in certi aspetti invadenti e retorici, la forza creatrice di storia.

13. Voglio esser chiaro, in conclusione, lasciando intravedere la possibilità di una riflessione rovesciata che non sia solo segno della mia...cattiva coscienza che comunque non è affatto quella di un europeista pentito. L'Europa è assai di

¹⁴ Si veda G. RESS, *Parlamentarismo e democrazia in Europa*, Napoli, 1999.

più di come la ho raccontata in queste note all'insegna del disincanto. Lo so bene. Si potrebbe riscrivere tutto dal punto di vista dell'Europa che c'è. Ma rimarrebbe, a far da sfondo problematico, il vuoto di quella introvabile e forse impossibile comunità politica. E tutta l'Europa che c'è rischia di trovarsi assisa come su un vuoto, mentre il mondo parla la lingua della potenza, che, fino a una prova contraria che non è mai giunta, è il linguaggio del mondo. Ma anche qui voglio spezzare una lancia quasi contro tutto quello che ho argomentato, come una sorta di palinodia. La profondità della crisi può esser guardata da quel punto di vista che Jacob Burckardt segnalò nella sue riflessioni di metodologia storiografica: le grandi crisi come occasioni di discontinuità e cambiamento di cui tanti sono gli esempi. Il labirinto della storia è aperto sempre a ogni soluzione, il suo senso va continuamente indagato e costruito. Tutto quello che vediamo e analizziamo può esser rovesciato da una decisione, da un rinnovamento delle classi dirigenti, dalla valutazione nuova che si possa fare sugli effetti che può produrre lo spingersi della crisi oltre un certo punto: effetti negativi sulla stessa Germania e sui suoi oggi solidi equilibri economici. In Germania, non mancano voci in questo senso, anche con aspre critiche all'atteggiamento dell'attuale governo. Fra tutte si è più volte levata la voce dell'ex-cancelliere Helmut Schmidt che vede drammatiche le conseguenze possibili di una Europa germanizzata. È un filo di pensiero che non intendo seguire in conclusione, ma che fa parte, sia pure problematicamente, della prognosi sulla situazione attuale. Giacché gli Stati sono dominati dagli interessi nazionali, proprio la lettura del suo interesse, da parte tedesca, in chiave "europea", potrà spingere un futuro governo a rivedere l'attuale rigidità che sembra quasi configurarsi come una guerra della Germania contro il resto di Europa. Vedremo. Non intendo azzardare ipotesi e previsioni.

Infine, spezzo una lancia un po' utopica intorno all'Europa potenza civile, dopo avere criticato la propensione a valorizzarne troppo la certezza. Non è detto che smussare il lato della potenza, della decisione, non contenga dentro di sé quel "valore" politico che l'occhio iperrealistico non riesce a vedere, come non è detto che le linee di sviluppo della globalizzazione non riprendano una via più intensamente collaborativa che consenta una più effettiva ed efficace condivisione delle sovranità, tema di enorme complessità che andrebbe trattato a parte. Molte cose, oggi, (e forse la stessa "natura delle cose") sembrano andar contro questa possibilità, ma in uno sfondo lontano, in un orizzonte fatto di incertezze e perfino di tensioni catastrofiche, si intravedono due possibilità: che lo stato di natura dell'*homo homini lupus*, il duro pessimismo antropologico di una vitalità irriducibile dominerà il campo delle relazioni internazionali, facendo emergere quella che sembra la natura delle cose, lo sguardo della potenza; che, all'opposto, dal timore e dal tremore, e per evitare una torsione catastrofica degli eventi, il mondo umano della storia lasci intravedere la possibilità del groziano (e poi spinoziano) *homo homini deus*, e che perciò l'apparato sapienziale europeo che ha posseduto dentro di sé, fra i tanti, anche questo lato, venga allo scoperto con una convinzione assai più grande di quella che oggi riesce a rappresentare. Il laboratorio europeo potrebbe in tal caso riprendere forza ed energia,

rimettendo in moto la propria capacità progettuale oggi in parte spenta. Ma naturalmente ciò implicherebbe una svolta fondata, materialmente, sulla convinzione che l'euro si salva solo con più integrazione politica, che un problema è la controcchia dell'altro. Se non si parte da questo nucleo, tutto il resto rischia di arrivare troppo tardi.

Non sto parlando qui né dell'Europa che c'è, né di quella che mi pare introvabile, ma di un mondo idealtipico che l'Europa possa contribuire a creare, andando anche a rovistare nell'archivio delle sue idee e in qualche ragione costituente della sua volontà di integrazione, nonché nella logica di una globalizzazione capace di un più addolcito autogoverno. Questo è una sorta di auspicio che ha di fronte quello che oggi appare il muro della realtà, e oggi soprattutto, come accennavo, il muro critico dell'euro. Forse, su questo, il tema centrale sarà il rapporto fra euro e sostenibilità democratica delle politiche di rigore che possono (dovrebbero) diventare perfino volano per lo sviluppo. La cosa è difficile, ma, come si sa, ogni muro può essere abbattuto, liberando l'interminato spazio che si apre di là da esso.

Abstract

Europe, Today

The European crisis, which in recent months occurred as the crisis of the Monetary Union, has deep political and constitutional implications. The present article offers an analysis focused mainly on these aspects, highlighting both the contrast emerging between the legitimation of nation States and supranational legitimacy of the Union, and the issues related to the hegemony that are drawn into it with a predominance of Germany that has already caused a lot of tensions. The construction of democracy beyond the States is an issue which has an increasing need for appropriate responses.

Ugo Draetta*

Quale futuro per l'Eurozona e l'Unione europea?***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Moneta unica e governo dell'economia. – 3. I rischi per l'euro ed i rimedi adottati finora. – 4. I riflessi sulle istituzioni dell'Unione europea. – 5. Il bivio cui si trova di fronte l'Unione europea. – 6. La soluzione federale e le possibili soluzioni al riguardo.

1. L'oggetto di questa mia lezione è il futuro dell'Eurozona e dell'Unione europea. È un tema in cui le considerazioni giuridiche sono indissolubilmente connesse a quelle di carattere politico ed economico. È, quindi, un approccio interdisciplinare quello che adatterò, secondo l'impostazione che il prof. Quadrio Curzio ha da sempre voluto dare alla nostra Facoltà e che, appunto, la caratterizza.

Forse avrei dovuto essere più umile nel formulare un tale titolo per la mia lezione. Non possiedo né sfere di cristallo né ricette miracolose. A mio credito posso solo ricordare di avere dedicato la maggior parte della mia attività scientifica e didattica all'integrazione europea, a cominciare dalla mia tesi di laurea sugli aspetti sovranazionali dell'allora neonata Comunità economica europea, che discussi nel 1960 sotto la guida di un maestro del calibro di Rolando Quadri.

A questo interesse scientifico ho sempre affiancato una grande passione politica per i temi del federalismo europeo, ispirata e alimentata dagli scritti e dalle opere di personaggi quali Einaudi, Spinelli e tanti altri. Questa passione mi ha spinto a considerare sempre la federazione (non la confederazione, che è cosa assai diversa se si vogliono utilizzare le categorie classiche del diritto internazionale) come meta ultima del processo di integrazione europea e di guardare con realismo e con un certo disincanto a quelle che mi apparivano come soluzioni più che altro di facciata, che ci allontanavano piuttosto che avvicinarci a tale meta. Questo mio atteggiamento a volte critico è stato scambiato da alcuni come euro-scetticismo. È un'accusa che credo di non aver meritato.

Quando ho cominciato ad occuparmi dell'Europa, la scena politica era occupata da statisti del calibro di Adenauer, De Gasperi, Spaak, Schumann, i cosiddetti Padri fondatori. Sembrava a noi giovani a quei tempi che ogni traguardo fosse raggiungibile e che gli Stati uniti d'Europa fossero a portata di mano. Ma, dopo il fallimento della Comunità europea di difesa e della Comunità politica

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università Cattolica di Milano.

** *Lectio magistralis* svolta nell'Università Cattolica di Milano il 21 ottobre 2011.

europea, in quegli anni fu compiuto un errore i cui effetti si trascinano sino ai giorni nostri. L'errore fu quello di adottare la tecnica del *funzionalismo economico*, pensando che il procedere a piccoli passi sulla via dell'integrazione economica portasse ad un certo punto automaticamente all'integrazione politica. È chiaro, a distanza di più di cinquanta anni, che quello fu un errore. L'integrazione politica non fa parte di un processo di integrazione economica e non ne è la logica conclusione. È, invece, un evento rivoluzionario, non evolutivo. È un salto di qualità, un *quantum leap*. Il giorno prima di questo evento esistono Stati sovrani, il giorno successivo tali Stati non esistono più.

Lo diceva chiaramente, tra gli altri, in tempi non sospetti, Arangio-Ruiz, sottolineando che il processo di integrazione economica tra Stati, quando rimane a carattere intergovernativo, non può spingersi oltre un certo punto, dopo il quale o regredisce verso forme di aree di libero scambio eventualmente rafforzate o si interrompe per dar vita ad una federazione politica legittimata democraticamente, con i popoli, non i governi, che ne determinano le sorti. Noi, dall'interno, anche sulla base di un'insistente retorica comunitaria che ci ha a volte offuscato le menti, non lo abbiamo sempre visto con chiarezza. Dal di fuori, la percezione è stata più lucida: gli americani hanno definito l'Unione europea, ancora recentemente, nient'altro che una *glorified free trade area*, con eccesso di sottovalutazione, certo, ma cogliendo l'essenza del *trend* attuale.

2. Dopo l'allargamento dell'Unione europea da 15 a 27 Stati, che ha seguito di poco l'introduzione dell'euro, noi siamo a volte rimasti abbagliati dalla mera dimensione quantitativa raggiunta dal mercato unico europeo.

Abbiamo spesso comparato tale mercato con il mercato di Stati come gli Stati Uniti e la Cina, compiacendoci di far parte di un mercato di circa 500 milioni di individui, il cui Prodotto interno lordo è perfino superiore a quello di Stati Uniti e Cina. Abbiamo, però, a volte, tralasciato di dare peso adeguato ad elementi qualitativi, non quantitativi, i quali fanno sì che i dati sulla popolazione e sul PIL relativi all'Unione europea non siano effettivamente comparabili con quelli di Stati unitari.

Un mercato è tanto più forte e ha tanto più peso nell'economia mondiale quanto più efficaci ed oculate sono le scelte di politica economica e monetaria che lo indirizzano. Stati Uniti e Cina hanno un governo e una Banca centrale che determinano in materia articolata le rispettive politiche economiche e monetarie e che possono prendere in tempo reale tutte le misure che le contingenze economiche, di volta in volta favorevoli o sfavorevoli, richiedono. Nell'Unione europea, invece, le scelte di politica economica sono compiute individualmente e separatamente da 27 Stati membri, ognuno per suo conto. Le sole di tali scelte che gli Stati membri sono riusciti a concordare a livello dell'Unione europea, senza incidere sulle loro prerogative sovrane, sono sommarie e assai poco articolate. Esse non riguardano i livelli delle entrate fiscali e della spesa pubblica, ma soltanto il risultato che è valle di tali scelte (rapporto del *deficit* e del debito pubblico con il PIL). Sono scelte, inoltre, "congelate", in quanto affidate una volta per tutte, attraverso il Patto di stabilità, ad un trattato internazionale, per

giunta concluso in tempi di favorevole congiuntura economica. Per cambiare tali regole, quando è necessario cambiarle, occorre un nuovo trattato internazionale che deve essere ratificato da 27 Stati, mentre i governi degli Stati unitari possono cambiare le regole in questione dall'oggi al domani ed articularle adeguatamente. Inoltre, i trattati internazionali si possono violare più facilmente delle decisioni governative. La sanzione comunitaria per tali violazioni non è un deterrente efficace per gli Stati membri, come la storia recente ci insegna e come è logico che sia in una Comunità di Stati sovrani.

Quanto all'euro, la sua forza rispetto alle altre monete, segnatamente il dollaro americano, ci ha indotto spesso ad un facile ottimismo e autocompiacimento. In effetti, tale forza non è il risultato di determinate scelte di politica economica, particolarmente felici, da parte di un governo centrale. Se tale governo centrale esistesse, probabilmente prenderebbe misure per controllare i livelli di cambio dell'euro, come fanno Cina e Stati Uniti. La verità è che tale forza si regge essenzialmente sui dati economici di un solo Stato, la Germania, il cui livello di esportazioni è l'unico, tra quelli dei Paesi dell'Eurozona, ad avere una qualche rilevanza mondiale.

Chiedo scusa, a questo punto, se non resisto, come forse dovrei, alla tentazione di un riferimento che potrà apparire autoreferenziale. Nell'edizione del mio manuale sull'Unione europea che fece immediatamente seguito al Trattato di Maastricht del 1993, espressi l'opinione che, senza una politica economica decisa a livello comune per tutti gli Stati dell'Eurozona, l'euro non fosse una conquista irreversibile e che potesse solo reggersi in periodi di occasionale convergenza delle economie degli Stati che lo avevano adottato. Sarebbe stato, invece, a rischio in caso di deterioramento delle economie di uno o più Stati dell'Eurozona, in quanto, in assenza di possibilità di svalutazione, il mantenimento del cambio dell'euro verso le altre monete avrebbe comportato dei sacrifici anche per gli Stati più virtuosi, sacrifici che avrebbero potuto alla lunga divenire inaccettabili. Questa opinione rafforzò la mia reputazione di euro-scettico e venne ritenuta un'eresia rispetto alla retorica comunitaria allora dominante. Eppure Jacques Delors, il padre dell'euro, lo aveva detto chiaramente e lucidamente: l'euro – la moneta unica – non è che un ponte gettato verso la federazione europea in attesa che qualcuno vi ponga sotto i pilastri. I pilastri sono la politica economica decisa a livello comune per tutti gli Stati dell'Eurozona, senza la quale il ponte è a rischio di crollo.

3. Le vicende di questi ultimi tempi, purtroppo, mi hanno dato ragione e non me ne rallegro affatto. Non è più un'eresia dire che l'euro è a rischio, anzi ormai è un dato di fatto acquisito, tanto che molti ritengono indispensabili, per eliminare tale rischio, misure sommariamente definite di natura "*politica*", con riferimento, forse, ad una qualche forma di restrizione della libertà degli Stati quanto alle loro scelte di politica economica ed una qualche forma di centralizzazione delle stesse. Le ricette, però, sono assai confuse e tralasciano spesso la considerazione che una politica economica unica per tutti gli Stati dell'Eurozona implica ben più che una modifica degli attuali Trattati, bensì, occorre dirlo con chia-

rezza, il loro superamento attraverso soluzioni di tipo federale, che porrebbero seriamente in causa il nodo della sovranità degli Stati dell'Eurozona.

Né gli Stati dell'Eurozona, né tantomeno dell'Unione europea, d'altra parte, mostrano alcuna intenzione di volersi dare una politica economica unica, ben consci dei rischi che ne deriverebbero per le loro prerogative sovrane, cui non intendono in alcun modo rinunciare. Essi dimenticano che tutti gli Stati appartenenti all'Eurozona hanno tratto forti vantaggi dall'appartenenza alla stessa, finora illudendosi che non ci fosse un prezzo da pagare. I Paesi cosiddetti "periferici", Italia compresa, hanno beneficiato di un immediato e duraturo (fino a tempi molto recenti) calo dei tassi di interessi e quindi del costo del debito pubblico, e di una maggiore stabilità finanziaria e valutaria, senza credere di dover in cambio mettere in atto politiche di spesa pubblica più prudenti e riforme strutturali atte ad aumentare produttività e competitività. I Paesi più forti, come la Germania, hanno beneficiato di un mercato *captive* di altri Paesi europei rispetto ai quali potevano più facilmente guadagnare competitività a beneficio dei propri esportatori, senza credere di dover poi intervenire a sostegno dei Paesi che stavano accumulando debiti crescenti proprio a causa della loro minore competitività. Oggi entrambi questi due gruppi di Paesi si trovano a far fronte a costi che d'improvviso appaiono molto concreti e ingenti.

Assistiamo, quindi, al fenomeno per cui, di fronte a crisi economiche di determinati Paesi dell'Eurozona e alla conseguente necessità di offrire un sostegno a tali Stati se si vuole evitarne l'uscita dall'area dell'euro, gli Stati più economicamente forti, sui quali maggiormente graverebbe l'onere di tale sostegno, preferiscono cercare soluzioni caso per caso, nell'ambito di direttori ristretti a due o tre di loro. In tali direttori vengono faticosamente raggiunti – quando vengono raggiunti – accordi relativi alle misure di politica economica cui si chiede agli Stati dell'Eurozona con le economie più a rischio di conformarsi, pena il mancato sostegno agli stessi, con conseguente rischio di una loro uscita dall'euro, o pena l'esercizio del diritto di veto nel Consiglio direttivo della BCE, quando quest'ultima è chiamata a svolgere tali azioni di sostegno.

Tutto questo, si badi, avviene anche al di fuori dei Trattati istitutivi. Ad esempio, l'EFSF (il cosiddetto Fondo di sostegno) è una società di diritto privato lussemburghese i cui azionisti sono i sedici Stati dell'Eurozona. Com'è noto, l'incremento delle garanzie da parte di tali Stati è stato assoggettato a passaggi parlamentari interni, il più pubblicizzato dei quali è stato quello tedesco del 29 settembre 2011 (in Italia aveva avuto luogo il 15 settembre 2011).

4. Molti ravvisano in tali azioni da parte di direttori di Stati l'esautoramento dei poteri delle istituzioni dell'Unione europea – la Commissione in particolare – e se ne dolgono. Questa conclusione è errata, in quanto le istituzioni dell'Unione europea non possono essere esautorate rispetto a poteri che non hanno in base ai Trattati istitutivi. Piuttosto, va rilevato che tali azioni da parte degli Stati più forti non sono che manifestazioni del più generale fenomeno del recupero da parte di tutti gli Stati membri del momento intergovernativo dell'integrazione europea, rispetto a quello comunitario, recupero chiaramente iniziato con il pro-

cesso che ha portato al Trattato di Lisbona dopo il fallimento del cosiddetto Trattato costituzionale e con il Trattato di Lisbona stesso. Almeno, azioni del genere hanno il merito di fare chiarezza su chi sono i veri protagonisti dell'integrazione europea in questa fase storica: gli Stati membri più forti economicamente e, quindi, più importanti. Si conferma, quindi, all'interno della più ristretta comunità di Stati costituita dall'Unione europea, quella che da sempre è la norma nel diritto internazionale generale: gli Stati più importanti sono determinanti per stabilire le regole di diritto nella comunità internazionale.

Il fatto che, in una situazione quale quella accennata, alcuni Stati membri si riuniscano in forme di direttorio e concordino regole di politica economica da imporre di fatto agli Stati più deboli, pena il rifiuto del sostegno economico necessario per la permanenza di questi ultimi nell'Eurozona, presenta perfino aspetti positivi. Esso elimina, d'un colpo solo, alcune illusioni nelle quali alcuni si erano cullati, in particolare che il metodo comunitario potesse portarci alla politica economica unica per tutta l'Eurozona e che l'euro fosse una conquista irreversibile. Il re (l'attuale Unione europea e l'Eurozona) ci appare nudo e Stati che hanno difeso ad oltranza le loro prerogative sovrane ostacolando in ogni modo progressi comunitari che parevano attentare a tale sovranità, si rendono improvvisamente conto che hanno di fatto comunque perso questo bene della sovranità così ottusamente difeso, almeno con riguardo alla politica economica, dato che le loro politiche di bilancio sono ormai eterodirette. Alcuni di tali Stati potranno persino sentirsene sollevati, in quanto sgravati da un compito (quello di formulare e attuare al proprio interno politiche economiche improntate a rigore, crescita ed equità) cui evidentemente, considerati i risultati, non hanno saputo far fronte adeguatamente. Resta, però, il fatto che tali scelte di politica economica di fatto imposte dall'esterno, nonostante incidano profondamente sui cittadini degli Stati che le subiscono, sono formulate, a prescindere dalla loro validità, ad un livello sottratto ad ogni controllo democratico da parte dei cittadini stessi. È una constatazione che non può non angosciare chi si ostina a credere nella validità del sistema democratico. Per di più, è lecito pensare che le scelte suddette corrispondano essenzialmente agli interessi nazionali degli Stati economicamente forti che le compiono e le impongono, non all'interesse generale dell'Unione europea o dell'Eurozona.

5. Cadute, quindi, le illusioni sopra menzionate, occorre che gli attori del processo di integrazione europea (governi, popoli, società civile) si interrogino seriamente e urgentemente su quali azioni intraprendere nell'interesse generale dei popoli europei, cioè di tutti noi.

Al riguardo, appare chiaro che quello che, dieci anni fa, gli estensori della Dichiarazione di Laeken del 15 dicembre 2001 avevano individuato come il "bivio" (*crossroad*) è lo stesso di fronte al quale si trova, ora come allora, l'Unione europea. In questi ultimi dieci anni gli Stati membri non hanno effettuato una scelta chiarificatrice in proposito e questa mancanza di scelta ha avuto le conseguenze che sono sotto gli occhi di tutti.

Con tale Dichiarazione, e con riferimento al "bivio" di cui sopra, il Consiglio europeo di Laeken aveva definito il mandato della Convenzione incaricata di

stendere il progetto di Costituzione europea, additandole, sotto forma di domande, le principali linee per un progetto di revisione dei Trattati. Nelle poche ma dense pagine di tale mandato (parti I e II della Dichiarazione di Laeken) si fa riferimento ben dodici volte alla necessità di “*legittimità democratica*”, “*controllo democratico*”, “*valori democratici*” e simili, a testimonianza del fatto che questo è il nodo cruciale irrisolto della costruzione europea. In effetti, il problema della mancanza di un’effettiva legittimazione democratica del processo di integrazione europea appariva tollerabile solo fintanto che l’azione comunitaria restava prevalentemente concentrata sulla instaurazione del mercato unico. È divenuto intollerabile con l’allargamento di tale azione ad altri campi, già con l’Atto unico europeo del 1987, ma soprattutto con il Trattato di Maastricht del 1993 che ha introdotto l’euro.

Il “bivio” in questione è tra due possibili strade che l’integrazione europea può percorrere. La prima consiste nel mantenimento dello *status quo*, cioè della politica dei “piccoli passi” finora perseguita a livello comunitario e intergovernativo, facendo bene attenzione a che nessuno di tali passi implichi sostanziali rinunce di sovranità da parte degli Stati membri. Questa strada non può, ovviamente, portare alla risoluzione dei problemi del *deficit* democratico e della inefficienza dei meccanismi decisionali comunitari, ancorati alla regola dell’unanimità per tutte le decisioni più importanti. Il processo di integrazione europea, se procederà, lo farà con fatica e continuerà a non conquistare i cuori e le menti dei cittadini europei. Esso tenderà, anzi, a riassetarsi su basi più marcatamente economiche, secondo le preferenze mai celate di una certa parte degli Stati membri, primo fra tutti (ma non soltanto) il Regno Unito. In più, come gli eventi recenti confermano, gli Stati membri si riappropriano di alcune delle competenze già cedute all’Unione europea, attraverso il rafforzamento del metodo intergovernativo rispetto a quello comunitario, in sintonia con la riaffermazione degli interessi nazionali. Sarà inevitabile che, in tale contesto, i governi, non più guidati dai lungimiranti Padri fondatori dell’Europa, guardino più alle esigenze di allargare il loro rispettivo consenso popolare in vista delle elezioni interne di volta in volta in scadenza, che all’interesse comune dei popoli europei, rincorrendo gli aspetti più nazionalistici delle rispettive opinioni pubbliche, invece che esercitare una funzione di *leadership* di tali opinioni che le porti a tenere conto di interessi di più ampio respiro, i quali poi corrisponderebbero ai loro stessi veri interessi.

Purché si abbia compiutamente coscienza di ciò, ci si potrebbe persino accontentare di questa soluzione, dati gli indubbi benefici che sono derivati per gli Stati membri dall’integrazione economica comunitaria negli ultimi cinquanta anni, anche senza l’euro. Certamente, però, se questa è la strada che gli Stati membri sceglieranno (anche se solo per inerzia), l’Unione europea dovrà abbandonare ogni progetto di una politica economica unica, che sola renderebbe l’euro irreversibile, con la conseguenza che i problemi della tenuta dell’euro si ripresenteranno puntualmente ad ogni crisi economica di uno Stato dell’Eurozona, con conseguenze imprevedibili per tale tenuta. Per inciso, l’Unione europea dovrà anche abbandonare ogni progetto (anche se, francamente, non appaiono

esservene in vista) di una politica estera e di difesa unica, entrambe auspiccate da tutti coloro che ritengono che l'Unione europea dovrebbe “*parlare con una sola voce*” in queste aree, senza tuttavia rendersi conto delle implicazioni di una tale svolta, che sarebbe chiaramente in senso federale.

Se, invece, gli Stati membri vorranno imboccare una strada diversa e dotarsi di una politica economica unitaria (nonché, eventualmente, di politiche estera e di difesa unitarie) non è attraverso il metodo intergovernativo che potrebbero raggiungere questo obiettivo, vuoi per le evidenti difficoltà di raggiungere un consenso, nell'attuale situazione storico-politica, su decisioni condivise dagli Stati membri, vuoi per il *deficit* democratico che minerebbe alla base l'eventuale adozione delle decisioni stesse senza adeguati passaggi parlamentari.

Neppure il metodo comunitario potrebbe prestarsi a tale scopo. Non sarebbe, infatti, possibile che una qualche forma di politica economica unitaria, anche se indispensabile per la tenuta dell'euro, possa essere individuata e gestita a livello delle attuali istituzioni dell'Unione europea, nonostante ciò sia stato auspicato da alcuni. La politica economica o di bilancio implica scelte relative ai livelli di tassazione e di spesa pubblica e trasferimenti di risorse al livello di tale spesa pubblica, come avviene all'interno di uno Stato unitario. Ma tali scelte, negli Stati di diritto, quali si vantano di essere gli Stati membri, competono al potere legislativo (*no taxation without representation*), o ad un potere esecutivo fornito di un'effettiva legittimazione democratica. Non potrebbero, quindi, essere affidate alla Commissione o al Consiglio dell'Unione europea, senza rinunciare ad uno dei capisaldi della democrazia, di cui, in Europa, ci vantiamo di essere la culla. Già l'azione della BCE, azione che tende ad ampliarsi in una situazione di stallo decisionale a livello degli Stati membri e della Commissione, dovrebbe indurre a qualche preoccupazione, essendo la BCE sottratta a qualsiasi controllo democratico. Non parliamo, poi, della politica estera e di difesa, che implica scelte su temi come la pace o la guerra, rispetto ai quali i cittadini non possono non essere coinvolti a pieno titolo.

6. Appare chiaro, quindi, che la soluzione di tutti questi problemi non può passare attraverso l'attuale esperienza dell'integrazione europea che ci ha portato all'Unione europea. Occorrono soluzioni istituzionali che eliminino il *deficit* democratico, le quali comportano necessariamente che il processo legislativo venga sottratto almeno in parte ai governi degli Stati membri ed attribuito ad organi democraticamente eletti cui dovrebbe essere anche affidato il controllo dell'esecutivo. I processi decisionali non sarebbero, quindi, più basati sulla regola dell'unanimità, ciò che porterebbe naturalmente, come avviene all'interno di ogni Stato unitario, al sacrificio degli interessi particolari a favore del perseguimento dell'interesse generale.

L'unico metodo che può consentire di affrontare con successo le sfide menzionate è il *metodo federale*, come comunemente inteso, cioè come trasferimento ad un ente centrale di alcune competenze, più o meno numerose, da parte di Stati prima sovrani, i quali, a seguito di tale processo, rimarrebbero Stati federati privi di soggettività internazionale, soggettività che competerebbe, invece, allo Stato

federale. È vero che appare, a volte, addirittura *politically incorrect* ricorrere, parlando dell'Unione europea, al termine "federale", termine sistematicamente espunto da qualsiasi revisione dei Trattati nonostante i reiterati tentativi di inserimento. Ma ciò è dovuto alle ovvie resistenze da parte degli Stati membri, dotati, come gli individui, di un accentuato istinto di conservazione. Ed è anche vero che una parte della dottrina si applica grandemente a spiegare che l'esperienza dell'Unione europea ha superato la dicotomia Stato nazionale-Stato federale, realizzando una formula di "governance multilivello" del tutto nuova ed originale. I contorni di tale nuova formula appaiono, però, fumosi e questi sforzi non contribuiscono a fare chiarezza sui nodi cruciali dell'integrazione europea (anzi ne ritardano la soluzione), nodi i quali restano, di revisione in revisione dei Trattati, irrisolti.

Se il metodo federale è l'unico che possa portare a traguardi più ambiziosi, il cui raggiungimento tutti sembrano formalmente auspicare, sorvolando, però, sulla perdita di sovranità per gli Stati che ne conseguirebbe, è anche chiaro che tale Federazione europea sarebbe una federazione "leggera", i cui compiti dovrebbero limitarsi a quelli necessari a far fronte alle sfide suddette: politica economica, estera, di difesa. Le altre competenze rimarrebbero agli Stati federati, evitandosi, così, anche gli eccessi regolamentari che caratterizzano presentemente alcuni atti dell'Unione europea, allontanandola sempre più dai cittadini. Non si tratterebbe di un "Superstato", formula che evoca uno Stato autoritario e cui i fautori dello Stato nazionale a volte fanno ricorso per scongiurare svolte in senso federale, ma sarebbe, invece, lo Stato nel quale i cittadini europei verrebbero democraticamente rappresentati e si riconoscerebbero. Né sono conciliabili con tale Stato federale formule ambigue e contraddittorie, quali la "Federazione degli Stati nazionali" o la "Federazione degli Stati sovrani", dietro cui si sono trincerati a volte i fautori di cui sopra.

Una soluzione chiaramente federale eviterebbe, poi, quelle forme di "federalismo strisciante" pur in corso di sperimentazione attraverso strumenti quali il mandato d'arresto europeo, ove le soluzioni adottate, in assenza di un vero ed effettivo contesto costituzionale federale, con relative tutele in tale contesto dei diritti fondamentali degli individui, finiscono con il presentare preoccupanti profili antilibertari¹.

Occorre, però, subito dire con realismo che una prospettiva federale non sarebbe stata ipotizzabile nemmeno prima del recente allargamento dell'Unione europea da quindici a ventisette Stati, date le grandi divergenze tra i suoi membri, e il discorso non potrebbe neppure porsi ora dopo tale allargamento. Infatti, i nuovi Stati più recentemente entrati nell'Unione europea stanno assaporando una libertà ed un'indipendenza di cui per troppo tempo non hanno goduto. Non sarebbero certo disposti a rimettere in gioco tali beni in nome di una Federazione

¹ U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione Europea e principi fondamentali dell'ordinamento italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, pp. 13-54. E in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 281-324.

europea ed, anzi, forti spinte nazionalistiche caratterizzano alcuni di tali nuovi Stati. Sotto questo profilo (e, si badi, solo sotto questo profilo), è chiaro che procedere all'allargamento dell'Unione europea, prima di risolvere i problemi suddetti, è stato un errore che ormai molti riconoscono.

Quindi, una Federazione europea può solo avere qualche speranza di realizzazione in un ambito ristretto di Stati, un "nocciolo duro" che, in definitiva, si restringe ai Sei che hanno iniziato il processo di integrazione europea o, al massimo, a tutti o parte di quelli che hanno introdotto al loro interno la moneta unica. Una tale Federazione europea, che costituirebbe un nuovo Stato, membro a pieno titolo dell'Unione europea che rimarrebbe in vigore tra i restanti Stati membri, finirebbe con il fungere da polo di attrazione per quelli tra tali restanti Stati che ne condividano gli ideali, come è avvenuto per la CEE a sei membri che ha attratto via via un gran numero di altri Stati in un primo tempo riluttanti o dichiaratamente ostili. L'Unione europea, con questo forte nucleo federale al proprio interno, si potrebbe poi allargare senza timori ancora a nuovi Stati terzi (nell'area dei Balcani, senza parlare della stessa Turchia) ed in ciò consisterebbe quella *Europa a due velocità* di cui da tempo parlano coloro ai quali stanno maggiormente a cuore le sorti dell'Europa.

Dato, però, che una tale soluzione sarebbe destinata ad incidere su un nodo cruciale, la *sovranità* degli Stati membri, non è possibile chiedere che siano questi ultimi a proporre soluzioni del genere, le quali necessiterebbero comunque di adeguati passaggi parlamentari. Questo è particolarmente vero in questo momento storico, in cui i governanti europei non appaiono particolarmente illuminati come lo erano i Padri fondatori. La sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009, relativa all'immissione del Trattato di Lisbona nell'ordinamento tedesco, pone impietosamente l'accento su questo punto del necessario passaggio parlamentare, con invidiabile lucidità scevra da retorica².

Un tale processo costituente non può che partire, quindi, dagli stessi cittadini europei e dalla società civile. Molti ritengono che i cittadini europei mostrino ostilità rispetto all'Europa e non accetterebbero mai soluzioni federali. La mia opinione personale è che, anche se questo fosse vero, deriverebbe dal fatto che essi sono male informati dai rispettivi governi e dagli organi preposti alla informazione. Inoltre questa pretesa ostilità è un riflesso a volte degli opachi meccanismi decisionali dell'Unione europea e dei suoi deludenti risultati. I cittadini europei di singoli Stati sono stati finora invitati con *referendum* a pronunciarsi solo su testi articolati, spesso poco comprensibili, di interi trattati, sui quali dovevano rispondere con un "sì" o con un "no". Un compito impossibile. Hanno finito con l'esprimere un giudizio, spesso negativo, sui loro rispettivi governanti.

I cittadini europei dovrebbero essere, invece, chiamati a rispondere, con un *referendum* da tenersi in tutta l'Unione europea, cosa che non si è mai fatta, su un semplice quesito: accetterebbero la perdita di sovranità dei loro Stati di appar-

² U. DRAETTA, *Brevi note sulla sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, pp. 719-733.

tenenza per consentire, in un contesto democratico, una politica economica, estera e di difesa europea, o preferiscono che tali Stati restino parti di un'Unione europea così com'è ora? Crediamo che sia intellettualmente onesto per i governanti degli Stati membri, a questo punto del processo di integrazione europea e alla luce dell'attuale momento di crisi, confrontare i loro cittadini con questa scelta di fondo, invece che perseguire tenacemente il mantenimento della propria sovranità a tutti i costi, rischiando l'irrelevanza, o peggio, in questi tempi di globalizzazione.

Il Sommo Pontefice, parlando al Parlamento tedesco il 22 settembre 2011, ha individuato l'intima identità dell'Europa nell'incontro tra Gerusalemme, Atene e Roma: l'incontro, cioè, tra la fede in Dio di Israele, la ragione filosofica dei Greci e il pensiero giuridico di Roma. Ebbene, questa nostra Europa merita, per il suo futuro, qualcosa di più delle attuali istituzioni comunitarie.

Abstract

Which Future for the Eurozone and for the European Union?

The idea that the European integration could proceed through small steps of economic nature to achieve a political federation proved to be wrong. The Euro was conceived by Delors as a bridge towards the European federation created without its pillars: such pillars are the unified economic policy, without which the bridge (and the Euro) is likely to collapse anytime a member of the Eurozone encounters economic difficulties.

The only way to save the Euro is to achieve a unified economic policy among the members of the Eurozone, but this implies sacrifices of the sovereignty by the individual States which can only be conceived in a federal structure.

The process to federalism cannot be led by the Governments or by the institutions of the European Union. It must be approved by the citizens of Europe which should be consulted with a *referendum* to be held at the same time within all Member States. The question should be very simple: would you like the *status quo* and the consequent risks for the Euro, or would you accept a limitation of sovereignty of your State to achieve a real unified economic, foreign and defence policy?

Nicoletta Parisi*

Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali

SOMMARIO: 1. Il dibattito sul principio del riconoscimento reciproco come tecnica di costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La specificità della materia penale. – 2. La tensione fra esigenze di efficienza nell'amministrazione della giustizia e rispetto dei principi dello Stato di diritto. – 3. *Segue*: principio di stretta legalità e norma europea incidente in materia penale. – 4. *Segue*: il ruolo dell'armonizzazione normativa. – 5. L'armonizzazione delle garanzie della persona nel processo penale nazionale. – 6. *Segue*: lo stato d'avanzamento dei lavori di armonizzazione in materia. – 7. Pregi e limiti del percorso intrapreso. – 8. Alcune considerazioni conclusive: a proposito dell'intreccio di fonti in materia di tutela di uno *standard* minimo di garanzie processuali.

1. Nel corso della lunga stagione negoziale per riformare l'Unione europea – iniziata con la Dichiarazione di Laeken¹, passata attraverso l'intenso lavoro per predisporre il Trattato “costituzionale”², chiusa infine (ma non conclusa)³ con la

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Catania.

¹ Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea, allegata alle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 2001.

² In relazione alla centralità assunta dal principio di riconoscimento reciproco già nei lavori svoltisi (in seno al Gruppo X) per il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, richiamo in particolare i documenti Conv. 449/02, del 13 dicembre 2002; Conv. 614/03, del 14 marzo 2002; Conv. 426/02, del 2 dicembre 2002.

³ Che il Trattato di Lisbona sia solo una tappa del processo di integrazione europea è evidente dal disposto normativo (in particolare dall'art. 1, co. 2, TUE e dalla frase introduttiva del suo Preambolo), ma anche dalla prassi successiva che dà già conto di un processo di revisione iniziato quasi immediatamente a ridosso della sua entrata in vigore: v. la decisione 2011/199/UE del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modifica l'articolo 136 del trattato sul funzionamento

firma e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – l'obiettivo di costruire l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁴ è stato oggetto di intenso dibattito.

Nell'occasione – e a proposito della componente repressiva di tale obiettivo – non è stata messa in dubbio l'opportunità, o meglio la necessità, di rafforzare l'azione di contrasto alla criminalità e dunque, a corollario, anche la tutela di beni giuridici in uno spazio giudiziario comune come era venuto delineandosi con sufficiente chiarezza già a partire dal Trattato di Maastricht⁵. Non è stata, insomma, messa in discussione la grave insufficienza di differenziate risposte nazionali di fronte a condotte di illegalità che sempre più andavano strutturandosi secondo le forme dell'impresa criminale transnazionale, in grado di trarre ogni utile vantaggio dalla permeabilità delle frontiere doganali nazionali quanto alla circolazione dei beni e dei fattori della produzione e, insieme, dalla perdurante impermeabilità delle frontiere politiche quanto all'esercizio di poteri di polizia e dell'azione penale⁶. Lo spazio giuridico europeo era allora, ed è oggi, diffusamente considerato come il contesto più adeguato a livello regionale-continentale per il contrasto alle forme di criminalità transnazionale⁷.

Il terreno di scontro era – ed è – piuttosto rappresentato dall'individuazione delle regole di costruzione e di funzionamento di siffatto spazio europeo per gli aspetti che incidono sul tessuto penale interno degli Stati membri.

dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, *GUUE* L 91, 6 aprile 2011, p. 1 s., decisione fondata sul procedimento di revisione stabilito nell'art. 48, par. 6, TUE.

⁴ L'obiettivo è stabilito nell'art. 3, par. 1, TUE, specificato negli articoli 67-89 TFUE, fondato sui valori e principi espressi, rispettivamente, negli articoli 2 e 6 TUE.

⁵ Sulla enucleazione di uno spazio penale europeo a livello concettuale già a partire dagli anni Settanta del secolo scorso e sul suo accoglimento ad opera del primo Trattato sull'Unione europea (appunto di Maastricht, 1992), nonché sugli sviluppi introdotti dal Trattato di Amsterdam (1997), si vedano i contributi di N. PARISI, D. RINOLDI e L. SALAZAR in N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996, rispettivamente pp. 25 ss., 229 ss., 133 ss., nonché l'*Appendice di aggiornamento* (nell'edizione del 1998), p. 279 ss. Per gli sviluppi successivi, nella vastissima dottrina ci si limita a rinviare a R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005; e A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, p. 381 ss.

⁶ M. PISANI, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 703 ss.; e, da ultimo, N. PARISI, *Su taluni limiti nell'attività di ricerca e acquisizione della prova penale (ancora a proposito del potenziale conflitto fra esigenze della sovranità e rispetto dei diritti della persona)*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, 2010, p. 443 ss., spec. par. 2.

⁷ Per siffatto ordine di considerazioni nella dottrina penalistica rinvio al solo V. MILITELLO, «Ripensare» la giustizia penale europea: potenzialità e limiti di un progetto alternativo, in B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007, p. 135; nella dottrina internazionalistica a J. R. SPENCER, *Why is the Harmonisation of Penal Law Necessary?*, in A. KLIPP, H. VAN DER WILT (eds.), *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, Amsterdam, 2002, pp. 47-50; e a D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Milano, 2010, III ed., pp. 8 ss. e 60 ss.

Nelle sedi istituzionali (europee e nazionali) è sempre stato privilegiato l'orientamento di trasferire la tecnica del reciproco riconoscimento dall'ambito del mercato interno (e dei rapporti giuridici collegati al suo funzionamento, al fine della soluzione dei conflitti di legge e di giurisdizione)⁸ a quello relativo all'esercizio dell'azione penale⁹; orientamento peraltro anche sostenuto da importante dottrina¹⁰.

Altri studiosi si sono espressi manifestando una "posizione decisamente contraria [‘alternativa’] alle tendenze (...) prevalenti nell'ambito della europeizzazione del diritto penale e del diritto processuale penale"¹¹. Del reciproco riconoscimento sono stati messi in luce i punti considerati critici: fra questi anzitutto la sua idoneità a sostanziare "un procedimento penale ibrido, che consente la combinazione delle possibilità di intervento dei diversi ordinamenti" nazionali coinvolti nel procedimento stesso e, infine, a determinare il "sorgere di una giustizia penale radicalmente punitiva"¹²; nonché la sua intrinseca attitudine a violare il principio di stretta legalità penale¹³. Conseguentemente, si è suggerito l'abbandono del principio del reciproco riconoscimento a favore di altre soluzioni, quale quella realizzabile tramite la combinazione di due diverse tecniche: il principio del trattamento più favorevole (alla persona coinvolta nel procedimento penale) e il "modello svizzero" relativo alla determinazione del foro competente a esercitare l'azione penale.

L'alternativa proposta non nasce da preoccupazioni peregrine o capziose: le stesse istituzioni dell'Unione europea – che pur non possono che valorizzare la scelta politica fatta dagli Stati membri all'atto della costituzionalizzazione del principio del reciproco riconoscimento nel TUE¹⁴ – non si nascondono gli aspetti

⁸ Sul principio in questione applicato alla costruzione del mercato interno, prima, e alla soluzione dei conflitti di legge e di giurisdizione in materia privatistica, v. G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002; S. NICCOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2011 (ove si segnala anche l'avvenuto ampliamento oltre i confini del mercato interno della competenza internazionaleprivatistica dell'Unione).

⁹ Rinvio alla documentazione indicata *supra*, nota 2 e *infra*, nota 14.

¹⁰ In particolare ricordo U. SIEBER, *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1991, pp. 962-963, che già allora propose il ricorso a tale principio a proposito delle questioni inerenti alla circolazione delle prove penali; più in generale v. i volumi curati da G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001; *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002; *Quelle réforme pour l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2003.

¹¹ Così B. SCHÜNEMANN, *Presentazione*, in B. SCHÜNEMANN (a cura di), *op. cit.*, p. 3.

¹² *Ibidem*, p. 7.

¹³ *Ibidem*, pp. 6-7 e 9.

¹⁴ Il principio del reciproco riconoscimento è divenuto fin dal Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999: v. le conclusioni della Presidenza, reperibili *online*, punto 33 ss.) – dunque ancor prima della sua costituzionalizzazione a opera del Trattato di Lisbona (articoli 81, par. 1, e 82, par. 1, co. 1, TFUE) – il fondamento della cooperazione giudiziaria sia civile che penale: v. la comunicazione della Commissione, del 12 ottobre 2005, Una strategia sulla dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, COM(2005)491 def. I Programmi dell'Aja (2004) e di

problematici che si sono determinati fin dall'atto del primo utilizzo di tale principio nel campo della cooperazione giudiziaria penale e di polizia. In particolare, la Commissione ha da tempo espresso qualche preoccupazione sullo sbilanciamento che il principio del reciproco riconoscimento – naturalmente indirizzato ad ampliare i poteri di pubblici ministeri, magistrati in generale e autorità inquirenti – determina fra esigenze di efficienza nell'amministrazione della giustizia penale e garanzie processuali della persona¹⁵.

Altra dottrina – pur non negando in radice l'impiego della tecnica del reciproco riconoscimento – ne ha valutato i profili critici, interrogandosi su alcuni spinosi aspetti relativi all'attività normativa dell'Unione europea suscettibile di riverberare effetti in materia penale. In particolare, si è rilevata la discutibilità di scelte di politica legislativa indirizzate a trasporre la tecnica del mutuo riconoscimento – considerata come la via più adatta al buon funzionamento del mercato interno europeo – a settori, come quello penale, le cui norme incidono profondamente nello statuto delle persone: ciò in assenza di un processo di armonizzazione dei sistemi penali e processuali degli Stati membri e di un procedimento genuinamente democratico di formazione delle norme europee¹⁶.

Stoccolma (2009) ne hanno confermato la centralità; la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 aprile 2010, Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, COM(2010)171 def., ne tratta diffusamente al punto 4, stabilendone le tappe di realizzazione (pp. 21-24 dell'Allegato). Generalizzandone l'impiego, l'art. 70 TFUE affida al Consiglio il compito di adottare misure che definiscano le modalità di valutazione oggettiva e imparziale dell'attuazione da parte degli Stati delle politiche comuni in materia “al fine di favorire la piena applicazione del principio” stesso all'intera materia della cooperazione giudiziaria fra autorità omologhe di Stati diversi. La profondamente diversa prospettiva inaugurata con l'accoglimento nel settore penale del principio del reciproco riconoscimento è ben espressa dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni del 12 settembre 2006, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW, Raccolta*, p. I-3638 ss., punto 46, il quale afferma che nell'Organizzazione “non esistono più Stati sovrani che possano cooperare nei singoli casi, ma membri dell'Unione europea obbligati ad aiutarsi reciprocamente, sempreché siano stati commessi crimini di interesse comune”, membri fra i quali si dispone, per esempio, “un sistema di consegna tra autorità giudiziarie, frutto di un elevato livello di fiducia [reciproca]”. Sul principio in oggetto limitatamente al settore della cooperazione penale – e oltre a quanti citati *supra*, nota 10, anche per il richiamo a precedente dottrina – v. M. MÖSTL, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 405 ss.; e D. RINOLDI, *op. cit.*, pp. 18 s. e 64 ss.

¹⁵ Libro verde della Commissione, del 19 febbraio 2003, Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM(2003)75 def., punto 1.4, che rinvia alla comunicazione della Commissione, del 14 luglio 1998, Verso uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, COM(1998)459 def. Sulla dimensione prevalentemente repressiva piuttosto che garantista dei primi sviluppi relativi alla costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia v. T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007.

¹⁶ Ci si riferisce in particolare a U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 13 ss.; ID., *Il mandato d'arresto europeo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 995 ss. Sulle criticità che solleva l'attribuzione all'Unione di competenza normativa incidente in materia penale v. an-

Si tratta di valutazioni che, tutte, hanno il merito di aver portato l'attenzione degli studiosi sulla problematicità di far operare il principio del reciproco riconoscimento fra Stati membri (meglio: fra magistrati appartenenti a sistemi giuridici nazionali differenti) in situazioni ove si manifestano diversità anche di non lieve portata fra le garanzie offerte da ciascuno di essi. Si pensi soltanto al settore della detenzione e, più in particolare, alla materia della custodia cautelare: pur se considerata “*misura di natura eccezionale* nei sistemi giudiziari di *tutti* gli Stati membri”¹⁷, essa è oggetto di non lievi differenze normative in ciascuno di essi se non altro per quanto riguarda la sua durata e le condizioni del riesame dei motivi che determinano la sua applicazione rispetto ad altre misure (pur cautelari ma) non detentive.

Che le preoccupazioni espresse abbiano peraltro un fondamento non solo teorico-concettuale è ben testimoniato dalla complessità sottesa alla copiosa e anche divergente giurisprudenza (pure delle supreme Corti) che si è sedimentata negli Stati membri nell'occasione delle richieste di esecuzione di provvedimenti giudiziari fondati sul principio in questione. Prendendo a esclusivo esempio la prassi italiana, basti segnalare che, al fine di comporre interpretazioni (e conseguenti applicazioni) divergenti delle norme contenute nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo¹⁸, si è anche registrato l'intervento nomofilattico della Corte di cassazione¹⁹.

che F. SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 152 ss.; M. D'AMICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza, giustizia e i suoi riflessi sulla formazione di un diritto penale europeo*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, p. 191 ss.; A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 5 ss.

¹⁷ Comunicazione della Commissione, del 14 giugno 2011, Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo – libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione, COM(2011)327 def., p. 9 (corsivi aggiunti).

¹⁸ Nell'ordinamento italiano non si dispone di prassi giurisprudenziale sull'esecuzione di decisioni giudiziarie fondate sul principio del riconoscimento reciproco diversa rispetto a quella relativa al mandato di arresto europeo: hanno trovato ivi adempimento, infatti, soltanto 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. (l'adempimento italiano è intervenuto con l. 22 aprile 2005, n. 69); e la decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, 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 europea, *GUUE* L 327, 5 dicembre 2008, p. 27 ss.: ma questa decisione quadro prevede un termine di adempimento appena scaduto (5 dicembre 2011, secondo il suo art. 9, par. 1), dunque (e nonostante l'adempimento italiano intervenuto con inusitata celerità ad opera del d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161) problemi concreti relativi alla sua applicazione non sono ancora emersi.

¹⁹ Cassazione penale, SS. UU., sentenza del 30 gennaio 2007, n. 4614, *Ramoci*. A commento dello spessore delle questioni che il principio del reciproco riconoscimento solleva in ordine alla consegna della persona v. G. DE AMICIS, G. IUZZOLINO, *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano, 2008; E. ZANETTI, *Il mandato d'arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Milano, 2009; per riferimenti anche alla giurisprudenza straniera v. M. FICHERA, *The European Arrest*

Tuttavia la tecnica del reciproco riconoscimento, ancorché di problematica applicazione, presenta a mio parere un pregio: quello di utilizzare una categoria che è tratta dalle esperienze costituzionali federali, una categoria dunque che contribuisce a far procedere la cooperazione fra gli Stati europei più nel solco del “metodo comunitario” che in quello della cooperazione intergovernativa. È questa che esprimo, come si comprende, una scelta ideologica, che si giustifica alla luce della considerazione che il diritto è una scienza morale e che, dunque, le scelte teoriche alla base delle diverse teorie giuridiche “si graduano in funzione [non tanto dell’essere giuste o sbagliate, quanto] della loro capacità di contribuire a mettere a punto proposizioni meglio acconce, più generali”²⁰. E in questa temperie storica l’integrazione del continente europeo è scelta che considero più adatta – rispetto a quella di una mera cooperazione internazionale di stampo classico – a traghettare gli Stati membri dell’Unione verso un periodo di rinnovata stabilità.

2. Indipendentemente dagli strumenti e, in definitiva, dal modello²¹ che si vogliono utilizzare per la costruzione di uno spazio penale europeo, ciò che accomuna tutte le posizioni – favorevoli, contrarie o soltanto costruttivamente critiche – all’utilizzo del principio del reciproco riconoscimento nel settore penale è costituito dalla preoccupazione che l’esercizio di poteri normativi da parte dell’Unione europea, incidenti nel tessuto penale degli Stati membri con l’accoglimento di tale principio, determini un abbassamento delle garanzie individuali. Si sostiene, non a torto, l’esigenza già oggi di re-orientare l’intervento europeo in materia verso una funzione di maggiore garanzia della persona²²; si osserva che la tutela di questa deve potersi attuare in Europa “non solo tramite la giustizia penale, ma anche contro i pericoli di una gestione sconsiderata di quest’ultima”²³; se ne è ancora il funzionamento al rispetto di un ordine pubblico europeo, espresso dalla convergente cooperazione attuata dagli Stati nell’ambito

Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?, in *European Law Journal*, 2009, specificamente p. 89 ss. Sulla funzione della giurisprudenza europea e nazionale (italiana) ai fini della composizione sul piano ermeneutico delle antinomie fra la decisione quadro sul mandato d’arresto europeo e la legge italiana di suo recepimento v. L. DANIELE, *Il dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato di arresto europeo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, p. 433 ss.; G. DE AMICIS, *Primi orientamenti della Corte di Giustizia sul mandato d’arresto europeo: verso una nomofilachia “eurolunitaria”?*, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 1021 ss.

²⁰ V. al proposito le considerazioni di G. DELLA CANANEA, *Presentazione*, in A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell’Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, p. 13.

²¹ A proposito dei diversi ideal-tipi che possono al riguardo essere utilizzati – quello cooperativo, quello sopranazionale, quello ibrido, con le sue molteplici varianti determinate dal diverso equilibrio fra i primi due – v. le approfondite valutazioni di U. SIEBER, *The Future of European Criminal Law: A New Approach to the Aims and Models of the European Criminal Law System*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 708-711 e, a proposito delle concretizzazioni di essi, pp. 711-716.

²² V. MILITELLO, *Postfazione all’edizione italiana*, in B. SCHÜNEMANN (a cura di), *op. cit.*, p. 136.

²³ B. SCHÜNEMANN, *Presentazione*, *cit.*, p. 6.

di OSCE, Consiglio d'Europa e Unione europea, e rilevato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁴.

Ci si interroga, insomma, sulla tensione fra efficienza della giustizia nel contrasto alla criminalità e rispetto dei principi dello Stato di diritto sui quali si fonda l'Unione²⁵.

3. Non mi sembra che la questione, così impostata, possa essere affrontata nella prospettiva dell'esigenza di colmare il *deficit* democratico da cui sarebbe affetta l'Unione europea a motivo del procedimento di adozione delle sue norme, nonostante la (da taluni sostenuta) violazione del principio di stretta legalità sul piano procedurale²⁶, che del principio di legalità è appunto una componente essenziale. La disciplina giuridica – dalla quale, infine, scaturisce l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento a uno specifico settore dell'ambito di cooperazione nell'Unione – risulta infatti dall'apporto di istituzioni rappresentative di tutti gli attori politici presenti nell'Unione, nonché di “forze” (nazionali ed europee) rappresentative della società civile, le quali danno il proprio contributo all'assetto democratico dell'Unione stessa sia nella fase della formazione dell'atto, che nella fase della sua esecuzione nell'ordinamento interno del singolo Stato membro.

Come noto, infatti, le dinamiche che sottendono l'adozione e la conseguente efficacia negli ordinamenti interni degli Stati membri delle norme che originano da direttive²⁷ sono quelle che il TUE pone a fondamento della “vita democratica” dell'Unione, allorché esplicita quanto ormai consolidato da tempo in questo contesto istituzionale. Ivi si dichiara che “[i]l funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa”²⁸, articolata sul coordinamento di più istanze,

²⁴ A proposito del perimetro di siffatto ordine pubblico europeo v. D. RINOLDI, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2005.

²⁵ Sui valori (di cui all'art. 2 TUE) e i principi (di cui all'art. 6 TUE) sui quali si fonda l'Unione v. da ultimo E. CASTORINA, *I valori fondanti dell'Unione europea*, in N. PARISI, V. PETRALIA (a cura di), *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2011; e U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, 2011, specificamente pp. 7-28.

²⁶ In questa sede ci si limita a esaminare il profilo procedurale del principio di legalità in materia penale, tuttavia consapevoli di implicazioni ben più vaste (tra cui quella relativa alla giustiziabilità delle norme, per la quale v. brevemente in fine di questo paragrafo): per un più approfondito esame della questione rinvio a N. PARISI, *Ancora in tema di riconoscimento reciproco e principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: alcune considerazioni a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011.

²⁷ Sul fatto che l'attività normativa dell'Unione in materia penale sia frutto dell'attribuzione di una competenza indiretta espressa appunto tramite atti che non si indirizzano ai singoli ma richiedono un'attività di trasposizione normativa da parte degli Stati (e soltanto in prospettiva possa vedersi l'esercizio da parte di essa di una competenza diretta) v. G. GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 683 ss.

²⁸ Art. 10, par. 1, TUE.

portatrici di interessi diversi ma complementari: il Consiglio e il Consiglio europeo, quali sedi di rappresentanza degli interessi dei singoli Stati membri (i cui Governi sono democraticamente costituiti e dunque in grado di rappresentare, sebbene indirettamente, le singole comunità nazionali); il Parlamento europeo, quale sede di rappresentanza degli interessi dell'insieme dei cittadini degli Stati membri (non ancora di un popolo europeo)²⁹; i parlamenti nazionali nel ruolo di coadiutori delle istituzioni europee e di rappresentanti in via diretta delle singole comunità nazionali³⁰.

Anzitutto v'è da osservare che nell'Unione l'esercizio delle competenze normative si organizza sulla base dei menzionati congiunti titoli di rappresentanza associando ormai diffusamente al Consiglio il Parlamento europeo nell'esercizio dell'attività normativa³¹. Si osserva poi che l'adempimento entro gli Stati membri di tali atti dipende da meccanismi ormai collaudati, indirizzati a coinvolgere i parlamenti nazionali e le varie articolazioni in cui si esprime la società civile nazionale non soltanto nella fase discendente (quella relativa all'esecuzione), bensì anche in modo significativo nella fase ascendente (quella relativa alla formazione) degli atti normativi dell'Unione³².

Entro l'ordinamento dell'Unione è infatti andato affermandosi il principio secondo il quale la legittimazione democratica dell'attività normativa dell'Organizzazione non possa prescindere dalla promozione dei processi di partecipazione dei destinatari della norma stessa al suo procedimento di formazione. Di

²⁹ Art. 10, par. 2, commi 1 e 2, TUE.

³⁰ V. il Protocollo n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea, oltre a quanto dispongono gli articoli 12 TUE; 48, par. 2, TUE; 48, par. 7, co. 3, TUE; 85, par. 1, co. 3, TFUE; e 88, par. 2, co. 2, TFUE. Su tale ruolo, proprio nella prospettiva di un apporto alla vita democratica dell'Unione, v. da ultimo U. VILLANI, *op. cit.*, pp. 39-47.

³¹ Ai sensi dell'art. 289, par. 1, TFUE, che generalizza l'impiego della "procedura legislativa ordinaria". Non si può tuttavia sottacere il fatto che il TFUE contempla anche casi nei quali determinante è la decisione del solo Consiglio; si tratta di casi di non scarso peso anche nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: esemplificando v. l'art. 81, par. 3, TFUE in materia di diritto di famiglia e conflitti di leggi e di giurisdizione (che dunque non riguarda il settore penalistico); e l'art. 86, par. 1, TFUE in relazione alla istituzione di una procura europea; è da segnalare pure la previsione che consente al singolo Stato membro di sospendere la procedura legislativa ordinaria quando "un progetto di direttiva (...) incida su aspetti fondamentali del suo ordinamento giuridico penale" (articoli 82, par. 3, e 83, par. 3, TFUE). Sul *deficit* democratico del processo decisionale europeo nell'ambito dell'ormai esaurito terzo pilastro dell'Unione, oltre alla dottrina richiamata *supra*, in nota 16, v. anche A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations pénales: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, specificamente p. 295; sull'idoneità della riforma di Lisbona ad attenuare se non ad eliminare le preoccupazioni relative alla violazione del principio di legalità determinate dalla non democraticità nel processo europeo di formazione del precetto normativo penale v. *infra*, immediatamente qui di seguito nel testo, oltre a G. TESAURO, *Una Procura europea per l'Unione del futuro*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, D. RINOLDI, A. SANTINI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 728.

³² Per l'ordinamento italiano v. la l. 4 febbraio 2005, n. 11 (che ha sostituito la l. 9 marzo 1989, n. 86, c.d. "La Pergola") recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari.

questa partecipazione sono testimonianza accorgimenti istituzionali e procedurali previsti sul piano normativo o sperimentati in via di prassi: penso all'attività dei numerosissimi comitati che, con funzione consultiva, partecipano alla determinazione dei contenuti delle norme; alla regolamentazione dell'attività di *lobbying* che enti pubblici e privati, nonché associazioni rappresentative della società civile, svolgono presso Parlamento europeo e Commissione³³. Ricordo, in via più diffusa, la ormai consolidata consuetudine della Commissione di interpellare la società civile, facendosi promotrice di dibattiti e consultazioni con gli esperti degli Stati membri, le parti sociali, in genere gli operatori del settore interessato dalla singola azione normativa dell'Unione sollecitando risposte, suggerimenti, valutazioni, ecc., prima di procedere all'adozione di una proposta normativa. Si tratta di norme e prassi ora consolidate nell'art. 11 TUE ove si tratta degli istituti di democrazia partecipativa, la quale potrebbe trovare un punto di forza anche nel potere di iniziativa legislativa di cui dispongono i cittadini europei³⁴.

L'assetto che, grazie a tutte queste diverse vie, si consegue si traduce in un'accentuazione del processo di democratizzazione dell'Unione tramite l'integrazione tra le forme di partecipazione nazionali e di quelle sovranazionali. La rilevanza che nell'Unione assumono le forme partecipative di legittimazione democratica consiglia di prendere le distanze dal modello di Stato costituzionale – considerando che soltanto esso sia in grado di realizzare e garantire il rispetto del principio di democrazia –, per accogliere un'impostazione secondo cui l'Unione come attualmente configurata non può essere considerata un fenomeno transeunte la cui evoluzione “positiva” è indirizzata verso una forma statale; essa deve invece essere valutata come forma giuridica *sui generis* di organizzazione di pubblici poteri, dotata di propri criteri di legittimazione democratica, del tutto originali (ancorché imperfetti)³⁵ rispetto a quelli propri dello Stato di diritto³⁶.

In questo sofisticato intreccio di poteri e competenze, il criterio di sussidiarietà riveste un ruolo centrale ai fini della garanzia del principio di legalità³⁷. È

³³ Sull'intera problematica rinvio a U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Trasparenza – Riservatezza – Impresa. Studi su democrazia rappresentativa, diritti dell'uomo e attività economica nell'Unione europea*, Torino, 2001, con particolare riferimento ai saggi di U. DRAETTA, p. 5 ss.; N. PARISI, p. 89 ss.; A. SANTINI, p. 17 ss.; e C. STATELLA, p. 55 ss.

³⁴ Art. 11, par. 4, co. 1, TUE; su tale istituto v. A. SANTINI, *Il regolamento sull'iniziativa dei cittadini: verso l'attuazione di un nuovo strumento di democrazia partecipativa nell'Unione europea*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, D. RINOLDI, A. SANTINI (a cura di), *op. cit.*, p. 659 ss.

³⁵ Per approfondimenti sull'assetto democratico dell'Unione v. A. VON BOGDANDY, *op. cit.*, pp. 116-132.

³⁶ In questo senso in parte si esprime R. DEHOUSSE, *European Institutional Architecture after Amsterdam: Parliamentary System or Regulatory Structure?*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 595 ss.; v. anche N. PARISI, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'Unione europea alla luce dei rapporti fra Stati membri e fra questi e l'Organizzazione*, in *I Quaderni europei*, 2008, n. 1, www.lex.unict.it.

³⁷ La centralità del criterio di sussidiarietà in materia di applicazione del principio del reciproco riconoscimento ben emerge da taluni documenti della Commissione europea (v. esemplificativamente il libro verde COM(2003)75 def., punto 1.12), dal contenuto delle decisioni quadro che

questo un punto di snodo che il Trattato di Lisbona ha scelto per un maggior coinvolgimento dei parlamenti nazionali sul fronte del controllo nell'uso che di tale principio fanno le istituzioni normative dell'Unione³⁸.

Dunque, la garanzia della legalità della normativa penale che origina nell'ordinamento dell'Organizzazione e che viene applicata entro gli ordinamenti nazionali è assicurata dalla compenetrazione di livelli di governo, quello dell'Unione e quelli dei singoli Stati membri; il primo livello chiamato a individuare le norme di principio, con l'apporto – sempre, seppure in misura variabile – dell'istanza parlamentare e della società civile; il secondo incaricato di dare adempimento alle norme di principio così stabilite – prevedendosi sempre l'intervento dell'istanza rappresentativa dei cittadini –, utilizzando il margine di discrezionalità tipicamente loro connaturato, in quanto esse sono strumenti se mai di armonizzazione, ma non di uniformità normativa.

Ambedue gli ambiti sono, comunque, indirizzati al rispetto tanto dei principi costituzionali del singolo ordinamento nazionale che esegue, quanto dei valori e dei principi sui quali si fonda l'Unione (tendenzialmente coincidenti con i primi), in funzione dell'obiettivo di realizzare congiuntamente libertà, sicurezza e giustizia. Peraltro non è questo l'unico caso in cui, assai utilmente, si valorizza la complementarità fra ordinamenti (dell'Unione europea e di ciascuno dei suoi Stati membri) ai fini di sostanziare il rispetto del principio di legalità: si è ad esempio osservato come lo “spazio costituzionale europeo” – dunque il livello delle fonti primarie – sia sostanziato da norme e principi di derivazione europea e nazionale³⁹.

A quanto detto occorre aggiungere il determinante contributo al rispetto del principio di legalità che proviene dall'estensione dei rimedi giurisdizionali aperti ai singoli di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione – articolati secondo il cosiddetto “metodo comunitario” – a tutta l'attività normativa europea in materia di cooperazione giudiziaria penale e all'adempimento di essa entro gli ordinamenti nazionali⁴⁰; nonché dall'operare delle corti nazionali, considerate “giudici comunitari del diritto comune”⁴¹.

applicano tale principio (v. ad es. il 12° ‘considerando’ della decisione quadro 2002/584), nonché dalla sentenza del Bundesverfassungsgericht tedesco del 18 luglio 2005, sulla stessa decisione quadro, là dove stigmatizza la “pigrizia” del legislatore nazionale responsabile di non aver utilizzato il margine di apprezzamento consentitogli dal legislatore europeo al fine di disporre norme di dettaglio utili a preservare i diritti fondamentali della persona.

³⁸ V. *supra*, nota 30.

³⁹ A. VON BOGDANDY, *op. cit.*, p. 53, con i riferimenti di dottrina contenuti in nota 100.

⁴⁰ Sul punto v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, II ed.; K. LENAERT, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 59 ss.

⁴¹ Così R. LUZZATTO, *Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario*, in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 1999, p. 373 ss. Tra le tante pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea che enfatizzano il ruolo del giudice nazionale come giudice europeo del diritto comune v. la sentenza del 16 settembre 2010, causa C-149/10, *Zoi Chatzi*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 74. In dottrina su tale ruolo da ultimo si segnala P. MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Milano, 2011.

4. Ciò che mi sembra debba essere valorizzata è invece l'argomentazione secondo la quale ai fini del rispetto dei principi dello Stato di diritto l'impiego del principio di riconoscimento reciproco debba essere accompagnato da un'attività normativa europea di armonizzazione degli ordinamenti nazionali⁴². Ciò è peraltro quanto dispone il TFUE ai sensi del quale la cooperazione giudiziaria in materia penale “è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”⁴³.

Esso precisa poi che tale armonizzazione deve svilupparsi – nell'ambito della materia processuale penale – tramite “misure” intese a “(...) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; (...) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; (...) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; (...) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni”⁴⁴; ovvero tramite “norme minime” adottate in forma di direttiva, quando l'armonizzazione sia “necessaria per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale”, nonché “in materia di: ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; diritti della persona nella procedura penale; diritti delle vittime della criminalità; altri elementi specifici della procedura penale”⁴⁵.

Anche nell'affrontare il terreno della cooperazione incidente nel diritto penale sostanziale, il Trattato individua la via dell'armonizzazione normativa, stabilendone le modalità di esercizio: essa deve avvenire tramite l'adozione di “norme minime” in forma di direttiva quanto alla definizione dei reati e delle sanzioni in “sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale” a motivo del tipo di condotta, delle sue implicazioni, ovvero della particolare necessità di combatterle su basi comuni⁴⁶; nonché tramite l'adozione di “norme minime” (anche, ma non esclusivamente, in forma di direttiva) quanto alla definizione dei reati e delle sanzioni quando ciò si riveli “indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato già oggetto di misure di armonizzazione”⁴⁷.

La prospettiva nella quale evidentemente si situa il Trattato è che soltanto un progressivo ravvicinamento degli ordinamenti nazionali consente di creare le condizioni perché si stabilisca fra gli Stati, ma soprattutto fra le autorità nazio-

⁴² A proposito del fatto che dal punto di vista concettuale fra le due vie (mutuo riconoscimento e armonizzazione) non esista una gerarchia, ma che esse debbano essere percorse congiuntamente, rinvio a quanto argomentato in N. PARISI, *Su taluni limiti*, cit.

⁴³ Art. 82, par. 1, TFUE.

⁴⁴ Art. 82, par. 1, co. 2, TFUE.

⁴⁵ Art. 82, par. 2, TFUE.

⁴⁶ Art. 83, par. 1, co. 1, TFUE.

⁴⁷ Art. 82, par. 2, TFUE.

nali che amministrano la giustizia penale, una fiducia reciproca nei rispettivi sistemi normativi e nelle modalità secondo le quali ciascuno di essi funziona⁴⁸: non si può che utilizzare la valutazione assai pregnante di altri, secondo la quale “as legal harmonization increases, the (...) problems [resulting from mutual recognition] lose their explosive nature”⁴⁹.

Che, peraltro, la garanzia per il buon funzionamento del principio del riconoscimento reciproco sia costituita dalla “fiducia fra gli Stati” è chiarito anche dall’Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, secondo il quale “[q]uesta nozione, sebbene recente nella costruzione di una giustizia penale europea, rientra nel principio del reciproco riconoscimento, introdotto al punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 16 ottobre 1999”⁵⁰. Lo stesso Avvocato generale in altra occasione⁵¹ ha osservato che il reciproco riconoscimento opera un collegamento fra ordinamenti che “non si instaura tra compartimenti stagni, essendo necessaria una verifica *ad casum*, volta ad assicurare che la prestazione dell’assistenza richiesta non comporti un’inosservanza dei principi fondamentali dell’organizzazione sociale” dello Stato di esecuzione del provvedimento giurisdizionale straniero. Esso si instaura invece quando “si desidera prestare appoggio a chi condivide gli stessi principi, valori ed impegni, costruendo una struttura istituzionale dotata di proprie fonti del diritto, di efficacia diversa, ma pur sempre vincolanti, che mirano a prevenire e combattere la criminalità, in uno spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia, mediante la facilitazione della cooperazione tra gli Stati membri e l’armonizzazione delle loro normative in materia penale”.

Né si deve sottovalutare l’importante apporto che la Corte di giustizia può dare al radicamento della fiducia reciproca fra autorità nazionali⁵², grazie – anche, ma non esclusivamente – alla funzione direttiva che la sua giurisprudenza esercita sui magistrati nazionali e al ruolo che, tramite il principio di leale collaborazione, esercita l’obbligo in capo ad essi di dare effettività ai diritti di origine “comunitaria”.

5. L’armonizzazione del diritto penale sostanziale e processuale rappresenta dunque il ponte fra fiducia reciproca e reciproco riconoscimento. Questo ruolo

⁴⁸ Peraltro non diversamente è avvenuto il processo di applicazione del principio del mutuo riconoscimento per la costruzione del mercato interno: al riguardo si rinvia alla dottrina richiamata *supra*, in nota 8.

⁴⁹ U. SIEBER, *op. cit.*, pp. 719-720.

⁵⁰ V. le conclusioni dell’8 aprile 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, Raccolta, p. I-9425 ss., punto 39.

⁵¹ Si tratta delle già richiamate conclusioni *Advocaten voor de Wereld VZW*, punto 44. Sulla reciproca fiducia come catalizzatore del principio di riconoscimento reciproco v. anche Cassazione penale, SS. UU., sentenza *Ramoci*, punto 9.

⁵² V. al proposito L. SALAZAR, *Réflexions sur le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l’instauration de la confiance mutuelle entre magistrats: le triangle nécessaire*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dirs.), *La confiance mutuelle dans l’espace pénal européen*, Bruxelles, 2005, p. 160 ss.

di cerniera è in particolare assolto da quelle misure di armonizzazione indirizzate ad assicurare che il livello di garanzia dei diritti individuali non venga abbassato nell'occasione del loro bilanciamento con le esigenze di efficienza della giustizia penale⁵³.

Ciò sembra essere ben presente alle istituzioni europee se si pone mente alle ricordate⁵⁴ preoccupazioni espresse dalla Commissione circa il rischioso sbilanciamento che potrebbe derivare dall'applicazione del principio di riconoscimento reciproco in assenza di un'attività di armonizzazione delle garanzie processuali.

In tempi assai più recenti, questa preoccupazione emerge dalla lettera delle disposizioni contenute nelle decisioni quadro in materia. Prendo ad esempio paradigmatico la decisione quadro 2008/909/GAI sul riconoscimento reciproco delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale ai fini della loro esecuzione in uno Stato membro diverso da quello nel quale la sentenza sia stata adottata⁵⁵. Qui si chiarisce in modo lineare il funzionamento del coordinamento attuato in virtù dell'operare del principio di reciproco riconoscimento entro l'Unione europea fra le autorità giudiziarie penali degli Stati membri e le asperità del suo percorso: nel suo 5° 'considerando' si dichiara, infatti, che "[i] diritti processuali nei procedimenti penali sono un elemento cruciale per assicurare la fiducia reciproca tra gli Stati membri nell'ambito della cooperazione giudiziaria. I rapporti tra gli Stati membri, fondati su una particolare fiducia reciproca nei rispettivi ordinamenti giuridici, consentono allo Stato di esecuzione di riconoscere le decisioni delle autorità dello Stato di emissione"⁵⁶.

6. In via di principio è, dunque, da salutare con favore la ripresa dell'attività di armonizzazione delle garanzie procedurali nazionali che si sta percorrendo entro l'ordinamento dell'Unione: si assiste, infatti e finalmente, al superamento della battuta d'arresto di un processo, pur percepito come necessario quando quasi un decennio fa la Commissione presentò prima un libro verde⁵⁷, poi una

⁵³ In ordine alla stretta connessione fra reciproco riconoscimento e armonizzazione delle garanzie processuali in materia penale v. G. VERMEULEN, *Mutual Recognition, Harmonisation and Fundamental (Procedural) Rights Protection*, in M. MARTIN (ed.), *Crime, Rights and the EU: The Future of Police and Judicial Cooperation*, London, 2008, p. 89 ss.

⁵⁴ V. *supra*, nota 15.

⁵⁵ GUUE L 327, 5 dicembre 2008, p. 27 ss.

⁵⁶ La consapevolezza circa la connessione fra reciproca fiducia e armonizzazione delle garanzie processuale emerge anche dalla decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, GUCE L 82, 22 marzo 2001, p. 1 ss., in particolare 4° e 8° 'considerando' nonché gli articoli 4 e 5; dalla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 26 luglio 2000, Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, COM(2000)495 def., punti 10 e 11; dalla proposta di decisione quadro in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, del 28 aprile 2004, COM(2004)328 def., Introduzione; dal libro verde della Commissione, del 26 aprile 2006, sulla presunzione di non colpevolezza, COM(2006)174 def., specificamente punto 1.1.

⁵⁷ Libro verde COM(2003)75 def.

proposta di decisione quadro⁵⁸, l'uno e l'altra indirizzati a tutelare in via generale, onnicomprensiva, i diritti processuali della persona coinvolta in procedimenti penali entro uno Stato membro diverso da quello della propria cittadinanza⁵⁹. Insuperabili resistenze politiche opposte da alcuni Stati membri determinarono allora l'accantonamento della proposta⁶⁰.

Tuttavia, la valorizzazione dei compiti dell'Unione nel campo delle misure destinate a incidere nel diritto penale e processuale penale degli Stati membri attuata con la revisione introdotta a seguito del Trattato di Lisbona⁶¹ non poteva non essere accompagnata da – trovando così un bilanciamento in – un rafforzato statuto delle garanzie individuali, attuato, in via generale, con il riconoscimento del valore convenzionale internazionale delle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁶² e con la previsione circa l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶³; e perseguita, in via specifica, con l'adozione di misure normative particolari. Occorreva infatti, finalmente, riempire di contenuti le petizioni di principio che, nell'evocare l'obiettivo di fare dell'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, reiteratamente ribadivano la pari ordinazione delle sue tre componenti⁶⁴.

Le istituzioni dell'Unione responsabili dell'attività normativa si avvantaggiano oggi, rispetto alla pregressa versione del TUE, della ben più chiara base giuridica presente nel TFUE⁶⁵, ove si prevede che, “laddove 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”, possono essere stabilite con direttiva norme minime, le quali – tenendo conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giu-

⁵⁸ Proposta di decisione quadro COM(2004)328 def.

⁵⁹ Il limite è esplicitamente individuato nel punto 8 della relazione che accompagna la proposta di decisione quadro ult. cit.

⁶⁰ Si consideri che al lungo silenzio su tale proposta è seguita l'adozione da parte di sei Ministri della giustizia degli Stati membri dell'Unione di una dichiarazione volta a rilanciare una piattaforma negoziale capace di garantire efficienza nell'amministrazione della giustizia tramite misure di armonizzazione normativa (v. *Il Corriere della sera*, 19 settembre 2007, p. 42): piattaforma negoziale che rappresenta l'antefatto del percorso normativo ora intrapreso.

⁶¹ Ci si permetta di rinviare al proposito a N. PARISI, *Su taluni limiti*, cit., specificamente pp. 450-454.

⁶² Art. 6, par. 1, co. 1, TUE.

⁶³ Art. 6, par. 2, TUE. Sul sistema complessivo di tutela dei diritti fondamentali della persona ad opera del TUE si vedano U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Milano, 2009, V ed., p. 252 ss.; D. RINOLDI, *Diritti fondamentali della persona*, in A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2011, p. 22 ss.

⁶⁴ Richiamo, solo esemplificativamente, il punto 1.1 del Programma di Stoccolma, rinviando a quanto richiamato *supra*, nota 15.

⁶⁵ La base normativa precedente era stata individuata (dalla Commissione nel libro verde COM(2003)75 def., punto 1.12) nell'art. 31 TUE: risultava pertinente a mio parere la sola parte della disposizione in cui si contemplava “[l]’azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale [al fine di conseguire] (...) (c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione (...)”.

ridici degli Stati membri – riguardino tra l’altro “(...) i diritti della persona nella procedura penale; (...) i diritti delle vittime della criminalità; (...) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; (...)”⁶⁶. Anche in questo caso le direttive sono chiamate a determinare uno *standard* minimo di garanzie, mentre è rimessa allo Stato membro la decisione “di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone”⁶⁷.

La Commissione in tempi assai rapidi ha dato concretezza al Programma di Stoccolma (nonché al Piano d’azione che ad esso si riferisce), il quale aveva fatto propria⁶⁸ la risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali⁶⁹: quest’ultimo documento, in particolare, è assai esplicito nell’individuare le priorità e scandire le tappe normative in materia.

Il quadro normativo che scaturisce da questo processo è rappresentato dalla vigente (ancorché non efficace negli Stati membri, perché non ancora scaduto il termine di adempimento) direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali⁷⁰: essa si propone di garantire a indagati e imputati in procedimenti penali che si svolgano negli Stati membri il diritto di usufruire gratuitamente di interpretazione e traduzione in tutte le fasi di essi (art. 1, par. 2)⁷¹.

È in via di perfezionamento la direttiva sul diritto all’informazione nei procedimenti penali: la proposta, presentata dalla Commissione il 20 luglio 2010⁷², è stata favorevolmente accolta dal Consiglio (3 dicembre 2010) e infine, con taluni miglioramenti in materia di *standard* di garanzie ivi contemplate, approvata dal Parlamento europeo (13 dicembre 2011)⁷³.

Ha iniziato il proprio iter normativo la direttiva che stabilirà il diritto all’assistenza di un difensore sin dalla prima fase dell’interrogatorio dinanzi alla polizia, nonché il diritto di accesso al consolato e all’ambasciata del proprio Paese e il diritto di comunicare con familiari e datori di lavoro⁷⁴.

Sono allo studio altre direttive – come previsto nella richiamata “tabella di marcia” predisposta dal Consiglio, che peraltro riproduce le priorità già stabilite

⁶⁶ Art. 82, par. 2, co. 2, lett. b), TFUE.

⁶⁷ Art. 82, par. 2., co. 1, TFUE.

⁶⁸ Punto 2.4 del Programma di Stoccolma.

⁶⁹ *GUUE* C 295, 4 dicembre 2009, p. 1 ss.

⁷⁰ *GUUE* L 280, 26 ottobre 2010, p. 1 ss.

⁷¹ Sui contenuti della citata direttiva v. S. CRAS, L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings*, in *Eucrim*, 2010, p. 153 ss., reperibile *online*; v. inoltre i contributi contenuti nella parte II del volume di M. PEDRAZZI, I. VIARENGO, A. LANG (eds.), *Individual Guarantees in the European Judicial Area in Criminal Matters*, Bruxelles, 2011.

⁷² COM(2010)392 def.

⁷³ La risoluzione legislativa del PE è in www.europarl.europa.eu.

⁷⁴ Proposta dell’8 giugno 2011, COM(2011)326 def.

nel libro verde sulle garanzie processuali⁷⁵ e nella prima proposta in materia⁷⁶ –, in particolare sulle garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili e sulla detenzione preventiva⁷⁷.

Non che nel passato (prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) i diritti processuali di indagato, imputato, accusato e condannato non fossero stati tenuti presenti nell'attività normativa dell'Unione. Oltre a quanto già segnalato, ne sono testimonianza talune disposizioni contenute in pertinenti atti: l'obbligo – fatto alle autorità nazionali di emissione e di esecuzione di decisioni giudiziarie destinate a circolare secondo il principio del riconoscimento reciproco – di rispettare le prerogative fondamentali delle persone è frutto, talvolta, di un rinvio generico all'art. 6 TUE e alla Carta sui diritti fondamentali⁷⁸; talaltra, della predisposizione di specifiche garanzie processuali⁷⁹; talaltra ancora, di emendamenti di precedenti atti normativi che all'atto della propria applicazione si sono dimostrati carenti dalla prospettiva garantistica⁸⁰.

Il Parlamento europeo – ancor prima di condividere con il Consiglio il potere normativo in materia – si era dimostrato molto attento a che i diritti processuali della persona venissero rispettati: si segnala in particolare l'interrogazione scritta indirizzata alla Commissione, relativa al diritto a un processo equo e a un ricorso effettivo⁸¹. È una sensibilità che ovviamente, stante le sue aumentate

⁷⁵ Libro verde COM(2003)75 def., specificamente punto 2.5.

⁷⁶ Proposta di decisione quadro COM(2004)328 def., specificamente punto 6 della relazione di accompagnamento.

⁷⁷ Libro verde COM(2011)327 def.

⁷⁸ V. il 12° 'considerando' e l'art. 1, par. 3, della decisione quadro 2002/584; senza contare che la decisione quadro contempla essa stessa specifiche garanzie per la persona coinvolta nel procedimento (si consideri per esempio che, all'atto dell'arresto, ai sensi dell'art. 11 il ricercato è informato dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione dell'esistenza di un mandato d'arresto, del contenuto di esso, della possibilità di consentire alla consegna, godendo del diritto di essere assistito da un consulente legale e da un interprete); puntualmente sulle singole disposizioni della citata decisione quadro indirizzate alla tutela dei diritti fondamentali v. A. DAMATO, *Mandato d'arresto europeo*, in A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *op. cit.*, p. 89 ss.; più in generale sulla idoneità delle decisioni quadro che adottano il principio del reciproco riconoscimento a tutelare tali diritti ci si permetta di rinviare a N. PARISI, *I diritti fondamentali nell'Unione europea fra mutuo riconoscimento in materia penale e principio di legalità*, in U. DRAETTA, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2007, p. 151 ss.

⁷⁹ V. – oltre a quanto riferito nella nota precedente a proposito delle garanzie specificamente dettate in ordine all'esecuzione del mandato d'arresto europeo – anche il 37° 'considerando' della direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, *GUUE* L 168, 30 giugno 2009, p. 24 ss.: ivi si dispone l'obbligo di prevedere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva.

⁸⁰ Come è avvenuto con l'adozione della decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, *GUUE* L 81, 27 marzo 2009, p. 24 ss.

⁸¹ Interrogazione E-3302/08(EN), presentata da Syed Kamall (PPE-DE), *GUUE* C 40, 18 feb-

responsabilità in campo normativo, non è scemata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: ne è indice, per esempio, l'attitudine manifestata da questa istituzione nel corso del procedimento di approvazione della prima direttiva di "nuova generazione" in materia di diritti processuali – la citata 2010/64⁸² – e nelle presenti fasi di approvazione della proposta di direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali⁸³.

La Corte di giustizia dell'Unione europea e, su impulso di questa, le corti nazionali avevano da tempo dato concretezza a singoli diritti processuali. Basti segnalare, a mero titolo esemplificativo, la giurisprudenza che, su di un piano generale, ha reiteratamente affermato il diritto della persona a godere di una tutela giurisdizionale effettiva⁸⁴; e, su di un piano più specifico, quella che pretende il rispetto dei diritti della difesa⁸⁵; che obbliga alla motivazione dell'atto normativo ai fini di consentire l'esercizio effettivo del diritto alla difesa tramite il contraddittorio⁸⁶; sulla carcerazione preventiva⁸⁷; sull'esigenza di un più elevato *standard* di tutela per il caso di processo celebrato in contumacia⁸⁸ o che coinvolga vittime particolarmente vulnerabili⁸⁹; sui principi di equità del procedimento⁹⁰; di ugua-

braio 2009, p. 1; *adde* la raccomandazione dello stesso PE del 7 maggio 2009, *ivi* C 212 E, 5 agosto 2010, p. 116 ss.

⁸² V. in partic. *EP Report*, 11 June 2010, 439.397v02-00, www.europarl.europa.eu. Sul punto v. l'approfondita indagine di V. BAZZOCCHI, *L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, specificamente pp. 1051-1059.

⁸³ V. *supra*, nota 73.

⁸⁴ Sentenze del Tribunale (di primo grado) del 12 dicembre 2006, causa T-228/02, *OMPI, Raccolta*, p. II-4665 ss., punti 152-159; del 14 ottobre 2009, causa T-390/08, *Bank Mellî Iran*, *ivi*, p. II-3967 ss., punti 105-108; nonché della Corte di giustizia del 27 febbraio 2007, causa C-354/04 P, *Gestoras pro Amnistia*, *ivi*, p. I-1579 ss., punti 49-57; e del 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 28-47.

⁸⁵ V. la sentenza *OMPI*, punti 91-92, 119-121, 137 e 160-162.

⁸⁶ Si ricordano a proposito le sentenze del Tribunale (di primo grado) *OMPI*, punti 91-92, 119-121, 137 e 160-162; e del 30 settembre 2010, causa T-85/09, *Kadi III*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 160-162.

⁸⁷ Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 4 maggio 2011, in 2 *BVR* 2365/09, 2 *BvR* 740/10, par. 89.

⁸⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 21 ottobre 2010, causa C-306/09, *I.B.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 48-61.

⁸⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, *Raccolta*, p. I-5285 ss., la quale stabilisce tra l'altro l'obbligo di un'interpretazione estensiva delle norme nazionali, in modo conforme alla decisione quadro sulla protezione nel processo delle vittime particolarmente vulnerabili, anche quando l'atto dell'Unione non sia stato ancora trasposto nell'ordinamento nazionale (pur essendo scaduto il termine di adempimento), purché non si consegua un risultato *contra legem*; *adde* le sentenze del 28 giugno 2007, causa C-467/05, *Dell'Orto*, *ivi*, p. I-5557 ss.; del 9 ottobre 2008, causa C-404/07, *Katz*, *ivi*, p. I-7607 ss. Sulla sentenza in oggetto rinvio al solo G. ARMONE, *Le vittime dei reati nella legislazione e nella giurisprudenza dell'Unione europea*, in G. ACQUAVIVA e al., *Processo penale e vittima di reato. Prospettive internazionali, europee e nazionali*, in *I Quaderni europei*, n. 26/2010, www.lex.unict.it.

⁹⁰ Sentenza *Kadi III*, punti 171-179.

gianza e non discriminazione⁹¹; di *ne bis in idem*⁹²; di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene⁹³; della pubblicità delle udienze⁹⁴. Si consideri inoltre come al procedimento di consegna della persona per esecuzione di un mandato d'arresto europeo la giurisprudenza vada applicando alcune garanzie processuali (mancanti nella decisione quadro pertinente, ma) ormai presenti nella prassi dell'estradizione, che ha potuto raffinare in un arco di tempo ben più lungo la propria attenzione ai diritti della persona⁹⁵.

7. Questo complesso di iniziative si segnala, anzitutto e in via generale, come un importante passo per il rafforzamento delle garanzie processuali, suscettibile di riequilibrare il funzionamento del principio del riconoscimento reciproco, controbilanciando l'ampio margine di manovra che il suo utilizzo consente alle autorità giudiziarie, di polizia e di *intelligence*.

Un fattore da valutare positivamente è pure costituito dalla volontà di ricomprendere nell'ambito di applicazione della normativa europea anche casi non contraddistinti da transnazionalità, e dunque l'ambizione di disciplinare anche in relazione a procedimenti esclusivamente interni⁹⁶. La questione dell'ambito di applicazione della disciplina di armonizzazione processuale dei diritti delle persone non è di poco momento, se si considera che essa si intreccia con il rispetto di altri principi che ordinano il rapporto fra Stati membri e Organizzazione. Già ai sensi dei lavori intrapresi con il libro verde del 1993 – quando dunque la prospettiva era ancora quella di intervenire in ordine ai soli procedimenti penali nazionali che coinvolgessero uno straniero – qualche perplessità era stata avanzata quanto al fatto che una tale disciplina fosse conforme al principio di sussidiarietà⁹⁷. Certa dottrina oggi – a prospettiva, come detto, mutata – a maggior

⁹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Werend VZW*, *Raccolta*, p. I-3633 ss., punti 55-60.

⁹² Sulla copiosa giurisprudenza in argomento (anche per un inquadramento critico del principio del *ne bis in idem* entro la più lata questione della soluzione dei conflitti di giurisdizione) v. A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *op. cit.*, p. 68 ss.

⁹³ Sentenze della Corte di giustizia *Advocaten voor de Werend VZW*, punti 48-54; e del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, *Raccolta*, p. I-9621 ss.

⁹⁴ Al riguardo si richiama la sentenza della Corte costituzionale del 12 marzo 2010, n. 93, che si rifà all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁹⁵ Nella giurisprudenza italiana segnalo la sentenza della Corte di cassazione, VI sez., del 20 dicembre 2010, n. 45055, *G.L.P.*, in tema di irrevocabilità del consenso alla consegna, “mutuando principi fissati in materia estradizionale” (par. 5B). Sulla progressiva permeabilità dell'istituto dell'estradizione alle garanzie della persona v. la prassi nazionale comparata riportata in A. ESER, O. LA-GODNY, C. BLAKESLEY (eds.), *The Individual as Subject of International Co-operation in Criminal Matters*, Baden-Baden, 2002. Sull'analogo processo nel diritto internazionale v. N. PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo fra diritto internazionale generale e convenzionale*, Milano, 1993.

⁹⁶ Con ciò innovando rispetto alla primitiva impostazione accolta dalla proposta di decisione quadro COM(2004)328 def.: vedine specificamente il punto 8, ove si segnala che la decisione quadro da adottare avrebbe “(...) l'effetto di assicurare un livello ragionevole di tutela per gli indagati e gli imputati *stranieri* (...)” (corsivo aggiunto).

⁹⁷ La perplessità era stata avanzata dall'Irlanda allorché presentò le proprie osservazioni conse-

ragione reputa che l'approccio imboccato dalla normativa in questione sia da censurare, lamentando la violazione del principio che pretende dall'Unione europea il rispetto delle identità nazionali⁹⁸.

Non credo che queste censure siano da condividere. Quanto alla prima, reputo che il percorso normativo predisposto dal Consiglio sia "necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie", come richiesto dall'art. 82, par. 2, co. 1, TFUE; e ciò anche quando si tratti di procedimenti privi di respiro transnazionale: la reciproca fiducia fra le autorità nazionali si alimenta infatti di *standard* di garanzia condivisi, senza aver riguardo alla portata – transnazionale o meramente interna – della situazione. Se poi si volesse una dimostrazione, *a contrario*, di quanto tale azione sia "necessaria", basti considerare – per usare le parole della Commissione – che "[f]inora, gli Stati membri hanno ottemperato ai loro obblighi relativi al giusto processo, derivanti principalmente dalla CEDU, su base nazionale e *questo ha portato a discrepanze nei livelli di garanzia applicati nei diversi Stati membri*"⁹⁹, così finendo con l'ostacolare il dispiegarsi del principio di riconoscimento reciproco.

Quanto alla seconda censura, la direttiva adottata e i progetti di direttiva *in itinere* non sembrano contraddire i presupposti stabiliti nello stesso art. 82, par. 2, co. 1, TFUE, il quale richiede che esse tengano "conto delle differenze esistenti tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri".

Sul piano fattuale v'è poi da considerare il vantaggio che deriva alla persona da siffatto modo di procedere: esso tende a innalzare la tutela dei diritti processuali al livello di un minimo comune in tutti gli Stati, consentendo al giudice nazionale di fare riferimento a un solo *standard* per procedure di respiro meramente interno ovvero transnazionale; e permettendo all'individuo – che, in virtù del principio della libera circolazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonché nel pressoché coincidente mercato interno, si sposta da uno Stato

guenti alla diffusione del libro verde COM(2003)75 def.: v. quanto rilevato dalla stessa Commissione nella relazione relativa alla proposta di decisione quadro COM(2004)328 def.

⁹⁸ Il principio è espresso nell'art. 4, par. 2, TUE. In questo senso v. W. DE BONDT, G. VERMEULEN, *The Procedural Rights Debate. A Bridge Too Far or Still Not Far Enough?*, in *Eu crim*, 2010, p. 164, reperibile *online*.

⁹⁹ In questo senso appunto si era espressa la Commissione nel libro verde COM(2003)75 def., punto 1.12, ove concludeva valutando che "in quest'area, *solo un'iniziativa a livello dell'UE possa essere efficace per garantire dei livelli minimi comuni (...)*" (corsivi aggiunti, anche nel testo). Sulla stessa posizione si trova attestato il Parlamento italiano che, a proposito della proposta di direttiva COM(2010)392 def., vagliando il rispetto del principio di sussidiarietà (come richiesto dal Protocollo allegato al TUE e al TFUE sull'applicazione di tale principio, oltre che di quello di proporzionalità) osserva che la proposta appare conforme ad esso, "in quanto, l'obiettivo di stabilire norme minime a tutela dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, al fine di rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri e l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria, *non può essere conseguito in maniera sufficiente dagli Stati*" (Senato della Repubblica, Servizio affari internazionali, Ufficio dei rapporti con le istituzioni dell'Unione europea, Scheda di valutazione n. 32/2010 dei progetti di atti legislativi trasmessi ai sensi del protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, www.senato.it; corsivo aggiunto).

membro all'altro – di conoscere con migliore approssimazione di quali diritti egli goda anche di fronte a un giudice di un ordinamento diverso da quello di cittadinanza o di residenza abituale. Peraltro già la Corte di giustizia nella sentenza *Pupino* aveva fatto applicazione di uno *standard* europeo in una fattispecie che non aveva alcun respiro transnazionale.

Non può tuttavia essere sottaciuto un grande limite dell'attuale processo normativo: la "tabella di marcia" elaborata dal Consiglio si interessa dei soli diritti che rilevano nella fase processuale, i quali, tra l'altro, godono già di solide garanzie ricavabili da un'ormai articolata e consolidata giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo fondate sull'art. 6 CEDU e sugli articoli 47-50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Si tratta di una giurisprudenza capace di estendere le garanzie processuali anche alla fase dell'esecuzione della sentenza che chiude il processo, stante sempre la consolidata giurisprudenza di Strasburgo¹⁰⁰.

Viceversa, nulla ci si propone di fare oggi nell'ambito dell'Unione europea per affrontare i ben più gravi problemi di tutela dei diritti dell'indagato, dell'imputato e dell'accusato che si manifestano in altre fasi del procedimento. Per fare un solo esempio, certamente emblematico, a motivo, anche ma non solo, delle rapidissime evoluzioni tecnologiche, l'attività investigativa di raccolta delle prove o di intercettazione delle comunicazioni risulta critica dalla prospettiva del rispetto dei diritti della persona. Ma si pensi anche al fatto che procedimenti quali quello della consegna della persona a seguito di esecuzione di un mandato d'arresto europeo restano al di fuori delle garanzie predisposte dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali; e soltanto disposizioni espresse contenute nella direttiva in tema di diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali consentono di estendere queste ultime garanzie anche al procedimento suddetto¹⁰¹. Certamente intervenire pure su aspetti estranei alla fase processuale (ma ad essa prodromici) favorirebbe una più effettiva applicazione del principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, contribuendo ad accrescere la fiducia reciproca fra autorità nazionali incaricate della funzione investigativa, giudiziaria e di *intelligence*.

Occorre infine tenere presente che aver optato per un percorso a tappe – rinunciando all'originario disegno che privilegiava l'adozione di una normativa

¹⁰⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 aprile 2010, *Ursan c. Romania*, par. 30, che (appunto richiamando precedente giurisprudenza) "reiterates that execution of a final judgment given by any court must be regarded as an integral part of the 'trial' for the purposes of Article 6 of the Convention".

¹⁰¹ V. gli articoli 1 (sull'ambito di applicazione della direttiva), 2 (sul diritto all'interpretazione), 3 (sul diritto alla traduzione) della direttiva 2010/64. Anche la Commissione ha avvertito il problema all'atto della stesura della proposta di direttiva COM(2011)326 def.: v. in particolare gli articoli 1, 2 e 11, nonché la relazione di accompagnamento, punti 6 e 20-22, ove si sostiene che la direttiva in oggetto dovrebbe garantire anche alle persone oggetto di un mandato di arresto europeo la possibilità di un'assistenza legale sia nel Paese dove è stato eseguito l'arresto, sia nel Paese dove è stato emesso il mandato. Peraltro anche il progetto di direttiva COM(2010)392 def. estende le proprie garanzie al procedimento relativo all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo: v. specificamente gli articoli 2 e 5.

di portata generale, indirizzata cioè a disciplinare in un unico atto i principali diritti processuali a garanzia di indagato, imputato, accusato e condannato – può determinare qualche vuoto di tutela, o, di converso, una certa qual farraginosità per duplicazione del disposto normativo: le cinque garanzie individuate dalla “tabella di marcia” del Consiglio sono infatti reciprocamente condizionanti e condizionate, ma sono introdotte con norme non contestuali, dilazionate nel tempo. Ne deriva che o la direttiva che dispone in ordine al singolo diritto processuale tiene conto delle implicazioni derivanti dalle altre garanzie (con ciò appunto duplicando la disciplina in materia, ma risultando essa infine esorbitante quando tutte le direttive saranno approvate)¹⁰², o se ne disinteressa (determinando comunque, anche se solo temporaneamente, un vuoto di tutela).

8. V'è poi da considerare un aspetto che milita a favore della scelta di politica normativa di occuparsi non soltanto dei procedimenti penali che riguardano gli stranieri, ma di tutti quanti rilevino entro uno Stato membro. Occorre infatti tenere presente che la sensibilità europea in materia di tutela dei diritti di indagato, imputato, accusato e condannato non è del tutto coincidente con la sensibilità degli Stati membri, nonostante i criteri secondo i quali la tutela di tali diritti ha una propria fonte di ispirazione nelle tradizioni costituzionali comuni ad essi nonché nella CEDU, come dichiarato dall'art. 6, par. 3, TUE.

Mi pare di poter pienamente consentire con quanto da altri autorevolmente espresso parlando della vittima come di “questa sconosciuta”¹⁰³ nell'ambito del processo penale per esempio italiano. Viceversa, nell'ordinamento dell'Unione (così come, peraltro, nella disciplina adottata nel quadro del Consiglio d'Europa) la vittima trova una tutela processuale (ed extraprocessuale) significativa, sia ad opera di norme¹⁰⁴ che della giurisprudenza¹⁰⁵.

Ne deriva che, a differenza di quanto si verifica negli ordinamenti nazionali, nell'ordinamento dell'Unione europea i diritti processuali di indagati, imputati, accusati e condannati sono messi in bilanciamento con i diritti delle vittime. Da ciò conseguono almeno due situazioni. Anzitutto questa maggiore sensibilità europea tenderà a trasmigrare dall'ordinamento dell'Unione a quello dei suoi Stati membri – indifferentemente per procedimenti di respiro transnazionale o meramente interno – tramite l'adempimento di norme e sentenze europee. È vero, in secondo luogo, che potrà pur sempre determinarsi il caso che in talune

¹⁰² Si consideri per esempio quanto dispone l'art. 3, par. 8, della direttiva 2010/64: essa fa riferimento necessariamente alle “condizione che l'indagato o l'imputato abbia beneficiato di una previa consulenza legale o sia venuto in altro modo pienamente a conoscenza delle conseguenze della sua rinuncia”, intervenendo dunque su di un terreno che sarà disciplinato dalla terza direttiva; v. COM(2011)326 def.

¹⁰³ Così E. SELVAGGI, *L'azione del Consiglio d'Europa in materia di protezione della vittima*, in G. ACQUAVIVA e al., *op. cit.*, p. 94.

¹⁰⁴ Sulla disciplina europea adottata nei due diversi contesti istituzionali a protezione della vittima v. G. ACQUAVIVA e al., *op. cit.*; nonché A. DAMATO, *Diritti delle vittime della criminalità*, in A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *op. cit.*, p. 162 ss.

¹⁰⁵ *Cit. supra*, nota 89.

situazioni concrete a livello dell'ordinamento di questo o quello Stato membro sia possibile enucleare un più alto grado di tutela (rispetto a quanto contemplato nell'ordinamento dell'Unione) dei diritti dei primi a danno delle seconde.

A quest'ultimo riguardo si apre la grande questione relativa alla (eventuale) gerarchia fra carte che tutte amministrano gli stessi diritti fondamentali della persona originati da valori e principi assunti come comuni agli Stati e all'Unione, e dei quali la Carta di Nizza dell'Unione europea è espressiva¹⁰⁶.

Ora – in modo molto sintetico poiché il tema è stato già molto ben sviluppato¹⁰⁷ dalla prospettiva della illogicità di un approccio gerarchico – osservo che due sono i parametri normativi che utilmente orientano la soluzione della questione posta. Da una parte vi è la vigenza di norme internazionali che dichiarano di non ostare a tutele maggiori predisposte dai diritti nazionali¹⁰⁸. Dall'altra non si deve sottovalutare che gli Stati si sono dotati di carte costituzionali che orientano l'ordinamento interno verso significative aperture ai valori internazionali¹⁰⁹.

Queste ultime si accompagnano a una ormai non sporadica giurisprudenza delle corti supreme nazionali che valorizza la ricordata apertura ai valori giuridici internazionali. Così, per esempio, da parte della nostra Corte costituzionale ci si esprime nel senso che la Carta fondamentale è suscettibile di un'interpretazione estensiva ed evolutiva idonea ad accordare alla persona una protezione dei suoi diritti la più estesa possibile, in virtù “[della] *compenetrazione delle tutele offerte* da (...) norme [interne e internazionali]”¹¹⁰. Da siffatta compenetrazione deriva che l’“accertamento dell'eventuale deficit di garanzia deve (...) essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost.”¹¹¹.

Un analogo insegnamento può essere tratto dalla sentenza della stessa Corte costituzionale n. 138/2010: in essa si sostiene l'esigenza di un'interpretazione

¹⁰⁶ Sono, quelle impiegate nel testo, le stesse parole utilizzate dalla Corte costituzionale nella sentenza 11 aprile 2002, n. 135.

¹⁰⁷ V. in particolare A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto euorunitario*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁰⁸ V. *supra* nel testo, all'altezza dell'esponente di nota 67.

¹⁰⁹ Nell'ordinamento italiano tale apertura è espressa in particolare dagli articoli 7, 10, 11 e 117, par. 1.

¹¹⁰ Sentenza della Corte costituzionale del 30 novembre 2009, n. 317, par. 7 (corsivo aggiunto).

¹¹¹ *Ibidem*, nella quale si conclude infine che “la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una *combinazione virtuosa* tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU (...), l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale”.

adeguatrice della Carta costituzionale alle carte europee stabilite a tutela dei diritti fondamentali della persona¹¹².

E si pensi, ancora, all'intervento additivo compiuto dalla stessa Corte con la sentenza n. 113/2011, che ha integrato l'art. 630 del codice di procedura penale con un ulteriore caso di revisione di sentenza o decreto penale di condanna, "al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario (...) per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo" con la quale confligga un giudicato penale italiano¹¹³.

Peraltro anche la Corte costituzionale tedesca si è incamminata lungo un analogo percorso: essa si è pronunciata stabilendo che il principio di lealtà verso il diritto internazionale è espressione di una concezione della sovranità nazionale la quale non solo non si oppone all'inserimento dell'ordinamento nazionale in contesti internazionali e sovranazionali, oltre che allo sviluppo di essi, bensì li presuppone e li pretende¹¹⁴.

Ci si trova dunque in presenza – per usare le parole della Corte di cassazione italiana – di un "sistema integrato delle fonti costituzionali, comunitarie ed internazionali"¹¹⁵.

Se dunque, come è, i diritti processuali di indagato, imputato, accusato e condannato sono declinati tanto nelle carte internazionali ed europee come nelle costituzioni nazionali, non si tratterà di decidere in astratto quale sistema (internazionale, europeo o nazionale) dovrà avere l'ultima parola – sia dunque gerarchicamente superiore agli altri – in ciascuna situazione in cui tali diritti debbano essere contemperati con quelli, per esempio, della vittima, quanto piuttosto di valutare caso per caso come compenetrare le norme originate in diversi ordinamenti ma tutte vigenti per l'ordinamento nazionale in quanto ivi accolte e, nell'impossibilità di pervenire a questa compenetrazione, di individuare quale fra tutte quelle che astrattamente vengono in rilievo costituisca la miglior tutela di tutte le persone coinvolte nel procedimento, essendo questo lo scopo ultimo da perseguire in un sistema fondato sulla primazia del diritto¹¹⁶.

¹¹² Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, par. 10.

¹¹³ V. il dispositivo della sentenza del 4 aprile 2011, n. 113.

¹¹⁴ Così la citata sentenza del Bundesverfassungsgericht del 4 maggio 2011, il cui passo richiamato testualmente dichiara: "Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist (...) Ausdruck eines Souveränitätsverständnisses, das einer Einbindung in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet" (vedine un comunicato stampa riassuntivo delle motivazioni in lingua inglese in www.bundesverfassungsgericht.de).

¹¹⁵ Cassazione, SS. UU., sentenza del 25 ottobre 2010, n. 21799, *Nwabanne Pauline Ahiaoma*, par. 5. Sul punto ci si limita a rinviare ad A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 734 ss.; ID., *Alle origini della cittadinanza europea*, *ivi*, 2010, p. 1040 s.; ID., *Introduzione alla sessione: La tutela dei diritti nell'Unione europea*, in N. PARISI, V. PETRALIA (a cura di), *op. cit.*, p. 161 ss.; G. DE AMICIS, E. VINCENTI, *Rapporti tra la giurisprudenza della Corte di cassazione e la giurisprudenza della Corte EDU*, Relazione tematica n. 65, 7 luglio 2011 Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, par. 3.2.

¹¹⁶ In questo senso v. la citata sentenza della Corte costituzionale n. 317/2009, par. 7, secondo la

Mi pare assai calzante la motivazione del Tribunale di Firenze in una recentissima sentenza¹¹⁷, ove afferma come si sia oggi “nell’ambito di un costituzionalismo che tende a (...) valorizzare, proprio sul terreno dei diritti fondamentali, le più avanzate conquiste dei singoli sistemi nazionali, sovranazionali e internazionali (secondo il c.d. criterio del *maximum standard*, caso per caso il valore di forza costituzionale sarà protetto dal contenuto normativo che, a qualsiasi livello – nazionale, sovranazionale, internazionale – sia in grado di prendersene più cura)”.

Né vale opporre che, così ragionando, si “apra” a un più diffuso impiego alla “dottrina” dei controlimiti¹¹⁸: sono, infatti e come ricordato, le stesse carte costituzionali a pretendere l’apertura ai valori internazionali accolti nell’ordinamento interno, nella misura in cui da essi la tutela dei diritti fondamentali della persona tragga un vantaggio.

Abstract

Mutual Recognition of Criminal Judgments and Judicial Decisions, Mutual Trust and Approximation of Procedural Safeguards within the Member States of the European Union

Two pillars compose the European judicial cooperation in criminal matters: the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions and the approximation of the law and regulations of the Member States. These two pillars are influencing each other: approximation strengthens mutual trust of each Member State in the other domestic criminal systems; mutual trust improves the recognition and enforcement of foreign legal values.

On November 30, 2009 the EU Council adopted a “roadmap” with the aim to introduce a comprehensive set of procedural rights of suspected and accused persons. As of today, the EP and the Council adopted Directive 2010/64 (on the right to interpretation

quale “l’integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell’art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU (...) rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione. Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall’ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa” (corsivo aggiunto).

¹¹⁷ Tribunale di Firenze, II sez. civ., sentenza del 23 giugno 2011, *Di Marcantonio e altri c. Comune di Firenze* (inedita).

¹¹⁸ Da ultimo sulla dottrina in questione v. U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli, 2008, p. 1297 ss.; sull’utilità ovvero inutilità di porsi nella prospettiva dell’utilizzo dei controlimiti v. da ultimo R. CAPONI, *Addio ai “contro limiti”? (Per una tutela delle identità nazionali degli Stati membri dell’Unione Europea nella cooperazione tra le Corti)*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Bari, 2012, p. 43 ss.

and translation in criminal proceedings) on the ground of Article 82 TFEU; they are discussing two directive proposals (on the right to information and translation in criminal proceedings and on legal advice and legal aid). The European Institutions will also face up other issues: communication with relatives, employers, and consular authorities, special safeguards for vulnerable suspected and accused persons, pre-trial detention.

The European legal approach implies some limits and advantages. Although the “roadmap” is not exhaustive in listing the necessary measures, it is worth noting the lack of procedural safeguards in the pre-trial investigation stage. On the other hand the aforementioned approximation’s activity will be able to counterbalance the repressive approach that marked the first stage of construction of an area of freedom, security and justice, to set up a uniform minimum standard of procedural rights applicable both in domestic and in cross-border situations, finally, to increase the rule of law within the European Union and its Member States. The dialogue between the national judges and the two European international Courts is of paramount importance.

Angela Maria Romito*

Il difficile dialogo tra Corte di giustizia dell'Unione europea e giudice interno in tema di decorrenza del termine di prescrizione**

SOMMARIO: 1. La tutela dei privati: il diritto dell'Unione europea ed i diritti processuali nazionali. – 2. Prescrizione e decadenza. – 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia: origini. – 4. *Segue*: evoluzione. – 5. La giurisprudenza nazionale: problemi relativi alla corretta interpretazione delle pronunce della Corte di giustizia. – 6. *Segue*: sulla esatta qualificazione del fondamento giuridico della responsabilità statale. – 7. *Segue*: sul computo del termine di prescrizione secondo la Corte di cassazione del 2011. – 8. La più recente pronuncia della Corte di giustizia. – 9. Un passo indietro: l'art. 43 della legge di stabilità finanziaria del 2011.

1. Come è noto l'ordinamento dell'Unione europea ha progressivamente attribuito ai privati, intesi genericamente quali persone fisiche o giuridiche, un ruolo di sempre maggiore centralità: già nel lontano 1963, infatti, la Corte di giustizia¹ aveva rilevato che gli individui ben possono essere destinatari immediati dell'ordinamento europeo e che il diritto comunitario, così come impone loro degli obblighi, attribuisce anche dei diritti soggettivi.

Abbandonata ormai da tempo la connotazione esclusivamente economica, l'Europa è oggi a pieno titolo una Unione di diritto² nella quale i suoi cittadini (europei, per l'appunto) sono i protagonisti, non solo quali soggetti titolari di nuovi diritti (di matrice europea), ma anche quali portatori di interessi ed esigenze che devono trovare normazione nell'ordinamento complesso dell'Unione³.

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

** Questo saggio è destinato anche alla raccolta *Liber amicorum* Prof. Augusto Sinagra.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, *Raccolta*, p. 3.

² Il principio di legalità, formalizzato con il Trattato di Amsterdam nel 1997, era stato ancor prima più volte riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte. Per una chiara ricostruzione si veda per tutti U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 32 ss.

³ Da ultimo il riscontro più significativo della attenzione dedicata all'individuo può trarsi dal

Non è un caso, quindi, se nell'ambito del processo di integrazione comunitaria, ad una posizione sempre meno marginale da parte dei singoli sul piano dei diritti sostanziali e delle esigenze, è corrisposto un parallelo riconoscimento di una più efficace tutela, intesa in senso ampio⁴, dei diritti medesimi.

È altrettanto noto che l'ordinamento giuridico dell'Unione europea non è dotato di strutture giurisdizionali attraverso le quali sia possibile garantire direttamente ai cittadini concreta attuazione delle norme sovranazionali, il cui rispetto è demandato agli organi nazionali amministrativi e giurisdizionali. L'Unione fissa le norme sostanziali per regolare i rapporti in materie di sua competenza e, attraverso un sistema integrato, attribuisce agli ordinamenti degli Stati membri il compito di apprestare gli strumenti atti a far in modo che tali diritti siano concretamente rispettati⁵. Senza dubbio va ascritta al merito della Corte di giustizia dell'Unione europea la progressiva e rafforzata tutela individuale attraverso il meccanismo descritto: da un lato, pur mantenendo ferma la distinzione tra l'ordinamento europeo e quelli nazionali si stabilisce tra gli stessi un collegamento finalizzato a garantire la complessiva funzionalità ed effettività (intesa quale sinonimo di giuridicità) delle norme dell'Unione; dall'altro i beneficiari delle norme europee nell'ambito dei sistemi nazionali possono tutelare le proprie pretese dinanzi ai giudici designati dagli ordinamenti interni, secondo le norme procedurali ivi indicate⁶.

dato normativo presente nel Trattato di Lisbona ex art. 19, par. 1, co. 1, TUE e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴ Genericamente e sinteticamente si ricorda che i mezzi di tutela di cui i soggetti interessati possono avvalersi in caso di lesione delle situazioni giuridiche soggettive che trovano la loro fonte nel diritto dell'Unione sono molteplici, distinguendosi rispettivamente sul versante sovranazionale per le lesioni che derivano dalle istituzioni comunitarie e sul fronte nazionale per la violazione da parte degli Stati. In riferimento alla prima ipotesi, nei Trattati istitutivi sono contemplati sia strumenti giudiziari (*id est* le procedure di ricorso previste dinanzi alla Corte di giustizia ed al Tribunale), sia non giudiziari (primo fra tutti il ricorso al Mediatore europeo, ma anche il diritto di petizione al Parlamento europeo); con riguardo invece alla tutela apprestata a livello interno, i rimedi sono quelli previsti dagli ordinamenti nazionali. Ai fini della presente analisi non rilevano i rimedi "endocomunitari" per il cui studio si rinvia da ultimo a S. M. CARBONE, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 239, e ad A. M. ROMITO, *Il Mediatore europeo nel Trattato di Lisbona*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2010, p. 61 ss.

⁵ Efficacemente si potrebbe dire che "la testa si trova nel diritto comunitario le gambe nei diritti degli Stati membri", così A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 745 ss., spec. p. 748; in generale sugli aspetti processual-civilistici legati alla tutela individuale si rinvia per tutti all'ampio studio di N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 1171 ss.

⁶ Si tratta, in altri termini, della interdipendenza tra il principio di effettività del diritto dell'Unione e quello di effettività della tutela giurisdizionale, giacché "l'obbligo degli Stati membri di garantire una protezione adeguata delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria, altro non è (...) che l'espressione del loro obbligo generale di assicurare la conformità degli ordinamenti interni al diritto comunitario", così A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale*

Nel corso degli anni i giudici di Lussemburgo, nel vagliare la conformità dell'ordinamento interno rispetto a quello comunitario, non hanno potuto fare a meno di valutare, tra l'altro, anche l'adeguatezza della protezione delle posizioni giuridico-soggettive di matrice europea garantita dall'apparato normativo interno, di fatto così occupandosi sempre più spesso della portata e delle condizioni di quella tutela.

Nel pieno rispetto della specifica cultura giuridica di ogni Stato membro la Corte di giustizia ha più volte ribadito che la tutela giudiziaria delle situazioni giuridiche soggettive garantite dal diritto comunitario deve essere innanzitutto assicurata dagli Stati membri e negli Stati membri con gli strumenti predisposti dai rispettivi ordinamenti; in assenza di una specifica disciplina comunitaria è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta⁷.

Il c.d. "principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri", elaborato dalla giurisprudenza e mai codificato all'interno dei Trattati, assicura che, in assenza di provvedimenti di armonizzazione in materia processuale, spetta agli ordinamenti giuridici interni l'individuazione sia degli organi sia delle forme atti a garantire ai singoli il pieno godimento dei diritti attribuiti dalle norme dell'Unione⁸.

Tuttavia, se tale tutela fosse stata rimessa esclusivamente all'arbitrio degli Stati, si sarebbe corso il rischio di vanificare alla base la stessa giuridicità dell'ordinamento dell'Unione in caso di adozione di tecniche processuali non soddisfacenti; pertanto la Corte, al fine di creare uno "standard europeo di tutela giudiziaria"⁹, ha da subito precisato che in ogni caso i requisiti stabiliti dalla legislazione nazionale non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnati in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile la soddisfazione della pretesa. Sono i c.d. principi "gemelli" di equivalenza e di effettività¹⁰ che assurgono, dunque, a criteri giuridici atti a valutare l'idoneità delle norme processuali nazionali ad assicurare l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione negli ordinamenti interni.

delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2001, p. 42.

⁷ Così nelle sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe, Raccolta*, p. 1989, punto 5, e causa 45/76, *Comet, ibi*, p. 2043, punto 15.

⁸ Si rimarca in questo modo l'indipendenza degli ordinamenti nazionali non solo rispetto alle norme processuali strumentali alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive, ma anche in merito alla organizzazione interna dei sistemi giudiziari.

⁹ Si riferisce a "standard minimi" di tutela giurisdizionale, o di "soglia minima", A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una "tutela cautelare europea"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 1157.

¹⁰ In materia la bibliografia è notevole; *ex multis*, nel panorama italiano, si rinvia a S. M. CARBONE, *Il principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.

Guardando da una differente prospettiva, l'applicazione dei principi di effettività e di equivalenza funge da filtro rispetto all'applicazione delle norme processuali interne e permette di valutare se la procedura nazionale, funzionale alla tutela di un diritto riconosciuto dall'Unione europea, "impedisca o limiti l'esercizio" del relativo diritto¹¹.

Attraverso questa formula la Corte, al di là dell'autonomia processuale tanto proclamata, in modo silente e costante è riuscita a condizionare la funzione giudiziaria domestica¹²: essa ha così nei fatti rivendicato un diritto a sindacare i singoli diritti processuali nazionali, per valutarne la conformità ad un equo standard processuale, standard che nessuna norma dell'Unione convenzionale o derivata stabilisce e che di volta in volta è desunto dal *corpus* del diritto comunitario considerato nel suo insieme o dai suoi principi (primi fra tutti quelli di equità e ragionevolezza)¹³.

2. Poste tali premesse, le effettive garanzie delle posizioni giuridiche soggettive attribuite dall'ordinamento dell'Unione europea e riconoscibili¹⁴ ai cittadini, trovando reale applicazione solo all'interno dei confini nazionali per mezzo degli strumenti ivi previsti, possono variare da Paese a Paese¹⁵.

¹¹ Così L. F. PACE, *L'applicazione del diritto antitrust da parte dei giudici nazionali: l'influenza dell'"armonizzazione negativa" della Corte di giustizia e l'esperienza italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 483 ss., spec. p. 489.

¹² Solo per citare gli esempi da ultimo più rilevanti si pensi alla sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, con la quale è stata dichiarata contraria al diritto dell'Unione la legge italiana sulla responsabilità civile dei magistrati per i danni arrecati ai singoli a seguito di violazione del diritto medesimo, o alla pronuncia della medesima Corte (grande sezione) del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA*, *Raccolta*, p. I-6199, sul principio della cosa giudicata.

¹³ È stato acutamente osservato in dottrina che la competenza degli Stati membri nello stabilire le condizioni processuali per l'esercizio dei diritti comunitari non costituirebbe, in senso proprio, un dominio riservato del legislatore nazionale, come i limiti posti a tal proposito dalla giurisprudenza chiaramente indicano. Si tratterebbe, piuttosto, di una competenza a termine, dal carattere necessario e strumentale ai fini di un'efficace e piena tutela dei diritti soggettivi attribuiti dalla norma comunitaria. Così S. AMADEO, in *Il Foro italiano*, 1996, IV, c. 272. Per più ampie riflessioni si segnalano C. N. KAKOURIS, *Do the Member States Possess Judicial Procedural 'Autonomy'?*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 1389 ss.; D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost? – Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009.

¹⁴ Il problema si pone, ovviamente, con riferimento alle norme non direttamente applicabili.

¹⁵ Tale interazione tra diritto dell'Unione e diritti nazionali è stata qualificata dalla dottrina come un fenomeno di *cross-fertilisation*, cioè di circolazione culturale: in sostanza il dialogo circolare tra l'ordinamento europeo e quelli interni, ad opera delle Corti, consente agli ordinamenti nazionali di reinterpretare il modello comunitario e di farlo proprio, attraverso la ricostruzione del significato della regola esterna (dell'Unione) secondo le categorie concettuali proprie dell'ordinamento ricevente (nazionale). Sui rilievi problematici legati alla "conversione" dei diritti nazionali al paradigma comunitario e viceversa v. *funditus* J. BELL, *Mechanisms for Cross-Fertilisation of Administrative Law in Europe*, in J. BEATSON, T. TRIDIMAS (eds.), *New Directions in European Public Law*, Oxford, 1998, p. 156; J. W. F. ALLISON, *Transplantation and Cross-fertilisation in European Public Law*, *ivi*, p. 169; nonché A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005, p. 285.

Passando dal generale al particolare, e dunque dalla enunciazione dei principi della Corte di giustizia alla loro applicazione nell'ordinamento italiano, non si può sottacere la difficoltà di tradurre le massime della giurisprudenza europea negli istituti dettati nei nostri codici.

Interessante, ad esempio, è il vivace dibattito giurisprudenziale riferito alla misura del termine di decadenza o di prescrizione dell'azione volta a tutela dei diritti soggettivi di matrice europea: da un lato vi è la necessità di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici, dall'altro quella di dare corretta interpretazione agli indirizzi segnati dalla Corte di giustizia.

I problemi giuridici sottesi sono non tanto quelli legati alla ricerca della misura adeguata dei termini da rispettare nel singolo caso, ma anche quelli della loro sostanziale decorrenza, giacché ogni discorso circa la congruità e la ragionevolezza dei termini resta sterile e teorico, finché non si individui il giorno a partire dal quale (il c.d. *dies a quo*) il comportamento inerte o il mancato esercizio del diritto possono qualificarsi come tali e ritenersi idonei a determinare l'estinzione del diritto all'azione¹⁶.

Dall'analisi della giurisprudenza sia dell'Unione sia nazionale in materia, risulta lampante la estrema difficoltà per il "giudice comunitario di diritto comune"¹⁷ nel tradurre in modo corretto e coerente le indicazioni rivenienti da Lussemburgo, con conseguente grave pregiudizio per la effettiva e concreta tutela dei singoli. Emblematico al proposito è il copioso contenzioso relativo alla remunerazione dei medici specializzandi italiani¹⁸, nel quale sono state coinvolte ripetutamente sia la Corte di giustizia sia le giurisdizioni di legittimità e di merito interne, senza che fosse possibile cogliere un orientamento omogeneo.

Per una maggiore chiarezza espositiva, tuttavia, è preferibile dapprima delimitare il tema di indagine alla luce delle pronunce della Corte di Lussemburgo¹⁹, poi verificare come tali orientamenti siano stati calati nella realtà nazionale.

3. Seppur non riferendosi espressamente all'istituto della prescrizione, ma alla più ampia fattispecie dell'imposizione di termini di ricorso nell'ordinamento nazionale, la Corte di giustizia ha affrontato il tema *de quo* per la prima volta nel caso *Emmott*²⁰: la ricorrente, irlandese, invocando una direttiva in materia di

¹⁶ Per un'analisi in termini comparatistici v. R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, 2002; v. anche N. TROCKER, *op. cit.*, spec. pp. 1222-1227.

¹⁷ Così D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993.

¹⁸ Vedi *infra*, par. 5.

¹⁹ Per un'analisi ragionata della giurisprudenza in materia v. *funditus* A. WARD, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, Oxford, 2007, spec. pp. 113-139. Con esclusivo riferimento al termine di prescrizione nel settore della concorrenza v. B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust alla luce dei principi della certezza del diritto, di equivalenza e di effettività*, in B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, p. 123 ss.

²⁰ Sentenza del 25 luglio 1991, causa C-208/90, *Raccolta*, p. I-4269. Tra i numerosissimi commenti si rinvia a D. DILLICH, in *Il Foro italiano*, 1993, IV, c. 325 ss.; E. M. BARBIERI, *Norme co-*

parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici ed una precedente pronuncia della Corte di giustizia resa a titolo pregiudiziale, si rivolge alle competenti autorità interne per ottenere retroattivamente alcune prestazioni sociali da cui era stata esclusa in violazione di una direttiva non correttamente trasposta.

Non avendo ricevuto una risposta soddisfacente, la signora Emmott avviava un'azione per il recupero delle somme dovute, che, tuttavia, veniva iniziata dopo la scadenza del termine di decadenza previsto per questi casi dal diritto irlandese. La High Court irlandese interrogava la Corte di Lussemburgo per conoscere se lo Stato membro che non avesse trasposto correttamente la direttiva relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, potesse opporsi, per intervenuta prescrizione della azione, a che un singolo avviasse un procedimento volto al riconoscimento dei diritti derivanti dalle disposizioni di tale direttiva, disposizioni che sono sufficientemente precise ed incondizionate per poter essere fatte valere dinanzi al giudice nazionale.

I giudici di Lussemburgo in quella fattispecie, in modo estremamente succinto e non senza una qualche contraddizione, hanno statuito che i termini per la decorrenza o prescrizione di un diritto scaturente da un atto derivato non direttamente applicabile non decorrono finché una direttiva non è correttamente attuata nel diritto nazionale, perché fino a quel momento i singoli non sono posti in grado di avere piena conoscenza dei loro diritti. Tale situazione di incertezza è rimossa solo con la corretta trasposizione della direttiva e dunque fino a quel momento lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti riconosciuti dalle disposizioni della direttiva.

In altri termini, il *dies a quo* per il compimento dell'esercizio della tutela, secondo i giudici dell'allora Comunità europea, decorre dal momento della corretta e completa attuazione della direttiva, con la ulteriore specificazione che il principio su enunciato si applica anche se si tratti di diritti nascenti da disposizioni della direttiva sufficientemente precise ed incondizionate, tali cioè da poter essere direttamente azionate di fronte ad un giudice.

Non è privo di rilievo ricordare che tale decisione anticipa di pochi mesi la nota sentenza *Francovich*²¹ (del novembre 1991), e tanto al fine di rimarcare che nella fattispecie la ricorrente non agiva per ottenere il risarcimento dei danni, ma rivendicava il riconoscimento da parte del proprio Stato dei diritti sanciti dalla direttiva comunitaria.

munitarie self-executing e decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, p. 73 ss.; in dottrina straniera si segnalano C. BARNARD, *Community Law Rights, National Law Time Limits and Equal Pay and Treatment*, in *Industrial Law Journal*, 1993, p. 50; C. PLAZA MARTÍN, *Furthering the Effectiveness of EC Directives and the Judicial Protection of Individual Rights Thereunder*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1994, p. 26 ss.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Raccolta*, p. I-5357.

4. Nel corso degli anni, tuttavia, la posizione garantista espressa nel caso *Emmott* è stata progressivamente ridimensionata, soprattutto con riferimento a giudizi che non riguardavano pretese risarcitorie da mancato recepimento di direttiva, bensì pretese verso lo Stato nazionale di carattere restitutorio di vantaggi conseguiti indebitamente in quanto l'ordinamento nazionale non si era conformato a direttive che imponevano l'esclusione di divieti.

Nel corso di tutti gli anni Novanta la stessa Corte ha precisato che il principio coniato nel 1991 era stato condizionato dalle circostanze del tutto particolari del caso di specie: si trattava, infatti, di prestazioni assistenziali in relazione alle quali la brevità del termine di decadenza previsto dalla normativa irlandese per l'esperimento dell'azione giudiziaria arrivava a privare totalmente la ricorrente della possibilità di far valere il suo diritto alla parità di trattamento; sussisteva, inoltre, la oggettiva difficoltà per la stessa di esserne edotta perché, all'epoca, non c'era un obbligo di pubblicazione della direttiva.

E così nel 1993, nel caso *Steenhorst-Neerings*²², la Corte di Lussemburgo pur precisando che nel caso di specie il "principio *Emmott*" non era pertinente – perché si versava nel differente caso di una norma nazionale che limitava l'effetto retroattivo di una domanda intesa ad ottenere una prestazione riconosciuta dalla direttiva –, ha colto l'occasione per dichiarare che le esigenze di una ordinata amministrazione, unitamente alla necessità di assicurare l'equilibrio finanziario del sistema di prestazioni pubbliche, rendono legittima l'applicazione di un limite alla retroattività dell'azione diretta ad ottenere il diritto riconosciuto dalla direttiva che veniva in rilievo.

Il medesimo indirizzo giurisprudenziale è stato confermato nella successiva sentenza *Johnson*²³, avendo la Corte modo di ribadire la legittima applicazione

²² Sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1993, causa C-338/91, *Steenhorst-Neerings*, *Raccolta*, p. I-5475. Più precisamente si trattava di un rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice olandese vertente sulla interpretazione dell'art. 4, par. 1, della direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, al fine di valutarne la compatibilità con le norme di una legge olandese sul regime generale in materia di inabilità al lavoro. La sentenza è pubblicata anche in *Common Market Law Review*, 1994, p. 875 ss., con nota di J. A. SOHRAB, e in *Irish Journal of European Law*, 1995, IV, pp.18-29, con commento I. HIGGINS, *Equal Treatment and National Procedural Rules: One Step Forward, Two Steps Back*.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 1994, causa C-410/92, *Elsie Rita Johnson c. Chief Adjudication Officer*, *Raccolta*, p. I-5483; anch'essa in tema di politica sociale. La Court of appeal del Regno Unito proponeva alla Corte di giustizia un ricorso ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE (oggi 267 TFUE) interrogandosi se la "sentenza *Emmott*" avesse valore di precedente ai fini della presente causa e se consentisse alla ricorrente della causa principale di ottenere prestazioni di invalidità sin dalla data di scadenza del termine di trasposizione della direttiva (il 22 dicembre 1984). In quella sede la Corte ha statuito: "Il diritto comunitario non osta all'applicazione, ad una domanda basata sull'efficacia diretta della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978 n. 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, di una norma di diritto nazionale che si limita a circoscrivere il periodo, anteriore alla presentazione della domanda, per il quale possono essere ottenuti arretrati di prestazioni, anche se la direttiva considerata non sia stata correttamente trasposta entro i

delle regole nazionali che non fossero lesive del diritto del singolo in sé, ma si limitassero a circoscriverne la “portata” fissando il momento del suo esercizio. Si precisa, altresì, che l’unico limite alla discrezionalità del legislatore nazionale nello stabilire le modalità procedurali era (ed è) dato dal fatto che la norma controversa si deve applicare in modo generale e che i ricorsi basati sul diritto (allora) comunitario non siano soggetti a modalità meno favorevoli di quelle che disciplinano analoghi ricorsi di natura interna²⁴.

Nei medesimi termini si è pronunziata ancora la Corte nel caso *Fantask*²⁵ in tema di legislazione fiscale-societaria, ed in particolare in tema di restituzione dei diritti riscossi dal Ministero dell’industria danese per la registrazione di nuove società (per azioni ed a responsabilità limitata) e per l’iscrizione nel registro degli aumenti di capitale da queste effettuati. Nella fattispecie la *Fantask* e altre società e gruppi di società ricorrono agivano per ottenere il rimborso di somme versate in eccedenza rispetto a quanto avrebbero dovuto se vi fosse stata la corretta attuazione della direttiva comunitaria di riferimento. I giudici di Lussemburgo chiamati a decidere se lo Stato (danese) potesse eccepire la prescrizione (quinquennale) del diritto nascente dalla violazione della direttiva 69/335 fintantoché non l’avesse correttamente recepita nel diritto interno, ha statuito non solo che il diritto (all’epoca) comunitario non vieta ad uno Stato che non ha correttamente attuato la direttiva di opporre un termine di prescrizione alle azioni di rimborso di tributi illegittimamente riscossi, ma anche che il ridotto

termini nello Stato membro considerato”. Per un più ampio commento *ex multis* si rinvia in senso critico a S. AMADEO, *op. cit.*; I. HIGGINS, *op. cit.*; v. anche J. COPPEL, *Time up for Emmott?*, in *Industrial Law Journal*, 1996, p. 153 ss.

²⁴ Sentenza *Johnson*, punto 22. Vedi *supra*, par. 3.

²⁵ Sentenza della Corte del 2 dicembre 1997, causa C-188/95, *Fantask A/S e a. c. Industriministeriet (Erhvervministeriet)*, *Raccolta*, p. I-6783; la pronuncia è stata resa nell’ambito di un rinvio pregiudiziale richiesto dal giudice danese (vertente sull’interpretazione della direttiva 69/335/CEE del Consiglio, del 17 luglio 1969, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali come modificata dalla direttiva 85/303/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1985). Il contenzioso nazionale era stato promosso dalla società *Fantask A/S*, nonché da varie altre società contro il Ministero dell’Industria danese per ottenere il rimborso delle tasse che erano state versate tra il 1983 e il 1992, in virtù di una trasposizione illegittima della direttiva. Delle otto questioni pregiudiziali sollevate, la settima riguarda nello specifico il termine ragionevole di prescrizione o decadenza, ed è formulata nei seguenti termini: “Se il diritto comunitario osti alla normativa nazionale in forza della quale le autorità di uno Stato membro in cause vertenti sul rimborso di tasse riscosse in contrasto con la direttiva 69/335/CEE chiedano e ottengano che il *dies a quo* della prescrizione prevista dall’ordinamento nazionale venga fissato in un momento in cui vi era trasposizione illegittima della direttiva 69/335/CEE”. Per note e commenti, v. M. BARBUTO, *Tributi per iscrizione e registrazione entro il limite delle spese davvero sostenute*, in *Guida al diritto*, 1998, n. 1, p. 116; F. M. DI MAJO, *Diritti riscossi per la registrazione delle società – Decorrenza dei termini processuali nazionali*, in *Europa e diritto privato*, 1998 p. 353; N. NOTARO, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Fiscalité / Répétition de l’indu*, in *Revue du marché unique européen*, 1998, p. 155; A. WARD, *Indirect Taxes and National Remedies*, in *The Cambridge Law Journal*, 1999, p. 36. In senso critico, R. MASTROIANNI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte comunitaria e sospensione del processo civile: la Cassazione è “più realista del re”*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2001, p. 93.

termine può decorrere dalla data di esigibilità dei tributi di cui trattavasi, ovviamente purché risultino rispettate le condizioni indicate dai principi di equivalenza ed effettività.

La stessa soluzione e le stesse motivazioni sono state pedissequamente ribadite nelle sentenze *Arnaldo Energia s.p.a.*, *Spac s.p.a.*, *Edis*²⁶, tutte coeve e relative a controversie similari contro lo Stato italiano, nella specie concernenti la c.d. tassa italiana sulle società.

Ed ancora il medesimo filone giurisprudenziale è stato sposato dai provvedimenti resi nei casi *Aprile*²⁷, concernente termine di decadenza di azione di rimborso di tassa doganale, e *Roquette Frères SA*²⁸, relativo sempre ad azione di ripetizione di imposta nazionale indebitamente riscossa.

Nel 2009, nel caso *Danske Slagterier*²⁹, la Corte di giustizia torna ad occuparsi della decorrenza del termine di prescrizione nel diritto interno (tedesco)

²⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 15 settembre 1998, cause riunite C-279 a 281/96, *Ansaldo Energia SpA c. Amministrazione delle Finanze dello Stato, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Marine Insurance Consultants Srl e GMB Srl e a. c. Amministrazione delle Finanze dello Stato* (tutte note come *Arnaldo Energia s.p.a.*), *Raccolta*, p. I-5025; causa C-260/96, *Ministero delle Finanze c. Spac s.p.a.*, *ivi*, p. I-4997; e causa C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) c. Ministero delle Finanze*, *ivi*, p. I-4951.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1998, causa C-228/96, *Fallimento Aprile Srl in liquidazione c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, *Raccolta*, p. I-7141. Il Giudice conciliatore di Milano ha proposto, a norma dell'art. 177 del Trattato CE (oggi 267 TFUE), quattro questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto comunitario in materia di ripetizione dell'indebito. Tali questioni sono state sollevate nel contesto di una controversia tra il Fallimento Aprile S.r.l., in liquidazione, e l'Amministrazione delle Finanze dello Stato a seguito del rifiuto di quest'ultima di rimborsare alla prima le tasse percepite in violazione del diritto comunitario in occasione di operazioni doganali. Con precedenti sentenze la Corte aveva già constatato che la Repubblica italiana era venuta meno alle disposizioni del Trattato sul divieto di tasse di effetto equivalente, ed a quelle fissate dalla direttiva 83/643/CEE del Consiglio, del 1° dicembre 1983, relativa all'agevolazione dei controlli fisici e delle formalità amministrative nei trasporti di merci tra Stati membri, successivamente modificata dalla direttiva del Consiglio 87/53/CEE, del 15 dicembre 1986. La Repubblica italiana aveva rimosso le cause dell'inadempimento comunitario adattando la propria normativa interna ai dettati di Bruxelles con effetto, rispettivamente, dal 13 giugno 1991 e dal 1° novembre 1992. Detti provvedimenti, tuttavia, non avevano preso in considerazione le situazioni precedenti alla loro entrata in vigore e, in particolare, il rimborso da parte dell'Amministrazione agli operatori economici interessati delle somme percepite dagli uffici doganali in violazione del diritto comunitario. La Corte, richiamando la sentenza *Fantask e a.*, ed esclusa l'applicazione analogica del caso *Emmott*, giacché nel caso di specie, la ricorrente non era privata totalmente della possibilità di far valere i suoi diritti dinanzi ai giudici nazionali, ha concluso che in circostanze come quelle della causa *a qua*, il diritto comunitario non vieta a uno Stato membro di opporre un termine nazionale di decadenza alle azioni di rimborso di tributi percepiti in violazione di disposizioni comunitarie, anche se questo Stato membro non ha ancora modificato la propria normativa interna per renderla compatibile con tali disposizioni.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 28 novembre 2000, causa C-88/99, *Roquette Frères SA*, *Raccolta*, p. I-10465.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia (grande sezione) del 14 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland*, *Raccolta*, p. I-2119, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte federale di cassazione tedesca. Il caso riguardava una pretesa risarcitoria fatta valere da una società danese contro lo Stato tedesco per il fatto che

con riferimento, questa volta, all'azione di risarcimento danni derivanti dalla carente trasposizione di una direttiva: il giudice del rinvio chiede se il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere, come indicato nel caso *Emmott*, unicamente dalla completa trasposizione di tale direttiva, ovvero, conformemente al diritto nazionale, dalla data in cui i primi effetti lesivi della scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri. Il Collegio lussemburghese ha sottolineato che: "Il diritto comunitario non richiede che, quando la Commissione delle Comunità europee avvia un procedimento per inadempimento *ex art. 226 CE*, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento nei confronti dello Stato che si sia reso responsabile di una violazione del diritto comunitario, previsto dalla normativa nazionale, sia interrotto o sospeso durante tale procedimento. Inoltre, il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola". In altri termini, in caso di carente trasposizione di una direttiva, il termine per proporre l'azione di risarcimento dei danni può decorrere anche prima della corretta trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale, se il danno subito dal singolo si è verificato, anche solo in parte, in un momento precedente all'esatto recepimento.

La Corte di giustizia ha motivato il principio sopra riportato semplicemente ricordando che, nel rispetto della autonomia processuale statale ed in osservanza dei principi di equivalenza e di effettività, non è contraria al diritto dell'Unione una norma di diritto interno che sanciva la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di risarcimento dei danni cagionati per inadempimento all'obbligo comunitario di corretta e tempestiva trasposizione della direttiva, dal momento in cui si sono verificati i primi effetti lesivi, e che siano prevedibili ulteriori effetti analoghi.

Per completezza si segnalano altre due pronunce sul tema della prescrizione datate 2011: l'una riferita all'inadempimento statale³⁰ e l'altra alla ripetizione

questo non aveva attuato correttamente una direttiva comunitaria prevedente l'obbligo di consentire l'importazione di carni suine aventi certe caratteristiche; la società *Danske Slagterier* lamentava che, essendo stata costretta ad importare carni di caratteristiche diverse, aveva subito perdite da minori ricavi. Si veda il commento di L. BAIRATI, *A proposito del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria per violazione del diritto comunitario: la sentenza della Corte di giustizia CE Danske Slagterier c. Repubblica federale di Germania*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2009, p. 1030, il quale osserva come la questione del termine di prescrizione dimostri la complessità del processo di dialogo tra giudici, "interessato da elementi di resistenza dovuti non solo alla multiformità delle discipline nazionali, ma anche a giudici nazionali spesso restii a rivedere i propri assestati orientamenti alla luce delle sollecitazioni di fonte sopranazionale".

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 2011, causa C-452/09, *Tonina Enza Iaia, Andrea Moggio, Ugo Vassalle c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Università degli studi di Pisa*, non ancora pubblicata in

dell'indebito³¹. All'esito di entrambi i giudizi la Corte ha mantenuto immutato il proprio orientamento: nel primo caso, chiamata ad accertare se fosse compatibile con il diritto dell'Unione e con l'obbligo per lo Stato di garantire la sua effettiva applicazione la possibilità per lo Stato italiano di eccepire la prescrizione ordinaria per la fase antecedente la prima legge attuativa italiana o se ogni eccezione di prescrizione fosse preclusa fino alla corretta trasposizione della direttiva, essa ha ribadito quanto sancito nel caso *Danske Slagterier*; nel secondo, con specifico riferimento al computo del *dies a quo*, essa, in una sentenza pronunciata a seguito di un rinvio pregiudiziale, ha statuito che la constatazione da parte della Corte, dell'incompatibilità del carattere retroattivo della normativa nazionale in questione con il diritto sopranazionale europeo non incide sul momento di inizio del termine di prescrizione previsto dall'ordinamento giuridico interno per i crediti nei confronti dello Stato.

In conclusione, ed in estrema sintesi, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'ultimo ventennio, dopo la pronuncia *Emmott*, ha sposato un indirizzo più restrittivo, ammettendo, nei casi riferiti ad azioni sia risarcitorie sia restitutorie a danno dello Stato membro inadempiente, che questo possa opporre la decadenza di un'azione giudiziaria anche qualora, alla data di proposizione della domanda, non abbia ancora correttamente trasposto la direttiva attributiva di diritti soggettivi, a condizione che la decadenza non comporti per il ricorrente la privazione totale della possibilità di far valere il diritto in forza di una direttiva. Per converso, il diritto dell'Unione osta a che un'autorità nazionale eccepisca la scadenza di un termine di prescrizione ragionevole soltanto se il comportamento delle sue autorità interne, in combinazione con l'esistenza di un termine di decadenza, abbia come conseguenza di privare totalmente un soggetto della possibilità di far valere i suoi diritti dinanzi ai giudici nazionali.

Raccolta: si tratta di una decisione resa nell'ambito di un procedimento per rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE sollevato dalla Corte d'appello di Firenze relativo alla remunerazione dei medici specializzandi. Vedi *infra*, par. 8.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2011, nei procedimenti riuniti C-89 e 96/10, *Q-Beef NV c. Stato belga e Frans Bosschaert c. Stato belga, Vleesgroothandel Georges Goossens en Zonen NV, Slachthuizen Goossens NV*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. La Corte, chiamata in via pregiudiziale a verificare la conformità con i principi di equivalenza e di effettività derivanti dal diritto dell'Unione di un termine speciale di prescrizione di cinque anni previsto dal diritto interno del Regno del Belgio, nonché sulla determinazione del momento iniziale di tale termine, in due ricorsi proposti contro lo Stato belga per ottenere il rimborso dei contributi prelevati al fine di alimentare il Fondo per la sanità e la produzione degli animali, ha verificato, in circostanze come quelle della causa principale, la compatibilità del diritto dell'Unione con il termine di prescrizione quinquennale previsto dall'ordinamento giuridico belga per i crediti nei confronti dello Stato, alle azioni di recupero di tributi che sono stati corrisposti in violazione di tale diritto in forza di un "sistema misto di aiuti e tributi". Più in particolare, la Corte UE ha affermato anche la conformità di una normativa nazionale che conceda a un privato un termine più lungo per ottenere la restituzione di tributi da un altro privato intervenuto in qualità di intermediario, al quale li ha indebitamente versati e che li ha assolti per conto del primo a beneficio dello Stato, purché i privati che agiscono in qualità di intermediari possano effettivamente rivalersi sullo Stato per gli importi eventualmente assolti a beneficio di altri privati.

Traendo le somme, la giurisprudenza della Corte di giustizia, in tema di azione risarcitoria per l'inadempimento di direttiva sufficientemente specifica nell'attribuire ai singoli diritti ma *non self-executing*, evidenzia conclusioni certe nel senso: a) che la regolamentazione delle modalità, anche *quoad* termini di decadenza o prescrizione, dell'azione risarcitoria da inadempimento di direttiva attributiva di diritti ai singoli compete agli ordinamenti interni; b) che, in mancanza di apposita disciplina da parte degli Stati membri, la quale dev'essere ispirata ai principi di equivalenza ed effettività, il giudice nazionale può ricercare analogicamente la regolamentazione dell'azione, ivi compresi eventuali termini di decadenza o prescrizione, in discipline di azioni già regolate dall'ordinamento, purché esse rispettino i principi suddetti e, particolarmente, non rendano impossibile o eccessivamente gravosa l'azione; c) che l'applicazione di un termine di prescrizione, derivante dal riferimento che il giudice nazionale fa ad una disciplina interna regolamentante altra azione, è possibile comunque solo se essa possa considerarsi sufficientemente prevedibile da parte dei soggetti interessati, dovendo, dunque, il giudice nazionale procedere necessariamente a tale apprezzamento; d) che l'eventuale termine di prescrizione può decorrere anche da un momento precedente la corretta trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale, se il danno, anche solo in parte (è questo il significato del riferimento ai "primi effetti lesivi" contenuto nella sentenza *Danske Slagterier*), per questo soggetto si è verificato anteriormente³².

5. Poste tali premesse e chiarito l'orientamento dell'organo giurisdizionale di Lussemburgo, è importante verificare come i dettati della Corte siano poi tradotti a livello nazionale e come i giudici comuni li modellino al tessuto normativo domestico. Come innanzi annunciato, sul versante interno la difficoltà di rendere concrete le indicazioni provenienti dall'Unione sono notevoli e sollevano rilevanti e delicati problemi sul piano dell'effettività sostanziale delle posizioni giuridiche individuali di genesi comunitaria.

Caso emblematico, portato a paradigma della incertezza delle chiavi di lettura sul tema del termine di prescrizione e della sua compatibilità con il diritto UE, è quello degli specializzandi medici. L'analisi del *casus belli* offre una panoramica esaustiva delle criticità insite nel dialogo tra ordinamento nazionale ed europeo, dal momento che il copioso contenzioso ultraventennale è stato oggetto di ripetute pronunce sia della Corte di giustizia, sia dei giudici di merito e di ultimo grado della nostra Repubblica. Ed il percorso giurisprudenziale interno è stato tortuoso e disomogeneo. I numerosissimi procedimenti instaurati dai medici specializzandi nei confronti della Repubblica italiana hanno origine nell'omesso tempestivo recepimento della direttiva 82/76/CEE³³. La direttiva in questione prevedeva che il periodo di specializzazione dei medici, a tempo pieno

³² Così felicemente sintetizzato da Cass., sentenza del 17 maggio 2011, n. 10813, par. 4.5.

³³ Direttiva del Consiglio, del 26 gennaio 1982, che modifica la direttiva 75/362/CEE concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione

e a tempo parziale, dovesse essere oggetto di “remunerazione adeguata” in tutti gli Stati membri; tale diritto, che si sarebbe dovuto esercitare dal 1° gennaio 1983 (il termine per la trasposizione della direttiva era il 31 dicembre 1982), di fatto è stato pienamente riconosciuto in Italia solo con l’art. 11 della l. 19 ottobre 1999, n. 370.

Prima di tale legge, la Repubblica italiana era già stata condannata dalla Corte di giustizia³⁴ ai sensi dell’odierno art. 260 TFUE (all’epoca dei fatti art. 171 TCEE); per rimuovere la causa dell’inadempimento il legislatore interno aveva emanato il decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257, con il quale, pur riconoscendo alla categoria il diritto alla remunerazione e fissando anche l’ammontare di una borsa di studio, se ne fissava tuttavia la decorrenza solo a partire da quella data, senza che cioè il provvedimento di legge spiegasse effetti retroattivi a favore degli iscritti alle scuole di specializzazione per gli anni accademici antecedenti³⁵.

Di conseguenza, a causa del mancato corretto recepimento della norma derivata europea nel diritto interno, i medici ammessi alle scuole di specializzazione nel corso degli anni accademici dal 1983 al 1991 hanno agito giudizialmente contro lo Stato italiano nonché contro talune università italiane, chiedendo in via principale il riconoscimento del diritto alla adeguata remunerazione (e cioè la corresponsione della borsa di studio che avrebbero percepito se la direttiva comunitaria fosse stata correttamente recepita) e, in via subordinata, il risarcimento del danno subito a causa dell’inadempimento dell’organo legislativo italiano.

I profili critici di maggior rilievo, riferiti al computo del *dies a quo* per l’esercizio della azione, sono rilevabili nei giudizi risarcitori, nei quali i giudici interni di ogni stato e grado si sono pronunciati in modo variegato; va precisato, infatti, che nei giudizi nei quali il *petitum* era esclusivamente la corresponsione della borsa di studio, per lungo tempo è stato unanimemente ritenuto che, trattandosi di somme dovute dalla P.A. con cadenza annuale o inferiore all’anno, il diritto soggiacesse alla prescrizione quinquennale in virtù dell’applicazione dell’art. 2948, n. 4, c.c.³⁶.

dei servizi e la direttiva 75/363/CEE concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico, *GUCE* L 43, 15 febbraio 1982.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 1987, causa 49/86, *Commissione c. Italia, Raccolta*, p. 2995.

³⁵ Ai sensi dell’art. 8, co. 2, d.lgs. 8 agosto 1991, n. 257 le previsioni contenute nella normativa nazionale, così come il riconoscimento di una borsa di studio per gli ammessi alla scuola di specializzazione pari a lire 21.500.00 per ogni anno di frequenza trovano applicazione a decorrere dall’anno accademico 1991-1992.

³⁶ Così *ex multis* Cons. di Stato, IV sez., sentenza del 9 febbraio 2004, n. 445; Trib. Palermo, sentenza del 24 marzo 2004, *Belluzzo c. Univ. Studi di Palermo*, in *Il Foro italiano*, 2005, I, c. 595; Trib. Roma, sentenza del 14 giugno 2004, *Cipulli c. Pres. Cons.*, in *Gius.*, 2004, p. 4219; Cons. di Stato, sez. VI, sentenza del 4 ottobre 2006, n. 5893; Trib. Bari, sentenza del 7 febbraio 2007, n. 330, massimata sulla banca dati *Juris data*; Cons. di Stato, VI sez., sentenza del 10 maggio 2007, n. 2232; Cons. di Stato, VI sez., sentenza del 6 maggio 2008, n. 1994; Trib. Bari, III sez., sentenza del 27 giugno 2008, n. 1885, massimata sulla banca dati *Juris data*.

Orbene, data oggi per assodata la competenza del giudice ordinario e non del giudice amministrativo³⁷, il problema da risolvere a monte è quello della corretta ed univoca individuazione a livello nazionale della fonte giuridica della responsabilità statale per ritardata o non fedele trasposizione della direttiva europea, sufficientemente specifica nell'attribuire diritti ai singoli, ma non *self-executing*³⁸: secondo parte della giurisprudenza essa è da ricondursi all'area della responsabilità extracontrattuale, secondo altra in quella di obbligazione *ex lege* di natura indennitaria³⁹.

Non si tratta di una questione puramente dogmatica ed astratta, dal momento che se si accedesse alla prima ipotesi i termini di prescrizione sarebbero quinquennali, se si optasse, invece, per la seconda decennali. La differenza per il soggetto leso nei propri diritti, come ben si comprende, non è di poco conto.

Il secondo profilo dubbio è lo stabilire il momento dal quale far decorrere il termine di prescrizione, sia esso breve o ordinario.

³⁷ Va segnalato infatti che la situazione soggettiva degli specializzandi è stata in passato talvolta qualificata come interesse legittimo e non quale diritto soggettivo in conseguenza del largo margine di discrezionalità con il quale lo Stato italiano era investito del compito di dare attuazione alle direttive europee. Cfr. T.a.r. Toscana, I sez., sentenza del 3 novembre 1997, n. 470; Trib. L'Aquila, sentenza del 29 gennaio 2003, *Di Bartolomeo c. Min. istruzione e altro*, in *Giurisprudenza di merito*, 2003, p. 1532; Cons. di Stato, VI sez., sentenza del 9 febbraio 2004, n. 445; Trib. Firenze, sentenza dell'11 dicembre 2003, *C. M. C. c. Univ. studi Pisa*, in *Rassegna dell'Avvocatura di Stato*, 2004, p. 319. Tale orientamento del tutto minoritario è stato poi definitivamente superato a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, che ha fatto cadere la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutta la materia dei servizi pubblici. *Ex multis*, Cons. di Stato, VI sez., sentenza del 29 febbraio 2008, n. 750, limpida e chiarisce: "Le domande proposte dai medici specializzandi per ottenere le borse di studio in via retroattiva ovvero per essere risarciti del danno correlato all'omessa o ritardata trasposizione delle direttive nell'ordinamento interno sono espressione di un diritto soggettivo, anche perché la qualificazione come interesse legittimo – presupponendo scelte discrezionali o comunque autoritative della p.a. – non sarebbe idonea ad assicurare con piena soddisfazione della pretesa, direttamente riconducibile alle norme comunitarie; la cognizione di tale diritto, dunque, non può che essere rimessa al giudice ordinario, non ravvisandosi norme su cui fondare una fattispecie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dopo la dichiarata illegittimità costituzionale – con la sentenza della Corte n. 204 del 2004 – della norma (art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205) ricognitiva di detta giurisdizione per l'intera materia dei servizi pubblici". Ancor prima, riportandosi a Cass. SS.UU., sentenza del 22 luglio 1999, n. 500, nel senso della giurisdizione del giudice ordinario sulla questione della configurabilità della responsabilità civile della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 2043 c.c., Cass. civ., III sez., sentenza del 16 maggio 2003, n. 7630 in motivazione.

³⁸ La Corte di giustizia nelle pronunce del 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari e a. c. Università degli Studi di Bologna, Ministero della Sanità, Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e Ministero del Tesoro*, Raccolta, p. I-1113, e del 3 ottobre 2000, causa C-371/97, *Gozza c. Università degli Studi di Padova e a.*, *ivi*, p. I-7881, ha definitivamente chiarito che le direttive *de quibus*, riconoscono in modo sufficientemente specifico diritti agli specializzandi a tempo pieno ed a tempo parziale e ricadono sotto la giurisprudenza inaugurata dal caso *Francovich*.

³⁹ Molto efficacemente la giurisprudenza italiana sul tema, attese le mutevoli e spesso confliggenti soluzioni adottate, è stata paragonata ad una orchestra polifonica, così M. M. WINKLER, *King Can Do Wrong. La "responsabilità del legislatore" e il risarcimento del danno per violazione del diritto dell'Unione europea nella giurisprudenza italiana*, in *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 799 ss.

Anticipando gli esiti dell'analisi, in estrema sintesi può puntualizzarsi che, con riferimento al primo problema e dunque alla qualificazione giuridica dell'obbligo di risarcimento per il mancato tempestivo recepimento da parte dell'Italia delle direttive dell'Unione, è ormai prevalente in giurisprudenza la tesi che riconduce l'obbligo risarcitorio allo schema dell'inadempimento contrattuale; con riguardo al secondo profilo, nonostante la molteplicità di soluzioni indicate dagli organi giudicanti, è stato sancito che il termine di prescrizione decennale decorre dalla data di entrata in vigore della legge di recepimento (n. 370 del 1999).

6. In una prima fase l'obbligo risarcitorio è stato giuridicamente qualificato come derivante dalla responsabilità per illecito del legislatore nel nostro ordinamento. In questo senso si è espressa la Cassazione nella sentenza del 2003 n. 7630⁴⁰, la quale, rifacendosi alla giurisprudenza dell'Unione⁴¹, ha rigettato i motivi di ricorso dello Stato italiano ed ha riconosciuto ad un dottore in medicina il risarcimento del danno in conseguenza della tardiva attuazione (nel 1991 anziché entro il 31 dicembre 1983) delle direttive sull'istituzione di corsi di specializzazione medica con previsione di adeguata retribuzione per i partecipanti.

A fondamento della propria pronuncia la Corte ha proceduto alla verifica dei presupposti della responsabilità indicati dal Lussemburgo⁴², specificando che trattasi di una obbligazione risarcitoria la quale trova origine nella normativa del Trattato CE ma che deve essere eseguita nell'ambito del diritto nazionale con le regole e le condizioni da esso previste. Essa ha quindi ricondotto il carattere dell'inadempimento alla *lex aquilia*⁴³.

⁴⁰ Cass. civ., sentenza del 16 maggio 2003, cit., con note di R. CONTI, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario. Rimedio concorrente o alternativo all'azione diretta?*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 836; E. SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Il Foro italiano*, 2003, I, c. 2015. L'attore, la cui domanda era stata rigettata dal Tribunale di Firenze, ed accolta invece dalla Corte di appello, aveva resistito al ricorso istaurato dallo Stato italiano.

⁴¹ Per una analisi ragionata della giurisprudenza della Unione in materia sia consentito il rinvio a A. M. ROMITO, *Principio di effettività e ruolo del giudice nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 1179 ss., spec. pp. 1191-1196 ed ai richiami ivi indicati. Per una riflessione aggiornata e critica sul tema della responsabilità del legislatore, si rinvia da ultimo a M. M. WINKLER, *op. cit.*, il quale non a torto osserva che con il passare del tempo la Corte di giustizia ha smesso di offrire ai giudici nazionali delle semplici linee guida per valutare l'illecito del legislatore, per entrare sempre più nel vivo della controversia e "dire oltre *perché* o quando, anche *se* nel caso concreto lo Stato è responsabile", così spec. p. 807.

⁴² Lo Stato che non abbia tempestivamente adottato provvedimenti attuativi di una direttiva non autoesecutiva è obbligato al risarcimento del danno da ciò derivato al singolo allorché si verificano le seguenti condizioni: a) che la direttiva preveda l'attribuzione di diritti ai singoli; b) che tali diritti possano essere individuati in base alle disposizioni della direttiva; c) che sussista il nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il pregiudizio subito dal soggetto leso.

⁴³ In senso conforme su fattispecie inerenti ai medici specializzandi v. Cass., sentenza del 12 febbraio 2008, n. 3283 (con nota di C. PASQUINELLI, *Illecito "comunitario" del legislatore ex art. 2043 c.c.: la Cassazione interviene ancora*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 1559 ss.); Cass., sentenza del 3 giugno 2009, n. 12814 (con note di A. DI MAJO, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Il corriere giuridico*, 2009, p. 1348; e M. GORGO-

A cascata, la giurisprudenza di merito si è allineata statuendo che “ove venga proposta la domanda per ottenere il risarcimento del danno subito a seguito del tardivo recepimento da parte dello Stato italiano della normativa comunitaria di riconoscimento del diritto dei medici specializzandi ad una adeguata remunerazione per l’attività di formazione specialistica, si è in presenza di una domanda di risarcimento per fatto illecito riconducibile alla fattispecie di cui all’art. 2043 c.c.”, con conseguente applicazione della prescrizione quinquennale⁴⁴.

Quando ormai sembrava che l’indirizzo prevalente si fosse attestato sulla qualificazione dell’azione proposta dai medici specializzandi quale azione risarcitoria derivante da fatto illecito extracontrattuale del legislatore, è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite che, aderendo ad un orientamento più risalente nel tempo e restato a lungo isolato⁴⁵, ha segnato un indirizzo di segno radicalmente diverso⁴⁶.

Infatti, con sentenza n. 9147 del 2009⁴⁷, la responsabilità dello Stato per tardiva o non fedele trasposizione della direttiva riferita ai medici specializzandi è stata qualificata come responsabilità contrattuale – in quanto, come meglio si vedrà⁴⁸, legata a un rapporto obbligatorio preesistente –, rintracciando il suo fondamento in una obbligazione *ex lege* avente natura indennitaria (e non più di carattere risarcitorio)⁴⁹. Secondo l’indirizzo delle Sezioni Unite il mancato rece-

NI, *La difficile costruzione delle regole risarcitorie per violazione statale di obblighi comunitari*, ivi, 2010, p. 185).

⁴⁴ Così Trib. Genova, sentenza del 23 aprile 2004, n. 2188; conforme Trib. Roma, sentenza del 10 gennaio 2006, n. 24828, Trib. Bari, sentenza del 30 novembre 2007, n. 76, tutte reperibili in *Juris data*. Per una ricostruzione ragionata della giurisprudenza interna fino al 2009, si rinvia a M. G. PIZZORNI, *La recente evoluzione della giurisprudenza nazionale in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell’Unione*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2010, p. 149 ss.

⁴⁵ Cass., sentenze dell’11 ottobre 1995, n. 10617, e del 5 ottobre 1996, n. 8739.

⁴⁶ Da più parti in dottrina criticato: v. R. CONTI, *La natura “non illecita” dell’illecito comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 19; M. G. PIZZORNI, *op. cit.*; M. M. WINKLER, *op. cit.*

⁴⁷ Cass. del 17 aprile 2009 n. 9147, da molti commentata. In particolare si rinvia a C. PASQUINELLI, *Le sezioni unite e la responsabilità dello Stato-legislatore per violazione del diritto comunitario – Un inatteso «revirement»*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, I, p. 1018; G. RAPISARDA, *La responsabilità dello Stato per omessa o tardiva attuazione di direttiva comunitaria: l’ultimo approdo delle sezioni unite*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2009, p. 709; A. DI MAJO, *Contratto e torto*, cit.; L. BAIRATI, *La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria – Questioni teoriche e implicazioni pratiche della sua corretta qualificazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 693; R. CONTI, *La natura “non illecita”*, cit., p. 19; L. GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 311; A. MARI, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla natura della responsabilità dello Stato per mancata o tardiva trasposizione di una direttiva comunitaria non self-executing*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2010, p. 225; E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Il Foro italiano*, 2010, I, c. 168; A. VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione 9147/09 e la difficile scelta degli strumenti di tutela dei medici iscritti alle scuole di specializzazione prima del 1991*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, p. 501.

⁴⁸ Cfr. *infra*, par. 7.

⁴⁹ Qualificando l’obbligazione come indennitaria ne consegue che il ristoro per il singolo è svincolato dai presupposti della responsabilità stabiliti dalla Unione (il dolo, la colpa) dovendo il

pimento da parte dello Stato di una direttiva comunitaria realizza una violazione già nell'ordinamento sopranazionale, sicché il giudice interno deve solo controllare se l'ordinamento interno si sia adeguato a quello comunitario, e ove ciò non fosse accaduto, assicurare che il singolo danneggiato riceva una congrua riparazione⁵⁰. Di rimando anche la giurisprudenza di merito più recente⁵¹ ha aderito all'insegnamento della Corte Suprema, il quale implica, sul piano della prescrizione, che questa sia soggetta al termine di dieci anni.

La pronuncia del 2009, "rivoluzionaria" nel suo genere, ha aperto la strada ad ulteriori pronunce della giurisprudenza, che sono tutte nel segno della continuità⁵²: a tal proposito, merita di essere segnalato un ultimo (in ordine di tempo) provvedimento della Suprema Corte⁵³ che, in modo ampio ed articolato, offre importanti ed esaustivi chiarimenti, non solo in merito alla fonte dell'obbligo risarcitorio, ma anche sul *dies a quo* della prescrizione⁵⁴.

7. Come è ben evidente, la radicale modifica dell'indirizzo espresso dalla Corte interna sul tema del fondamento della domanda risarcitoria ha riverberato i suoi effetti anche sull'ulteriore profilo della disciplina sostanziale ad esso applicabile, e cioè sull'individuazione del termine di decorrenza della prescrizione; profilo, quest'ultimo, di primaria rilevanza nell'ottica della tutela individuale.

Ad onor del vero, i rilevanti dubbi interpretativi ed applicativi del tema della prescrizione prescindono e preesistono al mutato orientamento giurisprudenziale in tema di responsabilità del legislatore: innanzitutto perché investono anche le domande aventi ad oggetto il pagamento della remunerazione⁵⁵ prevista dalle

giudice solo verificare, in presenza di una violazione grave e manifesta, la sussistenza del nesso causale tra violazione e danno.

⁵⁰ Così argomentando sembrerebbe, dunque, che il fatto costitutivo della fattispecie sia fissato dal diritto comunitario e l'effetto giuridico da quello nazionale. Si è osservato in dottrina che dunque "il rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento interno si dispiega nel senso che, recando, il primo il precetto attributivo di diritti, si onera il secondo già di rimedi congruenti con la norma comunitaria, onde il rapporto tra Stato e beneficiario non consegue soltanto al sorgere del danno (come nel torto aquiliano) ma è già tale a far data dalla norma comunitaria e si qualifica quale diritto e/o pretesa all'adempimento". Così A. DI MAJO, *Contratto e torto*, cit., p. 1354. I giudici interni mostrano in questo modo di aderire alla teoria dualista nel rapporto tra ordinamento interno ed ordinamento europeo. Per ulteriori interessanti riflessioni sul tema si rinvia a E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato*, cit.

⁵¹ Trib. Salerno, I sez., sentenza del 3 settembre 2010, n. 1957, reperibile nella banca dati *Juris data*.

⁵² Conformi Cass., sentenza dell'11 marzo 2008, n. 6427; Cass., sentenza del 25 febbraio 2010, n. 4547, e Cass., sentenza del 10 marzo 2010, n. 5842 (con commento di A. ANDRONIO, *La mancata attuazione del diritto dell'Unione europea da parte dello Stato: responsabilità contrattuale di natura indennitaria per attività anti-giuridica*, in *Giustizia civile*, 2011, I, p. 1586).

⁵³ Vedi Cass., sentenza del 18 agosto 2011, n. 17350, che riprende pressoché pedissequamente Cass., sentenza del 17 maggio 2011, n. 10813.

⁵⁴ Vedi *infra*, par. 7.

⁵⁵ Si noti che tanto le domande di pagamento della borsa di studio, proposte in via principale, quanto quella subordinata di risarcimento del danno, si fondano sui medesimi presupposti di fatto, sicché l'eccezione di prescrizione si riferisce ai medesimi fatti costitutivi, indipendentemente dalla qualificazione fatta dalle parti o dal giudice.

direttive; in secondo luogo perché, sia che si reputi operante la prescrizione quinquennale sia che si opti per quella decennale, lungo e tormentato è stato l'iter per giungere ad una soluzione certa e predeterminata circa il momento dal quale iniziare a far decorrere i termini di prescrizione dell'azione.

Dalla analisi della casistica interna, il computo del termine utile per la prescrizione del diritto (vantato dai medici specializzandi negli anni precedenti l'anno accademico 1991/1992) a percepire somme sostitutive dell'adeguata remunerazione prevista dalle direttive comunitarie relative alla formazione dei medici specialisti, così come quello a ottenere il risarcimento del danno, è stato fatto variamente decorrere: fin dalla data di emanazione delle direttive comunitarie⁵⁶, dall'epoca in cui i diritti in questione risultino concretamente violati⁵⁷, o ancora dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 257 del 1991, che ha trasposto le direttive comunitarie in questione non correttamente e in ritardo⁵⁸, ed anche da quando è concretamente esperibile la loro relativa tutela⁵⁹.

Un punto fermo sembra oggi essere stato raggiunto con la più recente pronuncia della III sezione civile della Suprema Corte di cassazione, cui prima si faceva cenno⁶⁰: va dato atto ai giudici interni che, con la sentenza della scorsa estate (che a sua volta riprende quella del maggio 2011)⁶¹, si è posta la parola fine ad una vicenda giudiziaria durata ben ventinove anni, nel senso di una più ampia tutela dei singoli.

Come innanzi illustrato, ponendosi in linea di continuità con la sentenza delle Sezioni Unite del 2009 ed idealmente come prosieguito di quella pronunciata dalla stessa sezione del maggio 2011, essa ha stabilito che il diritto al risarcimento del danno da inadempimento della direttiva 82/76, esistente in

⁵⁶ Ciò, perché la prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui il danno si è verificato, indipendentemente dalla mancata attuazione da parte dello Stato delle direttive stesse. Ne consegue che il termine prescrizionale decorre dal momento in cui sono venuti in essere nel diritto comunitario gli elementi costitutivi del diritto al corrispettivo: Trib. Bari, III sez., sentenza del 30 novembre 2007, cit.

⁵⁷ E quindi dalla scadenza del termine previsto per l'attuazione delle direttive nell'ordinamento interno: il 20 dicembre 1976, per la direttiva 75/362, e il 31 dicembre 1982, per la direttiva 82/76.

⁵⁸ E cioè dal quindicesimo giorno successivo alla sua pubblicazione, effettuata il 16 agosto 1991, perché prima di tale data i danneggiati non potevano né sapere chi era tenuto al pagamento della remunerazione e l'importo della borsa di studio, né far valere l'incompatibilità di tale decreto con il diritto dell'Unione: Cass., sentenza del 3 giugno 2009, cit., nonché Trib. Catanzaro, I sez., sentenza del 20 aprile 2009, in *Guida al diritto*, 2009, n. 24, p. 53, Trib. Genova, II sez., sentenze del 10 luglio 2006, n. 2697, e del 14 maggio 2004, n. 2188. In generale per una chiara ed ordinata rassegna della giurisprudenza in relazione al profilo della prescrizione si veda la quadripartizione di M. G. PIZZORNI, *op. cit.*, spec. pp. 162-166.

⁵⁹ Ossia solo a partire dal momento in cui è stata fatta esatta trasposizione delle direttive (o una trasposizione che consenta per via interpretativa al giudice nazionale di conseguire i risultati prescritti dalla direttiva) e dunque non già dal 1991, ma dalla entrata in vigore della l. 370 del 1999. Così Trib. Roma, sentenza del 10 gennaio 2006, cit., App. Milano, I sez., sentenza del 20 giugno 2008, *B.L. c. Univ. studi Milano*, in *Il Foro padano*, 2008, n. 1, p. 55.

⁶⁰ *Supra*, nota 53.

⁶¹ Rispettivamente le citate sentenze della Cass., n. 17350 e 10813 del 2011.

favore dei medici specializzandi nel periodo dal 1° gennaio 1983 all'anno accademico 1990/91, è sottoposto alla prescrizione ordinaria decennale perché relativo all'adempimento di un'obbligazione *ex lege* dello Stato di natura indennitaria, come tale riconducibile all'area della responsabilità contrattuale.

Chiarendo ulteriormente la sentenza precedente, e volendo mettere a tacere le numerose critiche della dottrina, la Corte in motivazione spiega cosa debba intendersi per "responsabilità contrattuale": non certo responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso – comune alla dottrina in contrapposizione all'obbligazione da illecito extracontrattuale (art. 2043 c.c.) – di responsabilità nascente dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente (obbligo di corretta e puntuale attuazione delle direttive, *id est* obbligo di leale cooperazione), considerato dall'ordinamento interno, per come esso deve atteggiarsi secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, come fonte dell'obbligo risarcitorio secondo la prospettiva dettata nell'art. 1173 c.c.

Ampia ed articolata è poi la motivazione in tema di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria sorta a carico di coloro che non erano stati debitamente considerati dal d.lgs. 257 del 1991: la Corte, infatti, non solo completa la pronuncia delle Sezioni Unite del 2009 – la quale non aveva chiarito in modo esauriente il giorno dal quale iniziare a far decorrere i termini di prescrizione – ma passa anche in rassegna i precedenti più rilevanti, per prenderne le distanze e giungere ad una soluzione innovativa che pone fine ad ogni incertezza⁶².

Sul punto essa ha limpidamente statuito che nei casi di mancato recepimento della norma di diritto derivato dell'Unione la prescrizione decennale dell'azione risarcitoria non corre perché, fintanto che la stessa non viene correttamente traspunta nell'ordinamento nazionale, essa può non risultare di piena conoscenza

⁶² Specificamente: Cass. SS. UU., n. 9147 del 2009, dopo aver fatto un generico riferimento al "momento in cui il pregiudizio si è verificato", come momento in cui la pretesa risarcitoria è "in-sorta", non si è preoccupata in alcun modo di definire tale momento, perché non era investita della questione (in quel caso le Sezioni Unite, si erano trovate a dover applicare il termine di prescrizione decennale in una situazione di esistenza di un giudicato interno sul *dies a quo* che si era stabilito decorrere dal conseguimento dell'attestato di specializzazione). Nemmeno Cass. SS. UU. n. 4547 del 2010, cit., aveva avuto modo di occuparsi del problema del *dies a quo*, perché la sentenza di merito impugnata aveva ritenuto applicabile la prescrizione decennale facendola decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. 257 del 1991.

Hanno affrontato espressamente il problema anche le citate sentenze della Cass. n. 5842 del 2010 e n. 12814 del 2009: l'una sulla base della qualificazione dell'azione risarcitoria nei termini decennali indicati dalle Sezioni Unite, aveva identificato l'inizio della decorrenza della prescrizione dalla data in cui si verifica il danno, specificando ulteriormente che a tal fine "la data di attuazione della direttiva comunitaria nell'ordinamento interno è irrilevante, giacché il fondamento della risarcibilità postula solo che quest'ultimo si sia verificato dopo la scadenza del termine ultimo prescritto dalla norma comunitaria per il recepimento della direttiva nell'ordinamento interno"; l'altra, ignorando la qualificazione dell'azione fatta dalle Sezioni Unite, nell'applicare la prescrizione quinquennale all'azione qualificata come da illecito extracontrattuale, aveva fatto decorrere il termine di prescrizione – in asserita applicazione del principio espresso nella sentenza *Emmott* – dall'entrata in vigore del citato d.lgs., considerandolo come attuativo dell'esatta trasposizione del diritto comunitario.

da parte dei singoli; di conseguenza la condotta di inadempimento statale cagiona l'obbligo risarcitorio de *die in die*.

Nella motivazione si sottolinea che il danno subito dai medici specializzandi in tanto si è configurato in quanto è stato perdurante il comportamento omissivo del legislatore interno di inattuazione delle direttive: "l'obbligo risarcitorio e, quindi, il danno vedevano continuamente rinnovata la loro fonte de *die in die* dalla permanenza dell'inadempimento. La situazione di danno non era qualificabile come un effetto ormai prodotto ma come un effetto continuativamente determinato dalla condotta statale. In definitiva, il danno sorto, a far tempo dalla sentenza Francovich ed il relativo diritto risarcitorio, sono configurabili come determinati dalla permanenza della condotta di inadempimento del diritto comunitario".

Di conseguenza, secondo il collegio giudicante, in capo ai singoli soggetti lesi è sorto un diritto ad una prestazione specifica, cioè il diritto all'attività necessaria per rimuovere la situazione dannosa originante il danno: "Si tratta di un diritto risarcitorio in forma specifica che, non vede correre il corso della prescrizione fintanto che detta condotta permanga, giacché il diritto si ricollega de *die in die* a tale permanente condotta"⁶³.

Diversamente, in caso di successivo adempimento parziale da parte dello Stato, il termine di prescrizione decennale (a favore dei soggetti che avevano seguito i corsi di specializzazione medica dal 1983 al 1991) inizia a decorrere dal giorno in cui è entrata in vigore la normativa italiana di esatto recepimento⁶⁴ e cioè dal 27 ottobre 1999⁶⁵.

In ultimo, al fine di prevenire l'insorgenza di ulteriori questioni, ed a corroborare l'esattezza della soluzione prospettata, la Suprema Corte svolge anche un'ulteriore considerazione: anche se non si volesse accedere all'idea della permanenza della condotta di inadempimento dello Stato come generatrice del diritto al risarcimento del danno de *die in die*, ai medesimi risultati si giungerebbe se, in osservanza della sentenza *Danske Slagterier*⁶⁶, si volesse far decorrere il *dies a quo* del

⁶³ Par. 7.4.1. della sentenza.

⁶⁴ Art. 11 della l. n. 370 del 1999.

⁶⁵ Il provvedimento dettagliatamente dispone per le sottoipotesi di inadempimento parziale: qualora intervenga un atto legislativo di adempimento parziale della direttiva sotto il profilo soggettivo (perché, per esempio, ha disposto solo per il futuro, o ha riguardato solo alcuni soggetti accomunati esclusivamente dal mero dato temporale della verifica delle situazioni di fatto giustificative dell'acquisto del diritto o dei diritti per il caso che la direttiva fosse stata attuata tempestivamente), la prescrizione decennale inizia a decorrere solo per gli interessati, e non per i soggetti esclusi verso i quali la residua condotta di inadempimento continua a cagionare un danno in modo permanente e quindi a giustificare l'obbligo risarcitorio.

Infine, qualora l'atto di adempimento parziale sul piano soggettivo concerna alcuni dei soggetti riguardo ai quali si erano verificate situazioni di fatto giustificative dell'acquisto del diritto o dei diritti per il caso che la direttiva fosse stata attuata tempestivamente, scelti, però, sulla base di circostanze fattuali diverse dal mero dato temporale che li accomuna, la condotta di inadempimento per i soggetti esclusi non può più dirsi cagionare in modo permanente la situazione dannosa nei loro confronti, con la conseguenza che riguardo ad essi inizia il corso della prescrizione decennale del diritto al risarcimento.

⁶⁶ Spec. punto 33 della sentenza della Corte di giustizia: "risulta parimenti che un termine di

corso della prescrizione decennale dalla sentenza *Francovich* (o, più correttamente, dalla sentenza *Brasserie du Pêcheur*⁶⁷). Anche così operando, il decorso del termine dovrebbe reputarsi interrotto alla data di entrata in vigore della l. n. 370 del 1999, con il cui art. 11 lo Stato ha manifestato la volontà di adempiere agli obblighi rinvenienti dall'ordinamento sopranazionale. Poiché l'atto di esatto recepimento altro non è che un manifesto riconoscimento della situazione di inadempienza della Repubblica italiana, troverebbe applicazione l'art. 2944 c.c., in virtù del quale la prescrizione è interrotta dal riconoscimento del diritto da parte di colui contro cui il diritto può essere fatto valere; e d'altro canto, poiché in riferimento all'ordinamento comunitario la legge del 1999 non poteva disporre se non con riferimento alla interezza delle situazioni giuridiche indicate dalla direttiva, ecco allora che il riconoscimento dell'inadempienza e, quindi, del diritto (alla congrua retribuzione) opererebbe e sarebbe riferibile a tutti i medici specializzandi, ivi compresi coloro che non erano stati considerati nel d.lgs del 1991.

La soluzione ipotizzata nel senso del riconoscimento valido nei confronti di tutti, comporterebbe dunque l'interruzione del corso della prescrizione decennale iniziato dalla sentenza *Francovich* (o più verosimilmente da quella *Brasserie du Pêcheur*) e non ancora maturato per alcuno degli interessati e il decorso di un nuovo termine di prescrizione decennale che sarebbe venuto a scadere soltanto (e nuovamente) il 27 ottobre 2009⁶⁸.

8. Con la sentenza dell'agosto 2011 parrebbe, quindi, essere stata messa la parola fine alle controversie proposte da medici specializzandi, controversie che la Cassazione stessa ha definito dal carattere notoriamente diffuso e ormai annoso.

Il contenzioso esaminato costituisce la più lampante testimonianza del costante e "circolare" dialogo tra le Corti: senza dubbio il giudice interno mostra di ben conoscere il diritto dell'Unione europea e le logiche ad esso sottese. E questo è un dato di primaria rilevanza. Di contro, però, è da osservare che i risultati raggiunti, senza dubbio apprezzabili sotto il profilo del potenziamento della tutela – sia per quanto riguarda il regime della prescrizione (decennale e

prescrizione, per adempiere la sua funzione di garantire la certezza del diritto, dev'essere stabilito previamente. Orbene, una situazione caratterizzata da un'incertezza normativa significativa può costituire una violazione del principio di effettività, poiché il risarcimento dei danni causati alle persone da violazioni del diritto comunitario imputabili ad un Stato membro potrebbe essere reso eccessivamente gravoso nella pratica, se detti soggetti non potessero determinare il termine di prescrizione applicabile con un ragionevole grado di certezza".

⁶⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA e a. c. Repubblica federale di Germania*, Raccolta, p. I-1029.

⁶⁸ Osserva ancora la Corte che siffatta interpretazione si imporrebbe come l'unica valida sul piano costituzionale, sia in ossequio al principio generale di eguaglianza, sia sulla base dell'art. 117, 1 co., Cost., perché un comportamento statale di riconoscimento della propria inadempienza attraverso un atto legislativo di tardivo adempimento necessariamente dovrebbe estrinsecarsi nei riguardi di tutti i soggetti cui la direttiva *non self-executing* attribuisce diritti e non solo nei confronti di alcuni. E ciò perché sarebbe contrario all'ordinamento comunitario un riconoscimento nei confronti di taluni e non di altri.

non più quinquennale), sia sotto il profilo probatorio (non dovendo più dimostrare la colpa e il dolo) –, siano comunque scaturiti da una visione dualista dei rapporti tra ordinamenti, ponendosi spesso la necessità di coordinamento tra gli stessi piuttosto che di integrazione.

Resta da puntualizzare, tuttavia, che nel provvedimento da ultimo commentato non si dà conto della sentenza resa dalla Corte di giustizia il 19 maggio 2011 su un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di Appello di Firenze⁶⁹. Il silenzio del giudice romano si spiega forse con il fatto che la sentenza è stata resa il 18 aprile 2011, poco prima dunque che la Corte di giustizia si esprimesse su un ricorso che, a sua volta, era stato proposto in epoca antecedente alla sentenza *Danske Slagterier*.

I giudici di Lussemburgo, investiti sostanzialmente di un'esegesi dell'ordinamento interno, hanno definito in modo più rigoroso il computo del termine di prescrizione. Essi erano stati chiamati ad accertare se fosse compatibile con il diritto UE e con l'obbligo dello Stato di garantire la sua effettiva applicazione, la possibilità per lo Stato italiano di eccepire la prescrizione ordinaria per la fase antecedente la prima legge attuativa italiana o se ogni eccezione di prescrizione fosse preclusa fino alla corretta trasposizione della direttiva. La Corte ha, quindi, sancito che "il diritto dell'Unione non osta a che uno Stato membro eccepisca la scadenza di un termine di prescrizione a fronte di un'azione giurisdizionale proposta da un singolo per ottenere la tutela dei diritti conferiti da una direttiva, anche qualora tale Stato non l'abbia correttamente trasposta, a condizione che, con il suo comportamento, esso non sia stato all'origine della tardività del ricorso, privando il ricorrente della possibilità di far valere tempestivamente innanzi ai giudici nazionali i diritti che gli spettano in forza della direttiva".

In altre parole, lo Stato che non abbia correttamente trasposto la direttiva nel momento in cui i titolari del diritto propongono il ricorso può validamente ad essi opporre il decorso del termine di prescrizione delle azioni di risarcimento, a condizione che con il suo comportamento non sia stato all'origine della tardività del ricorso. L'accertamento da parte della Corte della violazione del diritto dell'Unione è ininfluenza sul *dies a quo* del termine di prescrizione allorché detta violazione è fuori dubbio.

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 2011, causa C-452/09, *Tonina Enza Iaia*. Cfr. *supra*, nota 30. Il collegio è a conoscenza del rinvio pregiudiziale al vaglio della Corte di Lussemburgo, tanto da volerne anticipare gli esiti. Si legge infatti nel provvedimento che "la ricostruzione appena ipotizzata si giustificerebbe anche per evitare che la Corte di giustizia – attesa la travagliatissima vicenda di cui si è discusso nell'ordinamento interno, sia sotto il profilo delle incertezze sulla giurisdizione (terminate solo nel 2005 ed in situazione ante l'introduzione del noto principio della *translatio*), sia sotto il profilo della individuazione dell'azione esperibile e del suo termine di prescrizione (terminate solo con la sentenza delle SS.UU. n. 9147 del 2009) – ove investita di un'esegesi dell'ordinamento interno che non riconoscesse o la soluzione qui sostenuta o quella subordinata appena indicata, possa dirla non conforme al diritto comunitario adducendo giustificatamente l'oggettiva incertezza della situazione interna al nostro ordinamento".

9. Verrebbe da dire che si è trovata la quadratura del cerchio e cioè che l'opera interpretativa dei giudici comuni ha permesso di tradurre nel nostro ordinamento gli insegnamenti di Lussemburgo. Nella fattispecie i medici specializzandi italiani, cittadini europei al pari dei medici specializzandi tedeschi o spagnoli, hanno dovuto ostinatamente combattere contro un legislatore nazionale inerte (prima) e distratto/maldestro (poi) ed hanno dovuto attendere ventinove anni per vedersi riconoscere quanto sancito da un diritto attribuito dall'Unione (quando ancora si chiamava Comunità economica europea) già dal lontano 1982.

Più in generale, sembrava che il dialogo tra le Corti avesse – per una volta – consentito di raggiungere un risultato sufficientemente equilibrato e in linea con le istanze del diritto europeo non meno che con quelle del diritto interno.

Da ultimo, peraltro, il nostro legislatore con un provvedimento su (propria) misura sembra aver posto le premesse per un nuovo capitolo: con l'art. 43 della recente l. 12 novembre 2011 n. 183 (c.d. legge di stabilità in vigore dal 1° gennaio 2012), infatti, ha stabilito che “la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'art. 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato”. La disposizione – scritta in fretta e, come spesso accade quando le leggi finanziarie pretendono di regolare istituti civilistici, male – è decisamente atipica, da più di un punto di vista: innanzi tutto perché, nella misura in cui fa riferimento all'art. 2947 c.c., pare preoccuparsi non tanto di fissare il termine di prescrizione in cinque anni, quanto di ricondurre l'ipotesi del mancato recepimento tempestivo di direttive all'alveo della responsabilità extracontrattuale. Diversamente, sarebbe tutto sommato stato sufficiente porre una regola che statuisse una nuova ipotesi di prescrizione breve, fissando per l'appunto un termine di cinque anni⁷⁰. In secondo luogo, perché il legislatore è intervenuto anche sul *dies a quo*, fissandolo nel momento nel quale il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti in caso di recepimento della direttiva, si è effettivamente verificato. Nel complesso, emerge con una certa chiarezza l'intento di “fare cassa” limitando la concreta tutelabilità dei diritti dei cittadini, tecnica non certo nobile e, purtroppo, non certo nuova per il nostro legislatore. Ad ogni modo, i due profili segnalati inducono distinti ordini di riflessioni.

Sul piano del riferimento all'art. 2947 c.c., pare a dir poco discutibile che la nuova norma, nel fissare il termine di prescrizione quinquennale, possa costituire un serio argomento per affermare la natura extracontrattuale della responsabilità dello Stato per il mancato recepimento delle direttive: infatti, è appena il caso di rilevare che la qualificazione di un illecito civile nell'area della responsabilità contrattuale o extracontrattuale non è nella disponibilità del legislatore, ma dipende piuttosto dalla natura del dovere violato. Nonostante il richiamo all'art. 2947 c.c., quindi, pare di non doversi discostare dall'idea della natura

⁷⁰ O eventualmente anche inferiore, pur nel rispetto dei principi di effettività ed equivalenza.

contrattuale della responsabilità dello Stato, con tutto ciò che ne consegue in particolare sul piano della disciplina dell'onere della prova e della risarcibilità del danno.

Infine, per quanto riguarda la fissazione del *dies a quo* della prescrizione al momento nel quale il fatto si è verificato, pare evidente che si tratta di una statuizione non del tutto compatibile con le indicazioni provenienti dal Giudice europeo. Questo, come si è ampiamente illustrato, ha sottolineato che lo Stato non può validamente opporre al cittadino ricorrente la prescrizione qualora, con il suo comportamento, abbia concorso a causare la tardività del ricorso, privando il ricorrente della possibilità di far valere tempestivamente innanzi ai giudici nazionali i diritti che gli spettano in forza della direttiva. Ne deriva quanto meno un dubbio di legittimità comunitaria della nuova disposizione su questo specifico aspetto, intorno al quale possiamo immaginare che i Giudici di Lussemburgo saranno chiamati a pronunciarsi. Ciò, peraltro, non potrà avvenire prima del prossimo quinquennio, atteso che con provvedimento dell'8 febbraio 2012⁷¹ la Cassazione, rispondendo all'Esecutivo, ha chiarito che la nuova disposizione si applicherà solo per l'avvenire, confermando così *in toto* il percorso giurisprudenziale degli ultimi anni.

Poiché la norma “potrà spiegare effetti soltanto per la prescrizione di diritti insorti successivamente alla sua entrata in vigore e, quindi, derivanti da fattispecie di mancato recepimento verificatesi dopo l'intervento del legislatore del 2011”, il problema della verifica della legittimità comunitaria dell'art. 43 concretamente si porrà non a breve.

Resta, tuttavia, la sgradevole sensazione che lo Stato italiano anziché adoperarsi per adempiere tempestivamente agli obblighi derivanti dall'Unione europea, si preoccupi di limitare, a scapito dei cittadini, le conseguenze della propria negligenza.

Abstract

The Time-Limit Prescription: A Difficult Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the National Judge

This article aims to underline the uncertainties and ambiguities surrounding the application of European Court's case law principles into the national legal system.

More specifically, the issue of the time-limits for bringing an action based on EC/EU law in a domestic court is an emblematic example of how different could be the judicial protection of individual rights in the Member States, and how difficult could be “to transfer” the addresses marked by the Court of Justice in national codes.

⁷¹ Cass., sez. lavoro, sentenza dell'8 febbraio 2012, n. 1850.

In its first part the article points out the efforts of the ECJ in balancing the rules of national procedural laws (the so called principle of procedural autonomy of Member States) with the effectiveness of European Union law. Therefore it illustrates the origin and evolution of case law on time limit prescription starting from the *Emmott* case up to *Danske Slagterier*.

In the second part the article deals with the national limitation periods applicable to claims based on Directives not fully implemented before the Italian courts: the case that led to a paradigm of uncertainty of interpretations (on the issue of the limitation period) of EU law is related to the Italian medical trainees. The main problem has been the exact classification of the legal basis of the State's responsibility for late or non-faithful transposition of the Directive referred to medical trainees: at the beginning the Italian Supreme Court 7630/2003 addressed the responsibility under Article 2043 of the Italian civil code (with the consequent application of the limitation period of five years for claims). Then starting from the judgment of Cassazione 9147/ 2009, up to the most recent decisions Cassazione 17350/2011, and Cassazione 10813/2011 the State's responsibility (for late or non-faithful transposition of the Directive) has been described as contractual liability (with the consequent application for claims of the limitation period of ten years).

Finally it is remarked that all the efforts of the Italian courts to achieve a reasonable balance with the rulings of ECJ have been wiped out by law no. 183/2011 (the so-called Law of Stability, of November 12, 2011): under Article 43 it is stated that "the prescription of the right to compensation for damage caused by failure to transpose into the State the Directives or other binding European measures follows the rules laid down in Article 2947 of the Civil Code" (it means the application for claims of a limitation period of five years).

All the reasons that make the provision atypical are illustrated in this article.

Luca Paladini*

L'Unione europea all'Assemblea generale dell'ONU: un vecchio osservatore con nuovi poteri?

SOMMARIO: 1. La risoluzione 65/276 dell'Assemblea generale dell'ONU. – 2. Le prerogative accordate all'Unione europea: un “superosservatore”? – 3. Possibili sviluppi in materia di osservatori presso l'Assemblea generale. – 4. La risoluzione e la rappresentanza esterna dell'Unione europea. – 5. La rappresentanza dell'Unione europea alla 66^a sessione dell'Assemblea generale. – 6. Lo *status* ottenuto dal punto di vista dell'Unione europea: quasi un *enhanced observer*. – 7. La partecipazione dell'Unione europea ai lavori del Consiglio di sicurezza. – 8. Considerazioni finali.

1. Con la risoluzione 65/276 del 3 maggio 2011, l'Assemblea generale dell'ONU ha deliberato, con 180 voti a favore e 2 astenuti (Siria e Zimbabwe), le modalità di partecipazione dell'Unione europea ai propri lavori, a quelli dei suoi comitati e gruppi di lavoro, ai consessi internazionali tenuti sotto gli auspici della stessa Assemblea e alle conferenze dell'ONU¹.

Le prerogative accordate consentono all'osservatore, già ammesso all'AG ai sensi della risoluzione 3208 (XXIX) dell'11 ottobre 1974², di partecipare ai lavori intervenendo al dibattito generale, avvalendosi del diritto di replica sulle posizioni assunte, facendo circolare propri documenti ed esercitando, a certe condizioni, il diritto di presentazione orale di proposte ed emendamenti. La risoluzione esclude l'esercizio di prerogative connesse allo *status* di membro, quindi l'UE non dispone del diritto di voto, né della possibilità di co-esercitare l'iniziativa per l'adozione di atti e di proporre candidature³.

L'adozione della risoluzione è stata accompagnata dalle preoccupazioni di alcuni Stati membri dell'ONU, che hanno posto l'accento su due questioni. La

* Professore a contratto di Organizzazioni internazionali nell'Università IULM di Roma. L'autore ringrazia la dott.ssa Francesca De Crescenzo (Esperto presso il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare), per i preziosi commenti sulla bozza di questo lavoro. Resta inteso che ogni mancanza è da imputare all'autore.

¹ D'ora in poi, in luogo di Unione europea, Comunità europea, Comunità economica europea, Nazioni Unite, Assemblea generale e Consiglio di sicurezza si utilizzeranno gli acronimi UE (o Unione), CE, CEE, ONU (o Organizzazione), AG (o Assemblea) e CdS.

² Cfr. *infra*, par. 4.

³ Si veda l'allegato alla risoluzione, in particolare i paragrafi 1, lett. d), e 3.

prima, di carattere generale, riguarda la specialità del pacchetto di prerogative accordate, che non troverebbe riscontro nella prassi relativa alle altre organizzazioni internazionali che partecipano ai lavori dell'AG e che, pertanto, parrebbe ricondursi alla creazione di una nuova categoria di osservatori. La seconda, mossa dagli Stati di modeste dimensioni, esprime i loro timori circa una possibile diminuzione di ruolo in seno all'Assemblea; come ha affermato il rappresentante di Nauru, si intravedono “‘serious risks’ that the resolution would change the nature of the United Nations to the detriment of small States that did not enjoy the political and economic influence of large developed countries”⁴.

L'UE ha espresso invece una certa soddisfazione per l'atteso riconoscimento come “attore globale” presso l'ONU⁵. Che ciò fosse atteso dipende anche dalla circostanza che la risoluzione 65/276 trae origine dalla revisione di una precedente proposta, più generosa rispetto alle prerogative da accordare all'Unione, sulla quale l'AG, nella seduta del 14 settembre 2010, non era riuscita a trovare un accordo⁶.

2. Effettivamente, la specialità di alcune delle prerogative accordate all'UE non trova riscontro nella prassi tradizionale degli osservatori ammessi all'AG.

Va preliminarmente rammentato che la materia non ha ricevuto una regolamentazione di rango statutario, tacendo in proposito la Carta dell'ONU, né vi hanno provveduto le *Rules of procedure* dell'Assemblea. Singole indicazioni sugli osservatori possono rinvenirsi in risoluzioni dell'AG, come nel caso della procedura di concessione dello *status* o dell'ammissione *ratione materiae*⁷, quindi la questione è stata regolamentata in via di prassi⁸. Inoltre, poiché l'Assemblea ha determinato il contenuto di tale *status* caso per caso⁹, la figura dell'osservatore non si può nemmeno ritenere tipizzata¹⁰. Ciò nonostante, con riguardo alle organizza-

⁴ Cfr. 65th General Assembly, Plenary, 88th Meeting, A/65/PV.88, 3 maggio 2011.

⁵ Cfr. i comunicati del Presidente del Consiglio europeo (*Statement by Herman Van Rompuy*, Brussels, 3 maggio 2011, PCE 103/11), dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza (*Statement by the High Representative*, Brussels, 3 maggio 2011, A 175/11) e della delegazione UE presso l'ONU (*Press release, EU voice at the UN General Assembly*, 4 maggio 2011), www.eu-un.europa.eu.

⁶ Sulla proposta naufragata e sul successivo negoziato di compromesso, cfr. le brevi note di G. GREVI, *From Lisbon to New York: The EU at the UN General Assembly*, FRIDE Policy Brief, n. 81, June 2011, p. 1 ss. (reperibile online).

⁷ Per entrambi gli aspetti, cfr. *Observer status in the General Assembly for the Interparliamentary Union – Procedures for obtaining observer status with the United Nations for intergovernmental organizations – Question whether the Secretary-General may intervene in the process*, in *United Nations Juridical Yearbook*, 2000, II, p. 363.

⁸ Cfr. R. G. SYBESMA-KNOL, *The Status of Observers in the United Nations*, Leiden, 1981, p. 24 ss.; S. MARCHISIO, *L'ONU*, Bologna, 2000, p. 114 ss.; infine, A. LANG, *Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e l'Unione europea*, Milano, 2002, p. 34 ss.

⁹ Ciò è avvenuto modulando in modo più o meno ampio le prerogative da accordare. Cfr. F. MORGENSTEIN, *Legal Problems of International Organizations*, Cambridge, 1986, p. 76 ss., e C. ZANGHÌ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2007, II ed., p. 141 ss.

¹⁰ Cfr. R. G. SYBESMA-KNOL, *op. cit.*, p. 330 ss. Sulla mancanza di uno statuto uniforme degli osservatori nelle organizzazioni internazionali, si veda J.-C. GAUTRON, *L'Union européenne et le*

zioni internazionali, la prassi evidenzia l'esistenza di un catalogo di prerogative tendenzialmente standardizzato¹¹: è di norma accordata la partecipazione *ratione materiae* ai lavori assembleari, dei comitati, degli organi sussidiari e delle conferenze internazionali e sono concessi il diritto di intervento, di replica e di circolazione di documentazione per mezzo del Segretariato dell'ONU. È sempre escluso il diritto di voto, quello di iniziativa sugli atti¹² o sugli emendamenti e la possibilità di sollevare mozioni d'ordine o di procedura.

Ebbene, la risoluzione in esame accorda alcune prerogative in deroga alla prassi relativa agli osservatori tradizionali, la cui rilevanza, che non si pone in discussione, va considerata anche alla luce della natura dell'Unione, delle sue competenze e del ruolo già ricoperto dalla Comunità (economica) europea nell'AG in base alla risoluzione 3208 del 1974 ed alla prassi applicativa.

In primo luogo, con riguardo alla partecipazione ai dibattiti, va osservato che la mancanza di riferimenti, nella risoluzione 65/276, ai *relevant works* dell'Assemblea parrebbe indicare che l'UE possa intervenire in assenza di un proprio interesse specifico ai temi trattati in seduta. Trattasi senz'altro di una deroga alla partecipazione *ratione materiae*, la cui ampiezza va però apprezzata tenendo conto dell'ampia sovrapposizione tematica tra le attribuzioni dell'UE nelle relazioni esterne e le questioni che di norma vengono trattate dall'AG¹³. Ad esempio, materie quali il mantenimento della pace, la promozione e tutela dei diritti dell'uomo, l'ambiente e la cooperazione allo sviluppo, che coprono una buona parte dei temi trattati dall'organo assembleare dell'ONU, sono di competenza (in buona parte) concorrente dell'Unione. Inoltre, nel caso in cui l'AG tratti della conservazione e gestione delle risorse biologiche marine, la materia, ai sensi dell'art. 3 TFUE, è di competenza esclusiva dell'UE. Si potrebbe quindi affermare che i casi di deroga alla regola dell'intervento *ratione materiae* ai lavori dell'AG, per quanto significativi, siano ridotti.

Analogamente, la portata innovativa della possibilità accordata all'UE di effettuare gli interventi tra i *major groups* va considerata alla luce della prassi precedentemente affermata. In base a tale prerogativa, l'Unione interviene ai dibattiti prima dei componenti dell'AG e degli altri osservatori e ciò in quanto i *political groups* operanti nell'ONU¹⁴ possono prendere la parola per primi

concept d'organization internationale, in D. DORMOY (dir.), *L'Union européenne et les organisations internationales*, Bruxelles, 1997, p. 47 s.

¹¹ Cfr. *Guidelines for implementation of General Assembly resolutions granting observer status on a regular basis to certain intergovernmental organizations, the Palestine Liberation Organization and the national liberation movements in Africa*, in *United Nations Juridical Yearbook*, 1975, II, p. 164 ss.

¹² Tale possibilità è esclusa anche quando l'osservatore è uno Stato. Cfr. *Question whether a State participating as an observer on a committee of limited membership can become a co-sponsor of a proposal before the committee*, in *United Nations Juridical Yearbook*, 1983, II, p. 169.

¹³ Ai sensi dell'art. 10 della Carta ONU, l'Assemblea può discutere di ogni questione o argomento che rientri tra i fini della stessa Carta, ovvero qualsiasi materia.

¹⁴ Questi i *political groups* operanti presso l'ONU: G77 e Cina (132 Stati), Paesi non allineati (117 Stati), Conferenza islamica (56 Stati), Lega degli Stati arabi (21 Stati), Unione africana (53 Stati), Unione europea (27 Stati) e JUSCANZ (15 Stati).

nell'ambito dei lavori assembleari. Ciò configura una deroga all'ordine di intervento ai lavori, secondo cui gli osservatori prendono la parola dopo i membri dell'AG¹⁵, ma va anche considerato che finora l'UE ha potuto ugualmente esprimere la propria posizione tra i *major groups* attraverso la Presidenza semestrale, che ne esprimeva la posizione all'inizio del dibattito¹⁶. Pertanto, sebbene costituisca uno sviluppo rilevante, tale prerogativa rappresenta in sostanza la formalizzazione di una prassi già esistente, i cui effetti, sul piano pratico, attengono soprattutto all'imputazione diretta all'Unione degli interventi effettuati a suo nome.

Quanto, infine, alla possibilità di presentare proposte o emendamenti – forse la più rilevante delle nuove prerogative – se da una parte essa non trova riscontro nella prassi delle organizzazioni internazionali che partecipano ai lavori dell'AG, dall'altra appare “calibratamente depotenziata”, ovvero sottoposta a condizioni di esercizio che ne limitano l'innovatività e l'effettività. Infatti, le proposte o gli emendamenti possono essere presentati dall'UE previo accordo dei suoi Stati membri, in forma verbale e senza alcuna garanzia di trattazione in seduta, in quanto la loro discussione e messa in votazione dipendono dalla circostanza che uno Stato dell'UE, nell'esercizio delle prerogative di membro dell'ONU, ne faccia richiesta. Non sembra quindi di trovarsi di fronte ad un diritto di iniziativa sugli atti, quanto piuttosto ad una sorta di pre-iniziativa verbale, la cui efficacia dipende dalla volontà dei titolari del vero e proprio diritto di iniziativa.

Per quanto innovative e suscettibili di ulteriori sviluppi, le prerogative di cui si è dato conto non sembrano configurare dei poteri straordinari, né avallano l'ipotesi della creazione di un “superosservatore”. Esse sembrano piuttosto l'espressione concreta di quella che è stata definita “participation in substantive issues”¹⁷, il cui fine è di consentire all'UE di partecipare ai lavori assembleari in modo più attivo di quanto sia di norma concesso ad un osservatore tradizionale.

Che l'Assemblea non abbia inteso creare un superosservatore è peraltro testimoniato dalla circostanza che alcune delle prerogative aggiuntive costituiscono il risultato di un ridimensionamento *in peius* di quanto previsto dalla proposta approvata in seduta¹⁸. Questa era più permissiva e consentiva all'UE di sollevare mozioni d'ordine (prerogativa poi eliminata), di presentare proposte e emendamenti senza limitazione di forma e di esercitare il diritto di replica senza limiti di intervento per ogni questione trattata. Effettivamente, tale proposta, se approvata, avrebbe potuto avallare l'ipotesi della concessione di uno *status* particolare, non foss'altro perché avrebbe conferito all'UE delle prerogative analo-

¹⁵ Cfr. *Practice of the General Assembly and its main committees regarding statements by observers*, in *United Nations Juridical Yearbook*, 1982, II, p. 160.

¹⁶ Tale circostanza, riportata dagli addetti ai lavori, è confermata anche da M. ARPIO SANTA-CRUZ, *L'Union européenne et l'action des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme*, in D. DORMOY (dir.), *op. cit.*, p. 286.

¹⁷ Così R. G. SYBESMA-KNOL, *op. cit.*, p. 38 ss.

¹⁸ Proposta di risoluzione A/65/L.64/rev.1 del 21 aprile 2011; del tutto simile è la proposta di risoluzione A/65/L.67, naufragata nella seduta del 14 settembre 2010.

ghe a quelle che la risoluzione dell'AG 52/250 del 13 luglio 1998 aveva concesso alla Palestina quale osservatore, sulla cui eccezionalità la dottrina si è espressa in modo pressoché unanime¹⁹.

3. Che la risoluzione 65/276 non intendesse fare dell'UE un osservatore privilegiato è altresì confermato dalla possibilità che le stesse prerogative potranno essere estese in futuro ad altre organizzazioni internazionali.

L'atto dell'Assemblea precisa infatti che la *membership* resta riservata agli Stati e che, sulla scorta delle prerogative assegnate all'Unione, l'AG potrà stabilire analoghe modalità di partecipazione per altre organizzazioni regionali che già possiedano lo *status* di osservatore e i cui rappresentanti possano esprimersi per conto dell'ente e dei suoi Stati membri. Può già dirsi che, in prima istanza, tale sembrerebbe la prospettiva della Comunità caraibica, dell'Unione africana e della Lega araba, sul cui ampliamento delle prerogative è atteso il supporto dell'UE, come affermato in seduta dai rappresentanti di Bahamas, Nigeria e Sudan²⁰. La risoluzione parrebbe quindi aver gettato le basi per l'avvio di una nuova prassi in seno all'AG, nell'ambito della quale definire delle modalità di partecipazione che affranchino le organizzazioni internazionali osservatrici dal mero "sitting and listening"²¹ per consegnarle ad un ruolo maggiormente attivo.

Tale partecipazione qualificata ai lavori assembleari potrà certamente risultare funzionale al rafforzamento del multilateralismo e della cooperazione tra l'ONU e gli enti regionali, aspetti che il preambolo della risoluzione richiama espressamente e sui quali si registra una convergenza di contenuti proprio con riguardo all'ordinamento giuridico dell'UE. Ci si riferisce, in particolare, all'obiettivo del sostegno al multilateralismo efficace quale linea dell'azione esterna dell'Unione, affermato sin dalla comunicazione della Commissione del 10 settembre 2003²² e costituzionalizzato dal Trattato di Lisbona, sia nel TUE che nel TFUE, in termini di rispetto del diritto internazionale e di promozione e sostegno alla cooperazione internazionale²³.

¹⁹ Tra i molti, cfr. S. MARCHISIO, *op. cit.*, p. 115 (che riferisce di una "condizione particolare"), e C. ZANGHÌ, *op. cit.*, p. 144 (il quale parla di "posizione eccezionale" della Palestina).

²⁰ *Press release, 65th General Assembly Plenary, 88th Meeting (AM), GA/11079/Rev. 1.*

²¹ Cfr. R. G. SYBESMA-KNOL, *op. cit.*, p. 36.

²² Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 10 settembre 2003, Unione europea e Nazioni unite: la scelta del multilateralismo, COM(2003)526 def.

²³ Il rispetto del diritto internazionale e dei principi della Carta ONU è al contempo un fondamento (art. 21, par. 1, TUE) ed un obiettivo dell'azione esterna dell'UE (art. 3, par. 5, e art. 21, par. 2, TUE; preambolo TFUE). La conformità ai principi di diritto internazionale è ribadita con riguardo alle azioni di aiuto umanitario (art. 214, co. 2, TFUE) e alla politica di sicurezza e difesa comune (art. 42, par. 1, TUE; Protocollo n. 10 e Dichiarazione n. 13, allegati al Trattato di Lisbona), con la specifica che l'UE e i suoi Stati membri sono vincolati alla responsabilità primaria del CdS in tema di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (Dichiarazione n. 13) e che lo stesso possa "chiedere l'assistenza dell'Unione per attuare d'urgenza missioni avviate ai sensi dei capi VI e VII" (Protocollo n. 10). Quanto alla cooperazione internazionale, l'UE "promuove soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite" e agisce per la facilitazione dello sviluppo sostenibile dei Paesi in via di sviluppo e per l'integra-

Più in generale, una partecipazione maggiormente attiva delle organizzazioni internazionali appare foriera di benefici a breve e medio termine sia per gli osservatori in questione, sia per l'ONU. Infatti, da una parte i primi potranno esprimere il “punto di vista regionale” rispetto alle questioni trattate e contribuire concretamente alla formulazione delle decisioni e dei programmi dell'AG attraverso il sostegno politico, l'apporto tecnico e l'offerta di risorse (finanziarie, tecniche, civili, militari, ecc.), che nel caso di emergenze o situazioni di crisi possono risultare fondamentali²⁴. Ciò potrà accrescere la loro visibilità e forse anche la loro credibilità agli occhi della comunità internazionale. D'altra parte, detta partecipazione risulterà funzionale all'interesse dell'ONU a che le proprie politiche e decisioni “adhered to and popularized and penetrated into many communities as possible, on the State as well as on the regional level, and on the level of special interest groups”, aspetto sul quale la dottrina aveva già posto l'accento con riguardo agli osservatori tradizionali²⁵. Tale elemento risulta ancor più rilevante se si rammenta che l'attuazione e il rispetto di molte decisioni assunte in ambito ONU potranno essere garantiti dagli stessi osservatori, in base alla cooperazione tra organizzazioni internazionali su cui la risoluzione in esame ha posto l'accento.

4. Di fatto, la risoluzione 65/276 costituisce il primo aggiornamento della risoluzione 3208 del 1974, con la quale, come si è detto, era stato concesso lo *status* di osservatore alla CEE.

Nessun aggiornamento era stato apprestato con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht e la nascita dell'UE²⁶, né in occasione delle successive revisioni dei Trattati. Vero è che anche con la nascita dell'UE, e sostanzialmente fino al Trattato di Lisbona, il quadro della rappresentanza esterna era rimasto pressoché immutato:

zione di tutti i Paesi nell'economia mondiale, per il miglioramento dello sviluppo sostenibile e di un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e di buon governo mondiale (art. 21, par. 2, TUE). Nello stesso senso depongono le norme riguardanti la cooperazione tra l'Unione e altre organizzazioni internazionali (art. 21 TUE; art. 220, co. 1, TFUE). In materia di cooperazione allo sviluppo è stabilito che l'UE e gli Stati membri rispettino gli impegni e tengano conto degli obiettivi riconosciuti anche dall'ONU (articoli 208, co. 2, 211 e 212, co. 3, TFUE), mentre le azioni di aiuto umanitario debbono essere “coordinate e coerenti con quelle svolte da organizzazioni e organismi internazionali, specie nell'ambito del sistema delle Nazioni Unite” (art. 214, co. 7, TFUE).

²⁴ Naturalmente, tali apporti dipendono dalle competenze attribuite alle organizzazioni internazionali dai rispettivi atti costitutivi e dalla prassi (sul punto, cfr. D. SAROOSHI, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, 2005), dalle risorse disponibili e dalle modalità cooperative messe in campo con l'ONU, il più delle volte riconducibili a consultazioni regolari con gli organismi sussidiari, con il Segretariato, coi dipartimenti dell'Organizzazione, con le agenzie specializzate e con le strutture preposte ai numerosi programmi e fondi.

²⁵ Cfr. R. G. SYBESMA-KNOL, *op. cit.*, p. 321.

²⁶ Nemmeno per il cambio di denominazione del primo pilastro in “Comunità europea”, che dal punto di vista dell'UE non rivestiva un'importanza solo formale. Come ricorda A. LANG, *op. cit.*, p. 34, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht la CE aveva comunque informato il Segretario generale ONU che essa era divenuta parte dell'Unione.

la CE era rappresentata dalla Commissione e dalla Presidenza semestrale del Consiglio, mentre la PESC era affidata a quest'ultima²⁷.

Con la risoluzione in esame, invece, preso atto del nuovo quadro istituzionale introdotto dal Trattato di Lisbona, è assicurata al Presidente del Consiglio europeo, all'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza (AR), alla Commissione e alla delegazione dell'UE la possibilità di prendere posto nell'area riservata agli osservatori al fine di rappresentare l'Unione.

Rispetto a questa compagine, è presumibile che dalla questione trattata dall'AG dipenderà la scelta del soggetto istituzionale che potrà intervenire, tenuto conto delle disposizioni contenute nel TUE e nel TFUE che disciplinano le politiche dell'UE e delle norme sulla rappresentanza. Ad esempio, le questioni relative alle missioni di pace *ex art.* 43 TUE non potranno che riguardare (e pertanto determinare l'intervento de) l'AR ai sensi degli articoli 27 e 42 TUE.

Non è però scontato che il ricorso al criterio della competenza *ratione materiae* risulti sempre dirimente; infatti, laddove sullo stesso ambito d'azione dell'UE la rappresentanza sia attribuita a più figure istituzionali, in assenza di specifici criteri sugli ambiti di azione i rischi di sovrapposizione sono possibili.

È il caso, ad esempio, della PESC²⁸; mentre l'art. 15 TUE assegna al Presidente del Consiglio europeo la rappresentanza esterna in tale ambito "al suo livello e in tale veste" e fatte salve le competenze dell'AR, quest'ultimo ai sensi dell'art. 27 TUE "rappresenta l'Unione per le materie che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune" e ne esprime la posizione nelle organizzazioni e conferenze internazionali. In dottrina si è affermato che l'inciso "al suo livello e in tale veste" definisce gli ambiti di intervento del Presidente, quindi, considerando il ruolo politico e di *primus inter pares* nel Consiglio europeo²⁹, si potrebbe affermare che egli rappresenta l'Unione nei consessi più rilevanti e nelle riunioni a più alto livello – ad esempio quelli formati da capi di Stato e di governo – mentre all'AR, che riveste un ruolo maggiormente direttivo ed esecutivo in ambito PESC³⁰, spetterebbe di rappresentarla in tutti gli altri casi³¹.

Qualche dubbio potrebbe sorgere anche per le materie disciplinate dal TFUE. L'art. 17, par. 1, TUE afferma che la Commissione assicura la rappresentanza esterna dell'UE con l'eccezione della PESC, per cui il Presidente o il Commissario interessato *ratione materiae* possono attendere a tale compito laddove venga in rilievo una politica regolata dal TFUE, come nel caso della cooperazione internazionale o degli aiuti umanitari. Ciò detto, l'art. 18, par. 4, TUE dispone che l'AR

²⁷ Così l'art. 18, par. 1, TUE previgente.

²⁸ Cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, IV ed., p. 72.

²⁹ Cfr. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Milano, 2009, V ed., p. 107 ss.

³⁰ Cfr. gli articoli 22, 30 e 42 TUE (sul potere di iniziativa in ambito PESC), 16 e 18 TUE (sul *chair* del Consiglio Affari esteri), 24, 26 e 27 TUE (sull'attuazione della PESC) e 42 TUE (per l'attuazione della Politica di sicurezza e difesa comune).

³¹ In proposito, cfr. R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, pp. 47 e 49.

sia uno dei Vicepresidenti della Commissione, che vigili sulla coerenza dell'azione esterna³² e che sia “incaricato delle responsabilità che incombono a tale istituzione nel settore delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell'azione esterna dell'Unione”. Inoltre, ai sensi dell'art. 220 TFUE, l'AR garantisce l'attuazione di “ogni utile forma di cooperazione con gli organi delle Nazioni Unite e degli istituti specializzati” dell'Organizzazione. Ci si potrebbe quindi domandare se tali disposizioni assegnino all'AR un potere di rappresentanza in ambito TFUE. Ebbene, si può ritenere che la risposta sia solo in parte affermativa; infatti, fermo restando che l'art. 17, par. 1, TUE assegna formalmente detto potere alla Commissione, non si può escludere che, presi i dovuti accordi col Presidente ed i commissari competenti, il Vicepresidente di diritto possa rappresentare l'Unione anche quando la questione trattata riguardi una materia disciplinata dal TFUE. Resta però inteso che, in tali casi, l'AR agirebbe nella sua veste di componente del collegio, quindi l'esercizio della rappresentanza dell'UE discenderebbe in ogni caso dall'art. 17, par. 1, TUE, e non dalle altre disposizioni citate.

La risoluzione 65/276 consente anche alla delegazione dell'UE presso l'ONU di prendere posto nell'area destinata agli osservatori, atteso che, ai sensi dell'art. 221, co. 1, TFUE, le delegazioni assicurano la rappresentanza dell'Unione nei Paesi terzi e presso le organizzazioni internazionali. In proposito, va rammentato che con l'approvazione della decisione del Consiglio 2010/427/UE³³, il *network* delle delegazioni è confluito nel Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE); l'allegato, che reca l'elenco delle strutture amministrative afferenti, indica espressamente gli uffici di collegamento (con l'ONU) di New York e Ginevra. Il SEAE, come già le delegazioni, è posto sotto l'autorità dell'AR³⁴ e tale rapporto di dipendenza lascia intendere che non si dovrebbero verificare problemi di sovrapposizione tra l'attività della delegazione UE presso l'ONU e quella delle altre figure istituzionali titolari della funzione di rappresentanza, compresa la Commissione. Ne dà conferma l'art. 5 della decisione 2010/427/UE, secondo cui il capodelegazione riceve istruzioni dall'AR e dalla Commissione, conformemente (*sic*) all'art. 221, co. 2, TFUE, che afferma la preminenza dell'AR sulle delegazioni. Quanto detto suggerisce inoltre che l'attività delle delegazioni copre gli ambiti TUE e TFUE, quindi, in definitiva, la delegazione UE all'ONU potrà rappresentare l'Unione per tutte le questioni riguardanti la sua azione esterna³⁵, ricevendo

³² Si rammenta che, ai sensi dell'art. 21, par. 3, TUE, l'AR assume anche un ruolo *ex ante* nel conseguimento della coerenza dell'azione esterna dell'Unione.

³³ Decisione 2010/427/UE del Consiglio, del 26 luglio 2010, che fissa l'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna, *GUUE* L 201, 3 agosto 2010, p. 30 ss. In dottrina, cfr. M. GUINEA LLORENTE, *El Servicio europeo de acción exterior: génesis de una diplomacia europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2010, p. 761 ss., e B. VAN VOOREN, *A Legal-institutional Perspective on the European External Action Service*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 475 ss.

³⁴ Cfr. l'art. 27, par. 3, TUE e, con riguardo alle delegazioni, l'art. 221, co. 2, TFUE.

³⁵ Sull'azione esterna dell'UE, cfr. P. CRAIG, *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford, 2010, p. 388 ss., e P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, 2011, pp. 11-69 e 439 ss.

ed attuando le direttive che le verranno impartite dall'AR/Vicepresidente della Commissione³⁶.

La numerosità dei soggetti dotati di poteri di rappresentanza e i problemi di sovrapposizione che potrebbero verificarsi renderanno necessario apprestare un coordinamento preventivo rispetto alla partecipazione dell'UE ai lavori dell'AG. Tale necessità si impone soprattutto perché la Presidenza semestrale non attende più a tale compito. Come noto, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona i lavori presso l'AG sono stati diretti ed organizzati esclusivamente dalla Presidenza semestrale, la quale, prima dell'inizio di ogni sessione, provvedeva a far circolare presso il Consiglio dei ministri UE e nei *working groups* collegati il documento ricognitivo degli argomenti di prossima discussione, per la sua valutazione, revisione ed approvazione. Il documento approdava poi, per un supplemento di negoziazione, sul tavolo della delegazione di New York, attorno al quale sedevano il Segretariato del Consiglio, la Commissione e i rappresentanti degli Stati membri. Il risultato di questo coordinamento *in progress*³⁷ era costituito dalla posizione dell'UE rispetto ai lavori dell'Assemblea³⁸. Gli interventi erano poi pronunciati in seduta dalla Presidenza e dalla Commissione, a volte in stretta successione tra loro³⁹. Si trattava di un lavoro di organizzazione

³⁶ Per B. VAN VOOREN, *op. cit.*, p. 492, “[t]he diplomatic service is certainly part of a ‘command structure’ which runs vertically via the High Representative, then through to the Council and up to the European Council, with a strand of accountability connecting it to Parliament”.

³⁷ Il fondamento di questo coordinamento riposava sugli articoli 19 TUE e 180 TCE, che stabilivano la necessità di coordinare l'azione degli Stati membri e di questi con la CE nelle organizzazioni internazionali e in occasione di conferenze internazionali, oltre che sul principio di leale cooperazione *ex art.* 10 TCE.

³⁸ Su tali aspetti, cfr. E. PAASIVIRTA, D. PORTER, *EU Coordination at the UN General Assembly and ECOSOC: A View from Brussels, a View from New York*, in J. WOUTERS, F. HOFFMEITSER, T. RUYTS (eds.), *The United Nations and the European Union: An Ever Stronger Partnership*, The Hague, 2006, in particolare p. 38 ss. Più di recente, M. B. RASCH, *The European Union at the United Nations. The Functioning and Coherence of EU External Representation in a State-centric Environment*, Leiden, 2008, p. 35 ss., e K. V. LAATIKAINEN, A. DEGRAND-GUILLAUD, *Two Logics, One Treaty: The Lisbon Treaty and EU Foreign Policy in Brussels and at the UN*, in *Studia Diplomatica*, 2010, n. 1, p. 4 ss.

³⁹ Ne danno conto F. HOFFMEISTER, P. J. KUIJPER, *The Status of the European Union at the United Nations: Institutional Ambiguities and Political Realities*, in J. WOUTERS, F. HOFFMEITSER, T. RUYTS (eds.), *op. cit.*, p. 9: “Let us begin with a little anecdote: it is the last week of October 2005. Imagine you are the legal advisor to Brazil in the 6th Committee of the UN General Assembly and you take part in the discussion concerning the annual report of the International Law Commission (ILC) on the subject ‘responsibility of international organizations’, which is in the process of being codified. The following scene plays out before your eyes and ears: ‘Mr Chairman, I have the honour to speak on behalf of the EU and the acceding countries Bulgaria and Romania’. The person welcomes the progress made by the ILC, and then he announces a change behind the name plate. He states: ‘With your consent, I would like the remainder of the Statement to be delivered by the representative of the European Commission, (...). He will express the view of the European Community on those points which are directly relevant to the Community’. You see someone descending from the row of observers above the British delegation’s place. He takes the place of the UK delegate and continues to speak. You suddenly realize there’s a change in the accent and it is probably no longer an Englishman speaking, but you concentrate on the substance

complesso, “a heavy burden of significant responsibility and extreme workload on its [della Presidenza] shoulders”⁴⁰, che il Trattato di Lisbona ha consegnato all’Unione, ed in particolare ai soggetti istituzionali abilitati a rappresentarla.

Si può ritenere che tale attività complessa debba comprendere la definizione *a priori* del contenuto degli interventi ed il soggetto che dovrà pronunciarli, così da garantire che l’operato del Presidente del Consiglio europeo, dell’AR, della Commissione e della delegazione dell’UE in ambito ONU si traduca in un’azione coesa e coerente e sia garantita l’unità della rappresentanza internazionale dell’Unione⁴¹. Inoltre, atteso che la gestione della partecipazione dell’Unione ai lavori dell’AG potrà in prima battuta risultare difficoltosa, soprattutto per la delegazione UE, non è escluso che detto coordinamento comprenda un avvicendamento graduale con le Presidenze semestrali, continuando a coinvolgerle – in una sorta di *l’union fait la force!* – sul piano operativo. Ciò potrà porre una seconda questione organizzativa: se le Presidenze, pur prive di poteri di rappresentanza, potranno ancora giocare un ruolo presso l’ONU, sarà necessario che il loro contributo sia reso nel rispetto delle norme sulla rappresentanza esterna. A riguardo, una timida conferma giunge dal recente *General arrangement EU Statements in multilateral organisations*, adottato il 22 ottobre 2011 dal Consiglio dell’Unione⁴². Il documento, il cui scopo è di definire delle modalità condivise, tra l’UE e gli Stati membri, di stesura e pronuncia delle dichiarazioni dell’Unione negli enti multilaterali⁴³, rammenta che “[t]he EU Treaties provide for close and sincere cooperation between the Member States and the Union” e afferma che gli *EU actors* (come l’intesa definisce il Presidente del Consiglio europeo, l’AR, la Commissione e le delegazioni) e gli Stati membri “coordinate their action in international organisations to the fullest extent possible as set out in the Treaties”.

Tale coordinamento preventivo potrà quindi trovare nella leale cooperazione un efficace principio regolatore. Infatti, con riguardo ai rapporti tra *EU actors*,

and you provisionally conclude for yourself that the speaker must be European. Later on, you look at the distributed printout of the statement, which is entitled: ‘Responsibility on international organizations – Statement on behalf of the European Union and the European community’, indicating the names of the UK and Commission Legal Adviser who spoke”.

⁴⁰ Così M. B. RASCH, *op. cit.*, p. 35.

⁴¹ Sulla coerenza dell’azione esterna, cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 133 s., M. CREMONA, *Coherence in European Union Foreign Relations Law*, in P. KOUTRAKOS (ed.), *European Foreign Policy*, Cheltenham, 2011, p. 55 ss., e, della stessa A., *Coherence Through Law: What Difference Will the Treaty of Lisbon Make?*, in *Hamburg Review of Social Sciences*, 2008, p. 11 ss. In giurisprudenza, anche con riguardo all’unità della rappresentanza internazionale, cfr. *inter alia* il parere della Corte di giustizia del 19 marzo 1993, causa C-2/91, *Convenzione n. 170 dell’Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l’impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, *Raccolta*, p. I-1083, punto 36.

⁴² Cfr. Doc. 15901/11, Brussels, 24 ottobre 2011.

⁴³ L’intesa afferma la necessità di definire preliminarmente il contenuto dei discorsi pronunciati a nome dell’Unione, che deve poggiare su di una posizione dell’UE adottata in base alle disposizioni dei Trattati (cfr. articoli 25 e 29 TUE), e indica la possibilità che gli Stati membri decidano di farsi rappresentare, negli enti multilaterali, da un *EU actor* o dalla Presidenza semestrale.

si può sostenere che il principio espresso dall'art. 13, par. 2, TUE, che afferma la leale cooperazione tra le istituzioni, possa comprendere sia il coordinamento tra la Commissione e gli altri soggetti abilitati a rappresentare l'Unione, sia i rapporti tra il Presidente del Consiglio europeo, l'AR ed il SEAE. Considerato che non tutti gli *EU actors* possiedono il rango sancito dall'art. 13 TUE, il principio in questione riceverebbe quindi un'applicazione estensiva, che coinvolgerebbe figure istituzionali che, pur dotate di poteri di rappresentanza, non sono delle istituzioni. Tale estensione appare uno sviluppo possibile, se si rammenta che il principio di leale cooperazione, che ha avuto origine nel contesto degli accordi misti, è stato poi ampliato in via pretoria proprio al dialogo interistituzionale⁴⁴. Quanto al coordinamento con le Presidenze, si può affermare che esso possa fondarsi sul principio di leale cooperazione *ex art. 4, par. 3, TUE*, secondo cui l'UE e i suoi membri si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati e questi ultimi facilitano la prima nell'assolvimento delle proprie incombenze, oltre che sul (del tutto simile) principio di lealtà e solidarietà alla PESC espresso dall'art. 24, par. 3, TUE. In questo caso, è chiaro che la leale cooperazione comporta anche il rispetto delle norme dei Trattati sulla rappresentanza esterna dell'UE e può comprendere la messa in campo di modalità operative condivise con gli Stati membri, col fine primario di garantire un'adeguata partecipazione dell'Unione ai lavori dell'AG.

5. I lavori della 66^a sessione dell'AG, che hanno preso avvio lo scorso 13 settembre, hanno costituito una occasione utile per esercitare le prerogative concesse dalla risoluzione 65/276 e per verificare l'effettività delle norme sulla rappresentanza esterna dell'Unione.

Va in primo luogo osservato che gli *EU actors* hanno partecipato direttamente ai lavori dell'AG e dei consessi collegati. Nei giorni di apertura della sessione, il Presidente del Consiglio europeo, l'AR, il Presidente della Commissione ed alcuni commissari hanno preso parte a diversi incontri, parlando a nome dell'UE o esprimendone la posizione⁴⁵. Ciò è avvenuto secondo

⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 30 marzo 1995, causa C-65/93, *Parlamento c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-660, punto 23. In dottrina, cfr. M. CREMONA, *Defending the Community Interest: The Duties of Cooperation and Compliance*, in M. CREMONA, B. DE WITTE (eds.), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, Oxford, 2008, p. 157 s.

⁴⁵ In sintesi, l'AR ha partecipato a vari *meetings*, tra cui quelli sul terrorismo, sulla Libia, sulla Somalia, sul Medio oriente, con ciò confermando che la sua funzione di rappresentanza in ambito PESC si esprime laddove il livello dell'incontro non richieda l'intervento del Presidente del Consiglio europeo. Quanto alla Commissione, il Presidente ha preso parte ad una serie di eventi di alto livello, tra cui il *Leaders' Dialogue on Climate Change* finalizzato alla preparazione della conferenza di Durban sul clima del novembre 2011, l'*High-Level Event* sulla sicurezza nucleare e l'*High-Level Event* sulla Libia, nel quale ha esposto il contributo della Commissione nella ricostruzione post-bellica del Paese. Alcuni commissari hanno preso parte ad incontri specifici. Il Commissario allo sviluppo ha preso parte all'*High-Level Group of Sustainable Energy* e ad analoghi consessi aperti su temi quali la crescita sostenibile, la desertificazione, lo sviluppo e l'eradicazione della povertà. Il Commissario alla salute e alla politica dei consumatori ha partecipato all'*High level meeting on the prevention and control of non-communicable diseases* e a colloqui

il criterio della ripartizione delle competenze *ratione materiae* ed in relazione alle norme sulla rappresentanza, con la sola eccezione del Presidente del Consiglio europeo, i cui interventi – pronunciati in consessi di livello adeguato, come previsto dall’art. 15 TUE – sono stati caratterizzati da una certa varietà di contenuti, non sempre riconducibili alla PESC. Ci si riferisce, ad esempio, al discorso pronunciato in Assemblea il 22 settembre 2011, nel quale esso si è soffermato su temi quali i cambiamenti climatici e lo sviluppo sostenibile, o all’intervento nell’*High Level Meeting* sulla Libia del 20 settembre, durante il quale ha illustrato le diverse modalità di intervento dell’UE a favore della ricostruzione del Paese. Questa prassi sembra indicare che la partecipazione degli *EU actors* sia stata definita preliminarmente e che, quindi, le forme di coordinamento prima auspiccate siano state realizzate nella prima fase della 66^a sessione. Ne darebbe conferma soprattutto la varietà dei temi toccati dai discorsi del Presidente Van Rompuy; in mancanza di accordi preventivi, infatti, tali interventi, in parte riconducibili a materie regolate dal TFUE, sarebbero potuti apparire come pronunciati *ultra vires*.

Oltre a tale coordinamento, si deve dare conto di una forma di divisione del lavoro che ha trovato espressione concreta una volta che il Presidente del Consiglio europeo, l’AR e la Commissione hanno lasciato New York. Infatti, nel prosieguo della 66^a sessione, l’attività di rappresentanza dell’Unione è stata svolta dalla delegazione UE e dalle Presidenze semestrali. Ebbene, mentre le attività seguite dalla delegazione⁴⁶ trovano corrispondenza nel quadro normativo sulla rappresentanza esterna e nella risoluzione 65/276, può destare qualche dubbio la circostanza che le Presidenze abbiano svolto attività di rappresentanza

bilaterali col Direttore dell’OMS ed alcuni ministri della salute di Stati partecipanti alla 66^a sessione dell’AG. Il Commissario alla cooperazione internazionale, all’aiuto umanitario e alla risposta alle crisi è intervenuto all’*UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs* (OCHA) e all’*UN World Food Programme*, dando conto dell’azione dell’Unione nel Corno d’Africa, e ha partecipato ad una serie di *meetings* bilaterali e multilaterali, anche a margine della 66^a sessione. Infine, il Commissario per il cambiamento climatico ha preso parte ad alcuni *high-level meetings* sulla preparazione della Conferenza di Durban e ad un incontro sulla sostenibilità globale. Cfr. il sito www.europa-eu-un.org.

⁴⁶ La delegazione ha seguito buona parte dei lavori sulle proposte di risoluzione sui diritti del bambino, sulla sicurezza del personale umanitario e sull’eliminazione di ogni forma di intolleranza e discriminazione basata sulla religione. Nei *committees*, ha partecipato, tra l’altro, alla discussione delle risoluzioni sui diritti dei popoli indigeni, sulla protezione dei diritti umani, sull’indipendenza dei Paesi coloniali e dei loro popoli, sugli effetti delle radiazioni atomiche, oltre che all’audizione sui lavori dell’agenzia ONU sui rifugiati palestinesi, al *question-time* sul rapporto dell’Alto Commissariato per i rifugiati, al dibattito sul rapporto del Comitato speciale incaricato di indagare sulla violazione dei diritti dei palestinesi da parte di Israele e, infine, alla consultazione informale sui diritti umani. In Assemblea, ha poi partecipato alla discussione dei *reports* della Corte penale internazionale, del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, dell’IAEA e del Segretario generale su vari argomenti, oltre che al dibattito sulla situazione in Afghanistan e Palestina, sul diritto del mare (con riguardo alla pesca) e ai *round tables* sulle questioni finanziarie e monetarie legate alla crisi economica in corso. Cfr. l’*United Nations Journal*, periodico destinato alle delegazioni operanti presso l’ONU, www.un.org.

dell'Unione. Per fare alcuni esempi, la Presidenza semestrale polacca (fino a dicembre 2011) ha seguito i lavori informali sulle bozze di risoluzione sulle mine antiuomo o sulla situazione sociale della famiglia, ha pronunciato alcuni discorsi in materia di promozione e protezione dei diritti umani e, in Assemblea, ha tenuto degli interventi sulla necessità di far cessare l'embargo imposto dagli USA contro Cuba e sull'agenda del disarmo e della sicurezza internazionale; inoltre, la Presidenza semestrale danese (da gennaio 2012) ha parlato a nome dell'Unione in sede di definizione dell'agenda dei lavori 2012 della *Disarmament Commission*.

Poiché si tratta di attività di rappresentanza circoscritte a questioni specifiche, si può ritenere che siano state concordate a monte con gli *EU actors*, in particolare la delegazione UE, col fine di garantire il buon esito della partecipazione dell'Unione alla 66^a sessione. Ne darebbero conferma alcune circostanze. Innanzitutto, la Presidenza semestrale polacca ha svolto alcune attività in modo concorrente alla delegazione UE, come nel caso dei lavori relativi alle proposte di risoluzione sui diritti del bambino. È presumibile che in assenza di un coordinamento preventivo tali attività parallele non si sarebbero potute svolgere senza incorrere in frizioni di carattere istituzionale. In secondo luogo, non si ha notizia di proteste sulle attività delle Presidenze da parte delle istituzioni o di figure quali l'AR, le quali avrebbero, nel caso, potuto lamentare il mancato rispetto del quadro normativo sulla rappresentanza dell'UE. Infine, come prima indicato, non è da escludere che tali attività siano espressione di un supporto operativo della Presidenza alla delegazione UE nell'ambito del nuovo ed impegnativo compito di gestione *in loco* della partecipazione dell'Unione ai lavori assembleari.

Tale suddivisione del lavoro appare significativa sotto diversi punti di vista. In primo luogo, essa testimonia la volontà degli Stati membri di dare applicazione alle norme dei Trattati che regolano la rappresentanza; non è un dato scontato, in quanto, come prospettato in dottrina, non era escluso il rischio di una “certa propensione della Presidenza di turno del Consiglio ad esercitare ancora un ruolo sulla scena internazionale”⁴⁷, che si sarebbe potuta concretizzare in attività di rappresentanza dell'UE intraprese unilateralmente. In tal senso, detta volontà è da salutare con favore, in quanto in linea con il principio di leale cooperazione *ex art.* 4, par. 3, TUE e con l'obbligo di solidarietà espresso dall'art. 24, par. 3, TUE prima considerati. Inoltre, essa è risultata funzionale alla partecipazione dell'UE alla 66^a sessione e al rispetto delle priorità individuate dal Consiglio affari esteri

⁴⁷ Cfr. A. SANTINI, *Le nuove figure di vertice dell'Unione europea: potenzialità e limiti*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 909 ss.; C. TOMUSCHAT, *Calling Europe by Phone. Guest Editorial*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 6, il quale rilevava che “it should not be overlooked that the Council Presidency will not be totally displaced in the management of external representation. In the General Assembly of the United Nations, in particular, the non-European Member States of the world organization will still witness different institutions speaking on behalf of the European Union, in particular in the field of trade and development policies”; infine, U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 13, per il quale “quando la presidenza spetti ad un Paese ‘forte’, la voce più autorevole dell'Unione può risultare quella del capo del governo di tale Paese”.

del 20 giugno 2011⁴⁸. Infine, in una prospettiva più ampia, essa ha giovato all'accredimento della credibilità dell'Unione sul piano internazionale. La questione non è certamente nuova; come era già stato affermato in dottrina con riguardo agli osservatori tradizionali, “the credibility of observers from international organizations is challenged from two sides: from inside, where its Member States, jealous of their sovereign rights, are unwilling to accord any right of representation to their organization as such (...), but also from outside, where their status is constantly challenged (...) as not being in accordance with the character of the UN as an *organization of States*”⁴⁹. Rispetto a tale osservazione, ancora attuale, c'è da augurarsi che la prima prassi applicativa della risoluzione 65/276 trovi un seguito nelle future sessioni dell'AG e che il concorso operativo delle Presidenze semestrali sia sempre ispirato alla leale cooperazione e al rispetto del quadro normativo sulla rappresentanza dell'UE.

6. Lo *status* di osservatore presso l'AG, come riformulato dalla risoluzione 65/276, si aggiunge alle modalità attraverso le quali l'UE partecipa, a diverso titolo, ad altre organizzazioni internazionali.

Come noto, l'Unione è membro di alcune organizzazioni internazionali – ad esempio, la FAO dal 1991 e l'OMC dal 1994 – e partecipa (o ha partecipato) a pieno titolo ad alcune commissioni e conferenze ONU, come la Commissione del *Codex Alimentarius* (cui aderisce dal 2003) o il *World Food Summit* del 2002. L'UE è parte dell'UNCLOS e partecipa alle sue conferenze annuali ed è anche parte di organizzazioni regionali sulla pesca e di accordi in materia di ambiente e cambiamento climatico, trasporti, energia, cambiamento e sviluppo economico⁵⁰.

L'Unione è osservatore presso molti enti internazionali, commissioni e conferenze, anche del sistema ONU⁵¹. Le prerogative ad essa accordate variano a seconda della organizzazione o sede concedente, sicché lo *status* di osservatore dell'UE non trova univocamente espressione in un pacchetto *standard* di prerogative, ma tende, al contrario, ad assumere un diverso “peso ponderale”. In alcune organizzazioni essa è o era un *observateur traditionnel*, condizione che conferisce prerogative basilari di partecipazione, anche di natura protocollare, che si possono ricondurre al già citato “sitting and listening”. Ad esempio, l'osservatore tradizionale ha diritto di intervento, ma è limitato ai *meetings* formali, deve essere esercitato in coda agli interventi dei componenti a pieno titolo ed ha una durata contingente. Così è stato per la CEE presso

⁴⁸ Cfr. doc. 11824/1/11 REV 1 Presse 181.

⁴⁹ Così R. G. SYBESMA-KNOL, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁰ Una panoramica aggiornata è in K. E. JØRGENSEN, R. A. WESSEL, *The Position of the European Union in (Other) International Organizations: Confronting Legal and Political Approaches*, in P. KOUTRAKOS (ed.), *op. cit.*, p. 261 ss.

⁵¹ Sullo *status* dell'Unione presso organi e conferenze ONU, cfr. F. HOFFMEISTER, P. J. KUIJPER, *op. cit.*, p. 9 ss. e p. 401 ss. Con riguardo ad altre organizzazioni e conferenze internazionali, cfr. F. HOFFMEISTER, *Outsider or Frontrunner? Recent Developments under International and European Law on the Status of the European Union in International Organizations and Treaty Bodies*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 41 ss.

l'Unione europea occidentale o per l'UE presso l'AG nella vigenza della risoluzione 3208 del 1974. In altre organizzazioni, invece, l'Unione partecipa ai lavori come *enhanced observer* (o *plein participant*), cioè avvalendosi di maggiori e più incisive prerogative rispetto a quelle accordate agli osservatori tradizionali. È il caso, ad esempio, del diritto di intervento in qualsiasi momento, del pieno diritto di proposta o emendamento o della possibilità di rivestire la funzione di *rapporteur*. Tale è la posizione dell'UE nell'OSCE, nel Consiglio d'Europa o presso alcuni organi o istituti specializzati dell'ONU, come l'ECOSOC, l'IAEA o l'OMS. L'ampiezza delle prerogative aggiuntive dipende comunque dalla organizzazione concedente, quindi non è detto che l'Unione goda delle stesse possibilità di azione in tutti gli enti internazionali in cui è presente come *enhanced observer*.

In tale spettro di *status*, si può affermare che le prerogative concesse dalla risoluzione 65/276 allontanano l'UE dalla condizione di *observateur traditionnel* per avvicinarla a quella di *enhanced observer*, senza però raggiungerla pienamente. L'Unione avrebbe ottenuto tale *status* speciale qualora fosse stata adottata la proposta di risoluzione approvata in seduta, che, come si è visto, prevedeva prerogative più ampie di quelle ottenute. Per l'UE la condizione di *enhanced observer* resta comunque un traguardo desiderabile e raggiungibile nel tempo, come è già accaduto presso le organizzazioni internazionali la cui attività coincideva *ratione materiae* con le competenze esclusive o concorrenti (soprattutto) della CE, ad esempio il Consiglio d'Europa⁵². Ciò detto, è chiaro che sviluppi di tale natura dipendono dalla volontà delle organizzazioni concedenti di estendere l'alveo delle prerogative dei loro osservatori, più che dagli intendimenti espressi da questi ultimi.

7. La risoluzione 65/276 non incide sulla possibilità dell'UE di partecipare ai lavori del CdS, sebbene l'allegato che elenca le prerogative accordate all'osservatore si intitoli *Participation of the European Union in the work of the United Nations*.

Va *in primis* rammentato che non è prevista la partecipazione di osservatori al CdS. L'art. 32 della Carta dell'ONU prevede che Stati non membri dell'organo o dell'Organizzazione che siano parti in una controversia all'esame del Consiglio possono essere invitati a partecipare alle sue riunioni, ma la norma non sembra riguardare le organizzazioni internazionali⁵³, come anche confermato dalla prassi⁵⁴. Se l'art. 32 non può costituire il fondamento della partecipazione delle organizzazioni internazionali ai lavori del CdS, l'art. 39 delle *Provisional Rules of Procedures of the Security Council* può invece attendere

⁵² Cfr. E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, Napoli, 2008, p. 32.

⁵³ Lo stesso deve dirsi per l'art. 31 della Carta ONU, che ha per destinatari gli Stati membri dell'Organizzazione che non siano anche membri del CdS.

⁵⁴ L'art. 32 ha quindi per destinatarie le entità statali, come affermato da A. LANG, *op. cit.*, p. 34 ss. Sull'applicazione della norma ai governi insurrezionali o formati su porzioni di territorio controllate da Stati membri dell'ONU, cfr. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2010, VIII ed., p. 103 s.

a tale funzione, in quanto consente al Consiglio di invitare ai propri lavori “persons, whom it considers competent for the purpose, to supply it with informations or to give other assistance in examining matters within its competence”, che possono anche essere funzionari di un ente internazionale o soggetti che possono esprimerne la posizione⁵⁵.

Alla luce delle norme sulla rappresentanza dell’UE e considerata la prassi ad oggi intervenuta, sembra che la partecipazione *ex art. 39* delle *Provisional Rules* ai lavori del CdS riguardi soprattutto l’AR e la delegazione UE presso l’ONU.

Quanto al primo, l’art. 34, par. 2, TUE stabilisce che gli Stati UE che sono membri permanenti e non permanenti del CdS chiedano che sia l’AR ad essere invitato a presentare la posizione dell’Unione, qualora stabilita, su un tema posto all’attenzione del Consiglio. La norma indica quindi *a priori* la figura istituzionale cui garantire la partecipazione a nome dell’UE, di fatto individuando la persona che può essere considerata “competent for the purpose” ai fini del citato art. 39. Sebbene l’art. 34 TUE riguardi le posizioni PESC, non è comunque escluso che l’AR/Vicepresidente della Commissione possa riferire al CdS anche su aspetti delle relazioni esterne disciplinati dal TFUE, qualora concorrano a determinare la posizione dell’UE. Inoltre, la stessa norma sembra escludere, almeno in linea di principio, che la posizione dell’UE in ambito PESC possa essere espressa dal Presidente del Consiglio europeo nell’esercizio del potere di rappresentanza *ex art. 15* TUE. Rispetto a tali questioni, la prassi offre alcune conferme; tra il 2010 ed il 2011 Mrs. Ashton ha talora avuto modo di partecipare ai lavori del CdS⁵⁶, riferendo della posizione dell’UE in materia di cooperazione tra ONU e organizzazioni regionali nel mantenimento della pace (ma toccando anche temi riconducibili a politiche regolate dal TFUE), mentre non si registrano interventi del Presidente Van Rompuy.

Venendo alla delegazione UE, da tempo il capodelegazione partecipa con regolarità ai lavori del CdS sulla base dell’art. 39 delle *Provisional Rules*. Per riferire della prassi del 2011, gli interventi hanno riguardato singole aree geografiche – ad esempio, la Bosnia-Erzegovina, la Somalia, il Medio Oriente e Haiti – o temi trasversali, come il mantenimento della pace o il cambiamento climatico. L’ampiezza tematica degli interventi non sorprende se si rammenta che le delegazioni si occupano di tutti gli ambiti dell’azione esterna dell’Unione, compresa la PESC, sulla base delle norme dei Trattati e in ragione del già considerato rapporto di subordinazione del SEAE all’AR/Vicepresidente della Commissione.

Ciò detto, è chiaro che il ruolo chiave in seno al Consiglio resta affidato agli Stati dell’UE che vi siedono quali membri permanenti o non permanenti⁵⁷. Per essi l’art. 34, par. 2, TUE (come il previgente art. 19 TUE)⁵⁸ prevede l’obbligo di con-

⁵⁵ Cfr. R. G. SYBESMA-KNOL, *op. cit.*, p. 32 s.

⁵⁶ Trattasi di due interventi, uno tenuto il 4 maggio 2010 (UN Security Council, 6306th meeting, doc. S/PV.6306) e l’altro l’8 febbraio 2011 (UN Security Council, 6477th meeting, doc. S/PV.6477).

⁵⁷ Si rammenta che Germania e Portogallo saranno membri non permanenti fino al 31 dicembre 2012.

⁵⁸ Sulla prassi attuativa dell’art. 19 TUE ed in particolare sui c.d. “art. 19 meetings” quale stru-

certarsi, di tenere pienamente informati gli altri Stati UE e l'AR e di difendere le posizioni e l'interesse dell'Unione⁵⁹. La disposizione è tesa a garantire che gli Stati UE presenti in CdS sostengano la PESC, rinnovando così, con specifico riguardo all'ONU, il contenuto dell'obbligo di solidarietà *ex art. 24, par. 3, TUE*.

Tali obblighi non sono però sufficienti ad affermare il primato della PESC sulle politiche nazionali degli Stati UE che siedono nel CdS. Infatti, l'art. 34 TUE è al suo interno controbilanciato in senso "nazionalistico", laddove precisa che sono fatte salve le responsabilità che incombono, in forza della Carta ONU, sugli Stati UE che sono anche membri del CdS. Inoltre, concorrono a mitigare gli obblighi fissati dall'art. 34 TUE anche le Dichiarazioni n. 13 e n. 14 allegate al Trattato di Lisbona, nelle quali si afferma che le norme PESC lasciano impregiudicate le competenze degli Stati UE nella formulazione e conduzione della loro politica estera e la loro rappresentanza nazionale nei Paesi terzi e nelle organizzazioni internazionali, compresa l'appartenenza al CdS⁶⁰. Tali affermazioni confermano le già note preoccupazioni degli Stati UE di perdere le proprie prerogative in politica estera e i benefici derivanti dall'appartenenza al Consiglio. Inoltre, la Dichiarazione n. 13 precisa che "l'Unione europea e i suoi Stati membri resteranno vincolati dalle disposizioni della Carta dell'ONU e, in particolare, dalla responsabilità primaria del Consiglio di sicurezza e dei suoi membri per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali". L'affermazione, apparentemente tautologica in quanto riproduttiva dell'art. 24 della Carta ONU, potrebbe essere anche letta come indicazione della preminenza delle responsabilità connesse allo *status* di membro del CdS rispetto agli obblighi di informazione, concertazione e lealtà previsti dall'art. 34 TUE⁶¹. Nel complesso, si potrebbe desumere che, al momento, gli Stati non intendano attribuire all'UE un ruolo formalmente e sostanzialmente più significativo in seno al CdS, in quanto tale sviluppo non potrebbe che avvenire a detrimento delle posizioni nazionali. È quindi presumibile che la partecipazione dell'Unione, rispettivamente all'AG e al CdS, possa presentare delle evidenti divergenze di forma e di contenuto.

La questione della partecipazione dell'Unione ai lavori del Consiglio non si esaurisce comunque nell'art. 39 delle *Provisional Rules* o nelle disposizioni del TUE indirizzate agli Stati UE che vi partecipano come membri, ma investe anche l'ampio dibattito sulla riforma dell'ONU e dei suoi organi⁶². Dibattito

mento di informazione e consultazione, cfr. J. VERBEKE, *EU Coordination on UN Security Council Matters*, in J. WOUTERS, F. HOFFMEITSER, T. RUYLS (eds.), *op. cit.*, p. 49 ss., e M. B. RASCH, *op. cit.*, in particolare p. 78 ss.

⁵⁹ L'art. 34 TUE pone ulteriori obblighi a carico degli Stati UE: è infatti previsto che essi, grazie all'AR, coordinino la propria azione nelle organizzazioni e nelle conferenze internazionali e che difendano le posizioni dell'Unione. Nel caso in cui ad alcune organizzazioni e conferenze internazionali non partecipino tutti gli Stati UE, quelli che vi partecipano ne difenderanno le posizioni e terranno informati gli altri Stati e l'AR su ogni questione di interesse comune.

⁶⁰ Così la Dichiarazione n. 14.

⁶¹ Cfr. U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona*, cit., p. 16 s.

⁶² Sul contributo dell'UE, cfr. M. KNUDSEN, *The EU, the UN and Effective Multilateralism*, in *Studia Diplomatica*, 2008, n. 4, p. 145 ss.; F. FRANCONI, *The Role of the EU in Promoting Reform*

che, invero, attualmente sembra alquanto sopito e dal quale non sembra emergere la reale volontà di valorizzare la presenza dell'Unione nel sistema ONU. Alcuni Stati UE hanno avanzato l'ipotesi di una *membership* dell'UE nel CdS, probabilmente sottovalutando le questioni giuridiche connesse⁶³, ma non si è intravisto un ampio consenso a favore di tale ipotesi, mentre è stata ben visibile la volontà degli attuali membri permanenti di mantenere il loro seggio.

8. Come confermato dagli addetti ai lavori, lo *status* acquisito ai sensi della risoluzione 65/276 rappresenta un “unquestionable success for EU diplomacy”, da apprezzare anzitutto in termini politici. L'Unione potrà infatti beneficiare di una visibilità proporzionale al peso politico ed economico già ricoperto in ambito ONU ed affermarsi ulteriormente come attore globale nella definizione delle questioni che impegnano la comunità internazionale.

Naturalmente, la risoluzione non manca di effetti di natura giuridica. L'atto assume infatti rilevanza per l'effetto legittimante prodotto a favore dell'Unione, il quale comporta un riconoscimento formale dello *status* ottenuto⁶⁴ e, di fatto, rende le prerogative concesse dall'AG una condizione di partenza per eventuali sviluppi futuri, soprattutto in termini di avvicinamento alla condizione di *enhanced observer*. Resta inteso che lo stesso dovrà dirsi anche per le altre organizzazioni internazionali osservative alle quali l'AG deciderà di accordare lo stesso *status*.

Dal punto di vista del diritto dell'Unione, va senz'altro salutata con favore l'effettiva partecipazione degli *EU actors* ai lavori dell'Assemblea, in quanto, come rilevato, è indicativa della volontà di dare attuazione al vigente quadro normativo sulla rappresentanza esterna. Tra questi, l'AR sembra aver assunto un ruolo centrale, potendo esprimere la posizione dell'Unione in materia di PESC nell'AG (fatto salvo l'ambito di intervento del Presidente del Consiglio europeo) e nel CdS, e non potendosi escludere che, come Vicepresidente della Commissione, intervenga sulle politiche regolate dal TFUE nelle stesse sedi. In sintesi, l'AR potrà agire sull'intero spettro dell'azione esterna dell'UE. Inoltre, come autorità sotto la quale opera il SEAE, l'AR avrà il controllo della partecipazione dell'Unione ai lavori dell'ONU anche quando la rappresentanza sarà assicurata dalla delegazione UE di New York, caso che, come si è visto, non è poi così infrequente.

of the UN in the Field of Human Rights and Environmental Protection, in M. ORTEGA (ed.), *The European Union and the United Nations Partners in Effective Multilateralism*, UE ISS Cahier de Chaillot, n. 78, 2005, p. 31 ss., e, nella stessa raccolta di contributi, M. ORTEGA, *UN Reform: As necessary as It Is Difficult*, p. 93 ss., reperibile online.

⁶³ Sul seggio europeo nel CdS, cfr. N. RONZITTI, *Il seggio europeo alle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 79 ss., ed I. INGRAVALLO, *Un seggio permanente per l'Unione europea nel Consiglio di sicurezza dell'ONU?*, in *Sud in Europa*, 2011, www.sudineuropa.net.

⁶⁴ Cfr. N. SYBESMA-KNOL, *The Continuing Relevance of the Participation of Observers in the Work of the United Nations*, in K. WELLENS (ed.), *International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, 1998, p. 372, e, dello stesso A., *Non-State Actors in International Organizations: An Attempt at Classification*, in T. C. VAN BOVEN, C. FLINTERMAN, F. GRÜNFELD, R. HUT (eds.), *The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non-State Actors*, Utrecht, 1997, p. 23.

Ebbene, tale ruolo chiave, che assumerà rilevanza soprattutto ai fini della partecipazione dell'UE ai lavori dell'Organizzazione, col tempo potrebbe rivelarsi foriero di interessanti sviluppi anche per la difficile posizione dell'AR nel quadro istituzionale dell'Unione, posizione da molti considerata fonte di incertezze ed ambiguità in quanto posta al crocevia tra TUE e TFUE⁶⁵, ma che una parte della dottrina, alla luce delle competenze attribuitegli dal Trattato di Lisbona, ha invece qualificato come potenziale “enviable and unique position”⁶⁶.

Abstract

The European Union at the United Nations General Assembly: New Powers for an Old Observer?

Resolution 65/276 of May 3, 2011 adopted by the UN General Assembly grants to the European Union some new prerogatives in its capacity as an observer. The EU can intervene in debates, can submit proposals and amendments (with some limits), and has the right of reply and to circulate documents in the Assembly sessions and works, in its committees and working groups, in international meetings and conferences convened under its auspices, and in the UN conferences. The resolution poses some issues that this article aims to consider. Certainly the accorded *status* represents a development in the observers current practice, but it does not constitute a privilege only for the EU. UNGA can decide to extend that *status* to all regional organizations admitted as observers and whose representatives can speak on their behalf, thus Resolution 65/276 constitutes a step towards a new practice, aiming to encourage international organizations to participate more actively. In that regard, it is worth mentioning that the Resolution allows the EU to get close to the “enhanced observer *status*”, which it already possesses in other international organizations. A special focus is dedicated to the external representation legal framework introduced by the Lisbon Treaty; the variety of “EU actors” – *i.e.*, the President of the European Council, the High Representative for Foreign Affairs (HR), the Commission and EU delegations – and the need to organize their actions suggest the opportunity to arrange a preliminary and internal coordination, which should include the relationship with the rotating Presidency. In that regard, the 66th UNGA session already offers some confirmation. Finally, after some consideration about the EU participation in the Security Council (that Resolution 65/276 does not take into account), the article ends with some final observations. In particular, a key-role of the HR in the EU external representation emerges, which can also contribute to strengthen his/her problematic position within the Union institutional framework.

⁶⁵ Ad esempio, per P. EECKHOUT, *op. cit.*, p. 494, l'AR dispone di “a tremendous range of powers and responsibilities”, tanto che “[t]here can be serious doubts as to whether one person could ever accomplish all of those tasks”.

⁶⁶ Cfr. C. TOMUSCHAT, *op. cit.*, p. 6.

Marco Lombardo*

I contratti di fornitura a lungo termine nel diritto europeo dell'energia tra concorrenza e sicurezza

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I contratti di fornitura di gas nel diritto europeo dell'energia. – 3. La controversa nozione di contratti di fornitura a “lungo termine”. – 4. La compatibilità con la disciplina *antitrust*. – 5. La sicurezza dell'approvvigionamento energetico nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 6. La sicurezza energetica tra interessi nazionali ed interesse europeo: gli accordi bilaterali tra gli Stati membri e i Paesi fornitori di gas. – 7. Il principio di “solidarietà” e la sicurezza energetica. – 8. Considerazioni conclusive.

1. La qualificazione giuridica delle risorse energetiche come merci e servizi in virtù di una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea¹ (d'ora in poi, la Corte) ha consentito di estendere la disciplina sulle libertà fondamentali ai mercati dell'elettricità e del gas. Com'è noto, le risorse energetiche sono beni essenziali rispetto al funzionamento dei processi industriali

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna.

¹ Per una rassegna delle principali pronunce in materia di energia si rinvia alle sentenze della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, *Raccolta*, p. 1129; del 10 luglio 1984, causa 72/83, *Campus Oil Limited*, *ivi*, p. 2727 (*Campus Oil*); del 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo c. NV Energiebedrijf*, *ivi*, p. I-1477; del 7 giugno 2005, causa C-17/03, *VEMW e a.*, *ivi*, p. I-4983 (in seguito *VEMW*); del 22 maggio 2008, causa C-439/06, *Citiworks*, *ivi*, p. I-3913; del 9 ottobre 2008, causa C-239/07, *Sabatauskas e a.*, *ivi*, p. I-7523; del 20 aprile 2010, causa C-265/08, *Federutility*, *ivi*, p. I-3377.

Sulla nozione di energia come merce in dottrina v. F. CAPOTORTI, *Normativa comunitaria ed energia elettrica*, in *Quaderni della rassegna giuridica dell'energia elettrica*, Milano, 1990, p. 33 ss.; A. LA PERGOLA, *Integrazione europea e nuove prospettive dell'attuazione delle politiche comunitarie (con speciale riguardo al mercato dell'energia)*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1990, p. 321 ss.; M. POLITI, *Energia (diritto comunitario)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, 1991, pp. 1-11; G. GENTILE, P. GONNELLI (a cura di), *Manuale di diritto dell'energia*, Milano, 1994; V. SOTTILI, *Il mercato dell'energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 927 ss.; A. COLAVECCHIO, *Energia elettrica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II agg., 2005, pp. 233-325.

di produzione. Esse non costituiscono semplici beni di scambio, ma possono essere utilizzate dai Paesi esportatori anche come strumenti di pressione nelle relazioni internazionali allo scopo di esporre, tanto l'Unione europea, quanto gli Stati membri, alla minaccia continua di interruzioni delle forniture.

La "specialità" delle risorse energetiche ha giustificato per lungo tempo le resistenze opposte dagli Stati membri alla loro completa attrazione alla disciplina comune del mercato interno.

In un primo momento, l'Unione europea aveva inteso rafforzare la regolarità della sicurezza energetica in una prospettiva squisitamente economica, nella convinzione che il completamento del mercato interno dell'energia² avrebbe messo gli Stati membri al riparo dalle tensioni economiche e politiche provenienti dai Paesi produttori di energia.

Solo più recentemente, le disposizioni normative adottate a livello europeo³ sono state inserite in un quadro globale e sistematico che tenesse conto delle intime connessioni tra la dimensione interna e quella esterna della sicurezza energetica. Inoltre, il tessuto normativo del diritto europeo dell'energia si è impreziosito di un approccio integrato in cui, accanto ad interessi economici legati al buon funzionamento del mercato interno, sono emersi altri interessi, parimenti meritevoli di tutela, quali la protezione dell'ambiente e la difesa dei consumatori.

In assenza di disposizioni comuni relative alla dimensione esterna della sicurezza energetica, gli Stati membri hanno continuato a garantire la regolarità degli approvvigionamenti attraverso accordi bilaterali con i Paesi terzi. Nel quadro di tali accordi, le più importanti imprese energetiche europee sono

² Per un approfondimento sulla normativa europea relativa al mercato interno dell'elettricità e del gas si rinvia ad A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario: alla ricerca di un giusto bilanciamento tra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari, 2001; P. D. CAMERON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation: Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*, Oxford, 2006; F. MUNARI, *Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 881-899; N. AICARDI, *Energia*, in M. CHITI (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011.

³ Il terzo pacchetto delle liberalizzazioni energetiche è costituito dai seguenti atti del Parlamento europeo e del Consiglio tutti del 13 luglio 2009: direttiva 2009/72/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (*GUUE* L 211, 14 agosto 2009, pp. 55-93); direttiva 2009/73/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (*ivi*, pp. 94-136); regolamento (UE) n. 713/2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (*ivi*, pp. 1-14); regolamento (UE) n. 714/2009, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica (*ivi*, pp. 15-35), e regolamento (UE) n. 715/2009, relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale (*ivi*, pp. 36-54). Per la disamina delle nuove disposizioni normative sul mercato interno dell'energia vedi R. BOSCHECK, *The EU's Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics over Economic Rationality*, in *World Competition*, 2009, pp. 593-608; C. JONES (ed.), *EU Energy Law. The Internal Energy Market. The Third Liberalisation Package*, I, Leuven, 2010; J. E. SORIANO GARCÍA, *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, pp. 175-119.

chiamate a stipulare contratti di fornitura a lungo termine con le maggiori imprese fornitrici.

Da un lato, i contratti a lungo termine e, dall'altro, gli accordi energetici bilaterali rischiano di creare delicati problemi di compatibilità con la normativa europea. Infatti, se i primi possono anestetzare (*rectius*: sterilizzare) i benefici indotti dalle liberalizzazioni dei mercati energetici, i secondi finiscono per tutelare la sicurezza degli approvvigionamenti nel contesto nazionale, pregiudicando la sicurezza energetica *a livello europeo*.

L'incremento delle importazioni di gas negli Stati membri e la concentrazione della dipendenza rispetto a determinati Paesi terzi produttori di gas⁴ richiedono di approfondire l'analisi giuridica sulla compatibilità degli accordi di fornitura a lungo termine alla luce della nuova legislazione europea sui mercati dell'energia, nonché valutare la loro coerenza rispetto alla politica energetica dell'UE.

Premessi brevi cenni sulla natura degli accordi di fornitura di gas a lungo termine (paragrafi 2-3), lo scopo del presente contributo è quello di scindere il groviglio di interessi privati che sottende alla conclusione di tali contratti (par. 4) dagli interessi pubblici che attengono agli accordi energetici bilaterali (par. 6) nel tentativo di ricomporre la questione della sicurezza dell'approvvigionamento alla luce delle nuove disposizioni del diritto europeo dell'energia (par. 7).

Sulla base di tali premesse si procederà a verificare se, ed in che misura, le novità introdotte dal Trattato di Lisbona e, più in particolare, il principio di "solidarietà" previsto dall'art. 194 TFUE possano incidere nella ricerca di un nuovo bilanciamento tra le esigenze di tutela della concorrenza e la garanzia di una sicurezza energetica a livello sovranazionale.

2. I contratti di fornitura del gas sono accordi verticali stipulati tra società produttrici⁵ e società che operano nel mercato della distribuzione. In virtù di tali accordi, l'importatore si assicura la fornitura della quantità di energia pattuita, il cui volume tendenzialmente riflette la domanda nazionale, dietro il pagamento di un corrispettivo generalmente legato a meccanismi di indicizzazione con il prezzo del petrolio.

Particolarmente controversa è la nozione di "contratti di fornitura a lungo termine", nonché il loro inquadramento giuridico come *species* negoziale distinta ed autonoma rispetto al *genus* dei contratti a prestazioni continuative⁶. Il primo

⁴ La Russia, la Norvegia e l'Algeria forniscono l'85% delle importazioni di gas naturale dell'UE. Per maggiori informazioni si rinvia alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 7 settembre 2011, Sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico e la cooperazione internazionale – La politica energetica dell'UE: un impegno con i partner al di là delle nostre frontiere, COM(2011)539 def.

⁵ Nel settore del gas, in particolare, si tratta della società russa Gazprom e della società algerina Sonatrach.

⁶ In dottrina si rinvia a J. M. PETRASH, *Long-term Gas Contracts: Dead, Dying or Merely Resting?*, in *Energy Law Journal*, 2006, pp. 545-582; K. TALUS, *Long-term Gas Agreements and Security of Supply: Between Law and Politics*, in *European Law Review*, 2007, pp. 535-548.

nodo interpretativo da sciogliere riguarda proprio la valutazione dell'elemento relativo alla durata di tali contratti⁷. In assenza di una definizione comune a livello normativo sulla nozione di "lungo termine", le decisioni della Commissione europea segnalano una prassi oscillante, che rischia di determinare una disparità di trattamento in ragione della provenienza della controparte contrattuale. Basti pensare che mentre in alcuni casi⁸ sono stati qualificati come contratti a lungo termine rapporti negoziali superiori al termine di 15 anni, in altri⁹ si è omesso di riconoscere la stessa qualificazione giuridica per prestazioni contrattuali di carattere continuativo concluse per un termine ultraventennale.

Se, da un lato, la prassi della Commissione può generare una disparità di trattamento tra gli operatori economici ed un pregiudizio per la certezza del diritto, determinando un quadro di instabilità che può andare a detrimento della prevedibilità degli investimenti, dall'altro, bisogna riconoscere che la mancanza di un dato giuridico-formale ha consentito all'istituzione europea di adottare un approccio dinamico e flessibile, in grado di tenere conto di tutti gli elementi, di fatto e di diritto, nonché delle continue evoluzioni nella struttura dei mercati di riferimento.

3. I contratti di fornitura a lungo termine rimangono una categoria negoziale molto diffusa nella prassi del commercio internazionale dell'energia. Le princi-

⁷ Con particolare riferimento all'analisi sulla durata dei contratti di fornitura v. A. DE HAUTE-CLOCQUE, *Legal Uncertainty and Competition Policy in the European Deregulated Electricity Markets: The Case of Long-term Exclusive Supply Contracts*, in *World Competition*, 2009, p. 101. L'A. propone di individuare una soglia *de minimis* per affermare la presunzione di inoffensività per la concorrenza dei contratti di fornitura stipulati per una durata inferiore a 5 anni. Secondo altri autori, per contratti di fornitura di lunga durata dovrebbero intendersi i contratti conclusi per una durata superiore a 10 anni. In tal senso, v. K. TALUS, *op. cit.*, p. 536.

⁸ Nel caso *Electricidade de Portugal Pego* (decisione della Commissione, *GUCE C 265*, 30 settembre 1993, p. 3 ss.) il contratto di fornitura di energia elettrica è stato ridotto da 28 anni a 15 anni; nel caso *ISAB Energy* (decisione della Commissione, *ivi C 138*, 9 maggio 1996, p. 3 ss.) la riduzione della durata è stata portata da 20 a 15 anni. Nel caso *Gas Natural/Endesa* il mantenimento del termine di 15 anni è stato condizionato all'inserimento nel contratto di altre clausole che determinassero un aumento del volume di gas importato.

⁹ Quando la controparte contrattuale è la società russa Gazprom ovvero la società algerina Sonatrach l'atteggiamento della Commissione sembra essere molto più cauto, andando ben oltre il termine medio di 15 anni. Così, non è stata sanzionata l'eccessiva durata del contratto nell'accordo tra Gazprom e Wintershall, concernente un contratto di fornitura di gas per una durata di 25 anni. Analogamente, il contratto tra Gazprom ed ENI rientra nell'"*Accordo strategico*" siglato nel novembre 2006 con scadenza nel 2012, salvo successivi rinnovi automatici annuali. È del tutto evidente che per i contratti di fornitura che prevedono clausole di rinnovo tacito siano estensibili, in via analogica, tutte le considerazioni che valgono per i contratti di fornitura di lunga durata. Nel caso *Turbogas*, la Commissione ha approvato un contratto di fornitura di 25 anni tra la società spagnola e la società algerina Sonatrach. Nessuna decisione è stata presa infine nel contratto stipulato nel 1965 tra la società francese GDF e Sonatrach per un contratto di fornitura di gas della durata di 48 anni che scadrà dunque nel 2013. Il diverso approccio utilizzato dalla Commissione sulla compatibilità dei contratti di fornitura a lungo termine rispetto al diritto della concorrenza sembra sottolineare come la vera ragione che giustifica il ricorso a tali contratti sia dovuta a motivi di sicurezza dell'approvvigionamento di gas (v. *infra*, par. 4).

pali ragioni che giustificano la tipicità di tali accordi sono dovute essenzialmente ad alcune peculiarità dei mercati energetici che riguardano la struttura della domanda e dell'offerta, nonché la natura degli investimenti.

Ai fini della presente analisi si circoscriverà il piano dell'indagine al mercato del gas¹⁰ per una serie di ragioni. In primo luogo, il gas naturale rappresenta un quarto della fornitura di energia primaria e costituisce, dunque, una componente essenziale dell'approvvigionamento energetico nell'UE. Inoltre, il gas è la fonte energetica con il più rapido tasso di crescita dei consumi: ciò significa che l'aumento delle importazioni di gas finirà per acuire il problema della dipendenza energetica dell'UE dai Paesi terzi, rendendo sempre più delicato il tema della sicurezza dell'approvvigionamento energetico¹¹.

Dal punto di vista della concorrenza, il mercato del gas è ancora oggi caratterizzato dalla presenza di imprese verticalmente integrate tra le attività nei mercati a monte (*upstream*) e quelle dei mercati a valle (*downstream*).

Tradizionalmente, le ragioni che militano in favore della conclusione di contratti a lungo termine nella distribuzione del gas sono legate alla loro strumentalità rispetto allo sviluppo degli investimenti delle infrastrutture energetiche. Per molto tempo i contratti di fornitura a lungo termine hanno consentito di regolare la capacità di fornitura di gas ed operare una razionale pianificazione dei costi nell'ammodernamento delle infrastrutture. Com'è noto, gli investimenti nell'energia sono, per loro natura, molto ingenti e poco redditizi nel breve termine, per cui sono relativamente poche le imprese in grado di ottenere profitti su questi mercati, attraverso un'adeguata programmazione dei finanziamenti per la costruzione e la manutenzione delle infrastrutture di trasporto a lunga distanza.

Senza i contratti di fornitura a lungo termine non sarebbe stato possibile costruire reti di trasmissione¹² del gas a lunga distanza, in quanto i Paesi produttori di risorse energetiche non avrebbero avuto le capacità economiche e finanziarie per investire sulle loro infrastrutture.

I contratti di fornitura a lungo termine sono dunque funzionali alla prassi commerciale perché consentono di adattare le ragioni economiche delle parti contraenti alle specificità dei mercati energetici, garantendo un equilibrato con-

¹⁰ Pur dovendosi sottolineare un graduale processo di fungibilità tra elettricità e gas causato, in particolare, dall'aumento dell'utilizzo del gas per il riscaldamento domestico, i due mercati energetici rimangono, almeno per il momento, autonomi e distinti, sia in base alla loro natura, sia in base agli usi commerciali per cui vengono richiesti.

¹¹ Secondo gli analisti del settore, la generale contrazione della produzione di energia da fonte nucleare in seguito al disastro della centrale di Fukushima in Giappone e la decisione di alcuni Stati membri dell'UE (es. Germania) di chiudere la produzione nazionale di energia nucleare determineranno, in assenza di massicce politiche di investimento nello sviluppo di energia prodotta da fonti rinnovabili, un ulteriore incremento della dipendenza energetica degli Stati membri dai Paesi produttori di gas.

¹² Per un approfondimento del rapporto tra concorrenza e regolazione nelle reti dell'elettricità e del gas, con particolare riferimento alla normativa europea sulle liberalizzazioni energetiche, si rinvia a G. CAGGIANO, *La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell'energia nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, pp. 59-62.

temperamento tra interessi pubblici e privati. Attraverso la stipulazione di tali contratti, le società europee di distribuzione del gas si sono assicurate, in via diretta, la ripartizione dei propri mercati nazionali di distribuzione, mentre gli Stati membri hanno cercato di proteggere, in via indiretta, la sicurezza nazionale delle forniture.

Tuttavia, i processi di liberalizzazione dei mercati energetici introdotti dalla legislazione europea e l'emersione di un interesse più propriamente *europeo* alla sicurezza energetica evidenziano alcune criticità di tali contratti rispetto al diritto dell'Unione.

I contratti a lungo termine costituiscono infatti un impedimento alla creazione del mercato interno del gas. Diversamente dal settore elettrico, dove la capacità di integrazione dei mercati nazionali è ostacolata dall'effetto combinato di limiti fisici, tecnici e naturali¹³, in quello del gas la più importante barriera alla creazione di un mercato unico è rappresentata proprio da limiti contrattuali.

In teoria, le *pipelines* potrebbero garantire un elevato volume di scambio transfrontaliero di gas; tuttavia, la capacità di trasmissione attraverso i gasdotti a lunga distanza è fortemente limitata dalla presenza dei contratti a lungo termine. Tali contratti costituiscono dunque, in ultima analisi, un ostacolo all'ingresso di nuovi concorrenti nel mercato della distribuzione ed un impedimento alla creazione del mercato interno del gas perché la libertà di scelta del fornitore, da parte dei clienti finali, risulta condizionata alla scadenza dei termini contrattuali.

È indubbio che il lento e progressivo processo di liberalizzazione dei mercati energetici abbia influito sulla prassi commerciale, determinando una riduzione della durata media¹⁴ dei contratti di fornitura. Le cause che hanno generato questo *trend* sono meno immediate ed intuitive. Si potrebbe sostenere che la contrazione dei termini delle relazioni contrattuali possa trovare un fondamento plausibile nel maggiore dinamismo negoziale negli operatori di mercato favorito dalle liberalizzazioni energetiche di matrice europea. In un mercato interno del gas con imprese che operano in regime di concorrenza, la volatilità dei prezzi dell'energia è attenuata rispetto ai mercati nazionali in cui poche imprese detengono un forte potere di mercato. In effetti, nella prospettiva del legislatore europeo, l'entrata di nuovi operatori doveva porre le premesse per un controllo *diffuso* dei prezzi di mercato, allentando quella che storicamente era una delle ragioni che militavano in favore dell'adozione di contratti di fornitura a lungo termine, ovvero un meccanismo accentrato di controllo sul potere negoziale delle imprese dominanti dei mercati a monte.

¹³ La limitata capacità di interconnessione della rete elettrica determina una forte congestione nei punti di giuntura delle reti nazionali che ha l'effetto di restringere il volume degli scambi transfrontalieri, con il rischio che i sistemi nazionali di trasmissione determinino disparità di trattamento nell'accesso alla rete in favore degli operatori nazionali.

¹⁴ I contratti di fornitura hanno avuto negli ultimi venti anni una riduzione media dei termini contrattuali dai 25 ai 15 anni. Per un'analisi sull'impatto delle liberalizzazioni energetiche sulla durata dei contratti di fornitura si rinvia A. DE HAUTECLOCQUE, *op. cit.*, pp. 91-112.

Tuttavia, il potere di controllo diffuso da parte del mercato è un dato che non va eccessivamente enfatizzato, così come l'abbattimento del prezzo delle forniture, nonché l'esercizio del diritto di cambio del fornitore da parte dei consumatori finali, sembrano essere traguardi non ancora raggiunti¹⁵.

In realtà, la riduzione dei termini dei contratti di fornitura, lungi dall'essere una conseguenza indotta dai processi di liberalizzazione dei mercati energetici di derivazione europea, potrebbe trovare un fondamento in fattori *esogeni*, legati ai nuovi scenari che caratterizzano il mercato energetico globale. Diversamente dagli anni '90 in cui i mercati nazionali degli Stati membri risultavano l'unico sbocco possibile per la produzione del gas algerino e russo, la crescita della domanda da parte di nuovi Paesi "energivori" (*in primis*, Cina ed India)¹⁶ induce le società di produzione di gas a non instaurare legami troppo lunghi con le società europee di distribuzione, rendendo altamente più conveniente stimolare la concorrenza sui prezzi delle forniture.

4. In via preliminare, può essere utile sottolineare come i contratti di fornitura a lungo termine non siano, di per sé, una categoria negoziale vietata dal diritto dell'Unione europea. La normativa di settore¹⁷ riconosce che tali contratti costituiscono "un'opzione importante per le imprese fornitrici di gas, di cui occorre tenere conto nella programmazione della capacità di fornitura e trasporto di gas naturale".

In quanto accordo verticale, esso può tuttavia restringere la concorrenza nei mercati energetici e dunque costituire una violazione della normativa *antitrust*, ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE.

¹⁵ Come affermato dalla Corte nella recente sentenza *Federutility*, l'intervento dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas (AEEG) per la definizione dei "prezzi di riferimento" per le tariffe sulle forniture del gas naturale, anche oltre il 1° luglio 2007, data della completa liberalizzazione, dimostra l'assenza di una concorrenza effettiva nel mercato interno del gas. Con particolare riferimento al mercato italiano, lo stesso Governo ha illustrato che "il mercato nazionale è caratterizzato dal ruolo preminente dell'Eni, impresa che, allo stesso tempo, detiene il monopolio sulla importazione del gas, è proprietaria della maggior parte della rete di trasporto, ha posizione di assoluta dominanza nella produzione ed è il principale venditore all'ingrosso. Siffatta assenza di concorrenza nel mercato all'ingrosso ha reso possibile il mantenimento dei monopoli locali nella vendita al dettaglio, sovente verticalmente integrati con il gestore della rete di distribuzione. In tale contesto l'ingresso di nuovi operatori è assai difficoltoso: in primo luogo, poiché sarebbero costretti a rifornirsi dall'Eni, che imporrebbe le proprie condizioni, riducendo al minimo i loro eventuali margini di utile; in secondo luogo, in ragione della difficoltà di competere, a livello locale, con operatori verticalmente integrati" (così, conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 20 ottobre 2009, nella causa *Federutility*, punto 32).

¹⁶ Secondo il *World Energy Outlook 2011*, stilato annualmente dall'Agenzia internazionale dell'energia, la Cina è già oggi il principale consumatore mondiale di energia. Inoltre, la stima sui consumi globali di energia porta a ritenere che, con gli attuali livelli di crescita, Cina ed India rappresenteranno oltre metà della domanda mondiale di energia nei prossimi 25 anni.

¹⁷ Vedi il 42° "considerando" e l'art. 32, par. 3, della direttiva 2009/73, relativamente al principio dell'accesso ai terzi al sistema di distribuzione, in cui si afferma che le disposizioni della direttiva "non impediscono la stipulazione di contratti a lungo termine purché siano *conformi* alle norme sulla concorrenza della Comunità [ora Unione]" (corsivo aggiunto).

Com'è noto, questa disposizione prevede che determinati accordi, anche qualora abbiano effetti restrittivi della concorrenza, possano essere giustificati, allorché le esternalità positive prodotte siano maggiori di quelle negative. Applicando l'*efficiency defence test*¹⁸ ai contratti di fornitura a lungo termine si tratta dunque di vedere se le restrizioni verticali che essi determinano possano essere controbilanciate da un miglioramento della produzione e della distribuzione di gas (i), dal progresso tecnologico o economico (ii), dalla riserva di una congrua parte degli utili prodotti in capo ai consumatori finali (iii) ed infine se l'accordo risulta indispensabile per raggiungere tali obiettivi senza dare alle imprese che ne sono parte la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti energetici (iv).

In riferimento ai punti i) e ii), è sufficiente sottolineare come la causa negoziale dei contratti di fornitura a lungo termine sia rappresentata dal fatto che le parti acquisiscono un compenso per avere ottenuto una capacità addizionale di generazione di energia. Come si è già avuto modo di vedere, tali contratti producono diverse esternalità positive sui mercati dell'energia, in particolare sulla pianificazione degli investimenti nelle reti. A sua volta, l'incremento della capacità di interconnessione delle infrastrutture energetiche a lunga distanza favorisce la regolare distribuzione del gas nei mercati europei.

Nonostante dagli anni '90 ad oggi gli investimenti per la creazione di gasdotti per il trasporto di gas naturale liquefatto (GNL) a lunga distanza abbiano reso il sistema energetico molto più maturo dal punto di vista infrastrutturale, i contratti di fornitura a lungo termine risultano ancora indispensabili per ammortizzare nuovi investimenti nelle infrastrutture, in particolare per quanto riguarda l'incremento dell'interconnessione tra le reti nazionali e la creazione di una "capacità bidirezionale"¹⁹ che consenta di trasportare gas in entrambe le direzioni nelle interconnessioni transfrontaliere con i Paesi terzi.

Particolarmente complesso risulta analizzarne gli effetti rispetto ai consumatori finali. Se, da un lato, nella fase antecedente alle liberalizzazioni energetiche, i contratti di fornitura a lungo termine hanno avuto il merito di aumentare la

¹⁸ Per un approfondimento in dottrina si rinvia a I. VAN BAEL, G. F. BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, pp. 93-112. Con particolare riferimento alla valutazione degli incrementi di efficienza negli accordi energetici si rimanda a L. KJØLBYE, 'Horizontal Agreements' and 'Vertical Agreements', in C. JONES (ed.), *EU Energy Law. EU Competition Law and Energy Markets*, II, Leuven, 2011.

¹⁹ Per "capacità bidirezionale" s'intende la capacità fisica di trasporto del gas in entrambe le direzioni. Ai sensi dell'art. 6 del regolamento 994/2010 i gestori dei sistemi di trasporto hanno l'obbligo di realizzare una capacità bidirezionale permanente su tutte le interconnessioni transfrontaliere tra gli Stati membri, entro il 3 dicembre 2013, salvo nei casi di connessioni a impianti di produzione, a impianti GNL e a reti di distribuzione; o qualora sia stata concessa un'esenzione in conformità dell'art. 7 del medesimo regolamento. Con particolare riferimento all'investimento per la realizzazione della capacità bidirezionale, qualora esso non risponda a un'esigenza del mercato e implichi costi in più per gli Stati membri, le autorità nazionali di regolamentazione decidono congiuntamente sulla ripartizione dei costi, tenendo conto della proporzione nella quale gli investimenti nelle infrastrutture contribuiscono ad aumentare la sicurezza dell'approvvigionamento degli Stati membri interessati.

stabilità e la prevedibilità dei prezzi delle forniture, allentando la volatilità dei costi dell'energia rispetto alla dinamica dei picchi della domanda e dell'offerta, dall'altro, nel quadro di un mercato liberalizzato (ovvero in via di completa liberalizzazione) essi rischiano di pregiudicare significativamente la dinamica concorrenziale dei prezzi nei mercati a valle²⁰.

In realtà, nel quadro dell'attuale mercato interno dell'energia il "diritto di cittadinanza" dei contratti di fornitura a lungo termine nell'ordinamento giuridico dell'UE dipende essenzialmente dalla loro idoneità a tutelare la sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

Premesso che la giustificazione obiettiva degli accordi di fornitura in nome della sicurezza energetica è una ragione necessaria, ma non sufficiente, in quanto occorre che siano cumulativamente soddisfatte tutte le altre condizioni previste dalla normativa *antitrust*, sul punto può essere opportuno ricostruire le principali tappe dell'evoluzione giurisprudenziale europea.

5. La Corte di giustizia si è pronunciata in varie occasioni sulla nozione di sicurezza dell'approvvigionamento energetico allo scopo di definire la portata ed i limiti delle restrizioni alla libera circolazione dei prodotti petroliferi, potendosi peraltro estendere in via analogica la portata di tali pronunce anche al settore del gas.

Nella nota sentenza *Campus Oil* del 10 luglio 1984, la Corte ha qualificato una normativa interna che imponeva l'obbligo a tutti gli importatori di rifornirsi di prodotti petroliferi, per una determinata percentuale del loro fabbisogno, presso una raffineria situata nel territorio nazionale come "una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa"²¹. La normativa nazionale in questione, benché avesse un effetto restrittivo sulla libera circolazione delle merci²², poteva essere giustificata per motivi di sicurezza degli approvvigionamenti energetici, in quanto espressione specifica, nel campo dell'energia, della più ampia nozione generale di pubblica sicurezza.

Il riconoscimento della sicurezza degli approvvigionamenti come ipotesi che rientrava nella deroga della pubblica sicurezza²³ si fondava essenzialmente su

²⁰ In un mercato liberalizzato ed aperto alla concorrenza, i contratti di fornitura a lungo termine hanno l'effetto di cristallizzare i prezzi al consumo nei mercati a valle; inoltre, questi contratti finiscono per ostacolare o precludere l'accesso di nuovi operatori nel mercato a valle impedendo, di fatto, ai consumatori finali di cambiare il loro fornitore e dunque, a seconda del volume di fornitura e della struttura dei mercati interessati, limitando o eliminando la concorrenza nel mercato rilevante.

²¹ Così, sentenza *Campus Oil*, punto 20.

²² La Corte di giustizia ha chiarito che il campo di applicazione del principio della libera circolazione delle merci si applica a tutte le merci, e dunque anche ai prodotti petroliferi, con le sole eccezioni espressamente contemplate dallo stesso Trattato. Ne consegue come non sia possibile dedurre l'esclusione dei prodotti energetici dal campo di applicazione del Trattato soltanto perché essi rivestono una valenza strategica per la vita del Paese, ovvero per l'economia di uno Stato membro.

²³ Sentenza *Campus Oil*, punto 34. Com'è noto, l'art. 36 TFUE non si propone di riservare determinate materie alla competenza esclusiva degli Stati membri, ma consente solo che le norma-

tre elementi: il carattere *strategico*²⁴ dei prodotti petroliferi, la situazione di totale o quasi totale dipendenza del mercato nazionale dalle importazioni energetiche e, infine, l'assenza di una disciplina europea uniforme²⁵ sulla sicurezza degli approvvigionamenti.

Successivamente, con la sentenza del 13 dicembre 1990 nella causa *Commissione c. Grecia*²⁶, la Corte sembra aver sfumato la propria giurisprudenza in materia. Nell'ambito di una procedura di infrazione, essa ha dichiarato l'inadempimento dello Stato membro per aver mantenuto una normativa nazionale che prevedeva la conservazione di diritti esclusivi²⁷ sull'importazione e sulla commercializzazione dei prodotti petroliferi. Il regime ellenico sulle quote di commercializzazione costituiva una restrizione al commercio intracomunitario perché privava le società distributrici di energia della possibilità di determinare liberamente la quantità di prodotti che potevano acquistare presso altri operatori economici. In questo caso, la Corte ha escluso che una restrizione di questo genere potesse essere giustificata da motivi di sicurezza dell'approvvigionamento energetico. Pur considerando che la programmazione pubblica dell'approvvigionamento potesse costituire una misura idonea a tutelare la regolarità delle forniture di energia, tale misura andava oltre quanto necessario rispetto al raggiungimento dell'obiettivo, dal momento che esistevano raffine-

tive nazionali deroghino al principio fondamentale della libera circolazione delle merci, nei limiti in cui queste siano idonee al raggiungimento del risultato e non vadano oltre quanto necessario per il conseguimento degli scopi previsti.

²⁴ Il valore strategico dei prodotti petroliferi non comporta, di per sé, l'esenzione degli stessi dal campo di applicazione della libera circolazione delle merci, ma viene in rilievo come motivo che può giustificare l'adozione di misure restrittive per ragioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

²⁵ All'epoca dei fatti in causa, sussisteva già un quadro normativo minimo dell'Unione a tutela della sicurezza degli approvvigionamenti energetici (direttiva 68/414/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1968, *GUCE* L 308, 14 marzo 1968, p. 14 ss.; direttiva 73/238/CEE del Consiglio, del 24 luglio 1973, *ivi* L 228, 16 agosto 1973, p. 1 ss.; decisione 77/186/CEE del Consiglio, del 14 febbraio 1977, *ivi* L 61, 5 marzo 1977, p. 23 ss.; decisione 77/706/CEE del Consiglio, del 7 novembre 1977, *ivi* L 292, 1 luglio 1977, p. 9 ss.). Tuttavia, il ricorso alla deroga contenuta dall'art. 36 TFUE era legittimo, laddove le misure adottate fossero insufficienti a garantire la tutela degli interessi di pubblica sicurezza, rendendo necessario il ricorso a misure nazionali di carattere integrativo. Alla luce della normativa dell'Unione in vigore all'epoca dei fatti non si poteva dunque escludere che uno Stato membro potesse legittimamente fare ricorso alla deroga della pubblica sicurezza per giustificare provvedimenti nazionali di carattere integrativo rispetto alla normativa dell'Unione a tutela della sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

²⁶ Causa C-347/88, *Commissione c. Repubblica ellenica*, *Raccolta*, p. I-4747.

²⁷ La normativa nazionale greca prevedeva un regime di quote di commercializzazione e sottoponeva i programmi annuali di approvvigionamento delle società di distribuzione nazionale al controllo ed all'approvazione delle autorità elleniche. Il governo greco si era difeso in giudizio sostenendo che la presentazione dei programmi di approvvigionamento fosse una misura indispensabile per consentire alle autorità elleniche di determinare la propria politica energetica allo scopo di assicurare la regolare copertura del fabbisogno statale di prodotti petroliferi; il governo greco riteneva giustificato il mantenimento della misura controversa alla luce della giurisprudenza *Campus Oil*.

rie appartenenti al settore pubblico in grado di soddisfare il fabbisogno minimo dello Stato di fronte a situazioni di crisi energetiche. Attraverso il giudizio di proporzionalità, la Corte ha dunque limitato la discrezionalità dello Stato membro nell'adozione di misure nazionali a tutela della sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

D'altra parte, l'interpretazione restrittiva della sicurezza degli approvvigionamenti era conforme alla (prima) legislazione europea relativa alla creazione del mercato interno dell'energia e veniva suffragata dalla convinzione che la regolarità delle forniture dovesse dipendere principalmente dal commercio intracomunitario dei prodotti energetici.

Nella sentenza *PreussenElektra AG*²⁸ la Corte ha compiuto un ulteriore passo in avanti, affrancando la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dalla deroga della pubblica sicurezza per inserirla nella categoria delle esigenze imperative. L'Avvocato generale Jacobs si era spinto fino a dubitare che la pubblica sicurezza potesse essere ancora invocata per coprire questioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti energetici, dal momento che le direttive dell'elettricità e del gas avevano già disciplinato la materia, prevedendo una serie di misure necessarie a garantire la sicurezza energetica a livello europeo²⁹.

La giurisprudenza più recente³⁰, pur mantenendo un atteggiamento oscillante sulla qualificazione della sicurezza energetica (come motivo imperativo di interesse generale, ovvero come specifica espressione della deroga per motivi di sicurezza pubblica nel settore energetico) sembra confermare la tendenza a spostare l'asse di riferimento della sicurezza energetica dalla dimensione nazionale ad una più propriamente europea. Del resto, l'interpretazione della Corte sembra coerente con il nuovo diritto europeo dell'energia che non si limita più ad un'integrazione negativa, finalizzata alla creazione del mercato interno del gas attra-

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra AG*, *Raccolta*, p. I-2099.

²⁹ "In my view, Article 36 cannot be relied on either in respect of security of supply. The Court admittedly held in *Campus Oil* that the aim of ensuring a minimum supply of petroleum products at all times is to be regarded as capable of constituting an objective covered by the concept of public security. In the first place, however, it is *doubtful* whether recourse to Article 36 is still possible given the fact that the electricity directive provides for types of measures necessary to ensure security of supply" (così il testo in inglese delle conclusioni dell'Avvocato generale F. Jacobs del 26 ottobre 2000 nella causa *PreussenElektra*, punto 209, corsivo aggiunto).

³⁰ In taluni casi, la Corte ha qualificato la sicurezza energetica come un motivo di pubblica sicurezza che può giustificare una restrizione ad una libertà fondamentale (vedi sentenze della Corte di giustizia del 26 marzo 2009, causa C-326/07, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. I-2291, punti 69 e 70, e del 13 maggio 2003, causa C-463/00, *Commissione c. Spagna*, *ivi*, p. I-4581, punti 71 e 72). In altri casi, la Corte ha riconosciuto che l'obiettivo di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento costituisce un motivo imperativo di interesse generale (così, sentenza del 4 giugno 2002, causa C-483/99, *Commissione c. Francia*, *ivi*, p. I-4781, punto 24; v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 13 dicembre 2007, nella causa *Citiworks*, punto 93, dove si riconosce che la normativa comunitaria cerca di "ponderare l'esigenza di garantire l'accesso dei terzi alla rete con la salvaguardia di interessi generali di carattere imperativo come la sicurezza degli approvvigionamenti di energia").

verso l'abbattimento delle barriere nazionali e di tutti gli ostacoli tecnici e normativi che rappresentano misure ad effetto equivalente alle restrizioni quantitative. Il terzo pacchetto dell'energia si muove nel solco di un'integrazione positiva tesa a disciplinare uno spazio giuridico complessivo in cui i rapporti economici si devono svolgere contemperando gli interessi degli operatori e quelli dei consumatori.

In tale prospettiva, ci si può chiedere se la determinazione della durata e delle condizioni dei contratti di fornitura debba essere lasciata alla libera autonomia delle parti, oppure se spetti alle istituzioni europee controllare che nella negoziazione si tenga conto di un "nocciolo duro" che ponderi gli obiettivi della protezione dei consumatori, della sicurezza dei rifornimenti, della tutela dell'ambiente e di livelli equivalenti di concorrenza in tutti gli Stati membri.

Premesso che fino a questo momento la Corte non è mai³¹ stata chiamata a pronunciarsi sui contratti di fornitura a lungo termine, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale sulla nozione di sicurezza energetica potrebbe portare ad un nuovo bilanciamento degli interessi che risulti maggiormente aderente al contenuto ed allo spirito dell'art. 101, par. 3, TFUE.

Si tratterebbe in sostanza di stabilire quale sia la più congrua allocazione dei rischi tra i consumatori finali e le società energetiche nei contratti di fornitura a lungo termine alla luce della nuova legislazione europea sul mercato interno del gas. Come precisato recentemente dall'Avvocato generale Poiras Maduro nel caso *Federutility*, lo scopo della direttiva gas è "l'instaurazione di un mercato interno del gas quale mezzo per tutelare gli interessi delle imprese e, allo stesso tempo, quelli dei consumatori. Liberalizzazione, ma non a qualunque prezzo, rispetto ai soggetti privati, il che richiede un certo grado di regolamentazione, quando il mercato non funzioni adeguatamente"³². Ne consegue che, in presenza di mercati energetici nazionali con diverse velocità di apertura alla libera concorrenza, la Corte può essere chiamata a ponderare un'equilibrata allocazione del rischio tra i consumatori e le imprese nei contratti di fornitura di lunga durata, tenendo conto del loro impatto sulla concorrenza del mercato europeo e sulla tutela dei consumatori finali³³. Ciò significa che per continuare a risultare pienamente compatibili con il diritto dell'UE i contratti di fornitura a lungo termine devono prevedere clausole che riservino parte degli utili al finanziamento di infrastrutture energetiche, ovvero misure idonee a ridurre la volatilità del prezzo del gas naturale che, in loro assenza, sarebbe scaricata sui consumatori.

³¹ La questione relativa alla legittimità dei contratti di fornitura di lunga durata è stata solo marginalmente affrontata nella causa *VEMW*, laddove la Corte ha dichiarato l'incompatibilità dell'accesso prioritario alla rete di trasmissione transfrontaliera di energia elettrica concesso a un operatore per l'esecuzione di impegni contrattuali di lunga durata preesistenti alla liberalizzazione del mercato, ma senza osservare la procedura di cui all'art. 24 della direttiva 96/92. In questo senso, vedi causa *VEMW*, punti 63 e 71.

³² Conclusioni *Federutility*, punto 43.

³³ Quando si fissa il prezzo in un contratto a lunga durata il venditore si assume il rischio che il valore di mercato sia superiore a quello concordato, mentre l'acquirente si assume il rischio di una vendita inferiore.

In assenza di tali condizioni, le istituzioni europee possono intervenire a limitare l'autonomia delle parti, giungendo a sanzionare l'eccessiva durata dei contratti.

D'altra parte, la normativa europea riconosce ora espressamente³⁴ che la sicurezza dell'approvvigionamento di gas è una responsabilità comune degli Stati membri, delle istituzioni europee ed *anche* delle imprese che operano nel mercato del gas.

6. Gli accordi di fornitura a lungo termine non rientrano tra le attività puramente private delle parti, ma finiscono per essere attratte dalla sfera del diritto pubblico. Il sinallagma contrattuale non si limita a prevedere il pagamento di un prezzo a fronte della fornitura continuata ed ininterrotta di gas, ma si estende fino a ricomprendere tutta una serie di obbligazioni che incombono sulle imprese europee e che possono riguardare investimenti in settori pubblici dei Paesi terzi. Accade così che le trattative private tra le società energetiche finiscano per inserirsi nel quadro di accordi bilaterali di cooperazione che i singoli Stati membri concludono con i Paesi terzi produttori di gas. Nell'ambito di una contrattazione a formazione progressiva, gli accordi intergovernativi diventano la piattaforma negoziale che agevola ed accelera il buon andamento delle trattative private. La strumentalità degli accordi intergovernativi rispetto ai contratti di fornitura di gas è particolarmente evidente nelle situazioni di instabilità politica dei mercati energetici dei Paesi terzi, laddove sia necessario prevedere misure a tutela della sicurezza degli impianti e dei lavoratori del settore, dal rischio di attentati terroristici o dalla espropriazione ad opera di insorti. Inoltre, gli Stati membri intervengono nelle trattative per tutelare interessi nazionali, quali la protezione delle imprese pubbliche, la sicurezza delle reti ovvero la regolarità delle forniture.

Per fronteggiare il rischio di crisi delle forniture, gli Stati membri hanno fino a questo momento cercato di garantire la sicurezza energetica nella prospettiva nazionale. L'intervento unilaterale degli Stati membri ha il duplice scopo di mantenere rapporti privilegiati con i Paesi terzi produttori di gas e proteggere le imprese energetiche (in genere, ex monopolisti pubblici) che operano nel territorio nazionale. A tale riguardo, ci si potrebbe chiedere se il diritto europeo dell'energia osti o non osti a questo tipo di comportamento.

È di tutta evidenza infatti come gli interventi unilaterali degli Stati membri finiscano per arrecare un pregiudizio alla creazione di una *effettiva* dimensione esterna della politica energetica europea. Da un lato, gli accordi bilaterali degli Stati membri con i Paesi terzi indeboliscono la negoziazione collettiva da parte della Commissione e, dall'altro, espongono taluni Stati membri³⁵ al rischio di interruzione delle forniture.

³⁴ V. art. 3 del regolamento (UE) n. 994/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas e che abroga la direttiva 2004/67/CE del Consiglio, *GUUE* L 295, 12 novembre 2010, pp. 1-22.

³⁵ Gli Stati membri che risultano maggiormente esposti al rischio di interruzione delle forniture sono i Paesi dell'ex blocco sovietico, come dimostrano le recenti crisi energetiche in Bulgaria e Repubblica ceca.

Si potrebbe sostenere che, laddove l'azione dell'Unione sia già intervenuta a disciplinare la materia della sicurezza energetica nella dimensione interna, attraverso la normativa che istituisce una disciplina (minima) comune in caso di crisi delle forniture, ovvero nella dimensione esterna, attraverso accordi internazionali conclusi dall'UE con i Paesi terzi produttori di gas³⁶, gli Stati membri abbiano perso il potere di intervenire autonomamente nella disciplina della materia.

Invero, una tale posizione fa ricorso al concetto della *pre-emption* come proiezione esterna del principio del primato del diritto dell'Unione rispetto a misure nazionali con esso contrastanti.

Il tema della *pre-emption* della legislazione europea sulla sicurezza energetica è particolarmente delicato e controverso e merita qualche ulteriore riflessione³⁷. Qualche autore è critico verso questo tipo di soluzione perché comporterebbe un'alterazione del principio di attribuzione, in quanto la competenza statale a garantire la sicurezza energetica finirebbe per essere progressivamente drenata in favore del diritto dell'UE³⁸. Poiché il diritto dell'Unione non contempla, allo stato attuale, norme che garantiscano in modo sufficiente la sicurezza dell'approvvigionamento di energia, in capo agli Stati membri residua il potere, nonché il corrispondente obbligo, di adottare provvedimenti nazionali adeguati a garantire la tutela della sicurezza degli approvvigionamenti a livello nazionale.

Benché una tale argomentazione non sia del tutto priva di fondamento, l'obbligo di garantire l'approvvigionamento energetico nel proprio territorio nazionale non può essere invocato per giustificare una misura interna contraria al diritto dell'UE, salvo il caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave all'interruzione delle forniture che pregiudichi uno degli interessi fondamentali della collettività. Come si è già visto, anche l'interpretazione restrittiva della Corte sulla nozione di sicurezza dell'approvvigionamento energetico conferma la sussistenza di un divieto generale, in capo agli Stati membri, di adottare unilateralmente misure a tutela della sicurezza energetica, senza il controllo da parte delle istituzioni UE. L'orientamento della Corte sulla sicurezza energetica non

³⁶ Com'è noto, il più importante accordo internazionale a tutela della sicurezza energetica è il Trattato sulla Carta dell'Energia, adottato con decisione 98/181/CE, del Consiglio e della Commissione, del 23 settembre 1997, GUCE L 69, 9 marzo 1998, pp. 1-116. Per un approfondimento si rinvia a T. WÄLDE (ed.), *Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, London, 1996, p. 194 ss.

³⁷ *Ex multis*, sul tema si rinvia in dottrina a E. D. CROSS, *Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis*, in *Common Market Law Review*, 1992, pp. 447-472; J. H. WEILER, *The External Legal Relations of Non-Unitary Actors: Mixity and the Federal Principle*, in J. H. WEILER, *The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor? and Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999, pp. 130-184; R. SCHÜTZE, *Supremacy without Pre-emption? The Very Slowly Emergent Doctrine of Community Pre-emption*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 1023-1048; M. CREMONA, *Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process*, in A. DASHWOOD, M. MARESCAU (eds.), *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge, 2008, pp. 34-69.

³⁸ In tal senso, C. PEDRÒS, E. COCCIOLO, *Security of Energy Supply: When Could National Policy Take Precedence over European Law*, in *Energy Law Journal*, 2010, p. 54.

rappresenta affatto una “deriva” giurisprudenziale, risultando pienamente aderente e conforme al quadro normativo del diritto UE che ha stabilito una disciplina comune in caso di crisi delle forniture.

D'altra parte, è pur vero che, in assenza di una completa armonizzazione sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico di gas, la normativa europea non costituisce che un approccio minimo alla materia; ne consegue che l'effetto di *pre-emption* potrà essere invocato limitatamente ai casi di interruzione delle forniture.

Resta dunque da stabilire se l'intervento dell'UE debba essere limitato alla gestione delle crisi energetiche, ovvero possa estendersi anche alla gestione *ordinaria* della sicurezza energetica a livello europeo. Nel rispetto della ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri in materia di sicurezza degli approvvigionamenti energetici è possibile inferire l'esistenza di taluni limiti all'intervento unilaterale degli Stati membri, non solo in caso di crisi, ma anche nella gestione ordinaria della sicurezza energetica, in base alle nuove disposizioni del Trattato di Lisbona e, più in particolare, alla luce del principio di solidarietà.

7. L'idea di solidarietà è disseminata in varie parti dei Trattati e viene declinata in ciascuna politica in termini diversi.

Nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia si afferma, ad esempio, che l'Unione “sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, *fondata sulla solidarietà* tra Stati membri”³⁹. Il Trattato precisa che queste politiche dell'Unione sono *governate dal principio di solidarietà* e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri⁴⁰.

Con particolare riferimento al settore dell'energia, il TFUE fa riferimento allo *spirito* di solidarietà tra gli Stati membri, sia nell'art. 122 TFUE, dove esso è evocato qualora sorgano “gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia”, sia nell'art. 194 TFUE, dove si afferma che la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno “spirito di solidarietà tra gli Stati membri, a (...) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico *nell'Unione*”⁴¹.

In primo luogo, si tratta di stabilire se la diversità semantica con cui il Trattato fa riferimento all'idea di solidarietà sia espressione di una diversa portata normativa del principio in esame. Si potrebbe sostenere che la formulazione della solidarietà in termini di *principio* nella politica europea dell'immigrazione ed in termini di *spirito* della politica europea dell'energia segni una distinzione tra la forza giuridicamente vincolante del principio, istitutivo di obblighi e

³⁹ Art. 67, par. 2, TFUE (corsivo aggiunto).

⁴⁰ Per un'analisi della portata normativa del principio di solidarietà nella politica comune dell'immigrazione si rinvia a M. GESTRI, *La politica europea dell'immigrazione: solidarietà tra Stati Membri e misure nazionali di regolarizzazione*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*. Liber Amicorum in onore di Paolo Picone, Napoli, 2011, pp. 902-909.

⁴¹ Art. 194, par. 2, TFUE (corsivo aggiunto).

doveri per gli Stati, e la natura programmatica ed esortativa dello spirito, che dovrebbe informare lo sviluppo di una politica energetica comune.

Un'interpretazione letterale di questo tipo non tiene conto però di una serie di considerazioni: in primo luogo, il dovere di solidarietà trae origine comune dal principio generale di leale cooperazione tra gli Stati membri e tra questi e le istituzioni dell'Unione. Inoltre, esistono numerosi atti⁴² adottati dalle istituzioni europee in cui si fa espressamente riferimento al principio di solidarietà come elemento fondante della dimensione esterna della politica energetica europea. Il regolamento (UE) n. 994/2010 (concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas)⁴³ usa indifferentemente le due locuzioni, riconoscendo che la cooperazione regionale sulla sicurezza energetica si fonda sul *principio* di solidarietà.

Atteso che al principio di solidarietà energetica vada riconosciuta dunque una forza giuridicamente vincolante, è possibile ricavare dall'art. 194 TFUE obblighi giuridici per gli Stati membri in materia di sicurezza degli approvvigionamenti di gas?

Il principio di solidarietà potrebbe contribuire allo sviluppo della dimensione esterna della politica energetica europea, attraverso una serie di obblighi di carattere negativo e positivo.

⁴² *Ex multis*, vedi le conclusioni della presidenza del Consiglio europeo, del 4 febbraio 2011 (EUCO 2/11); le conclusioni della presidenza del Consiglio europeo, del 1° marzo 2007 (EUCO 3/07); la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 4 marzo 2009, Secondo riesame strategico della politica energetica: Piano d'azione dell'UE per la sicurezza e la solidarietà nel settore energetico, COM(2008)781 def.

⁴³ Il regolamento 994/2010 è il primo atto adottato sulla base dell'art. 194, par. 2, TFUE e contiene misure volte a rafforzare il quadro normativo comune per la sicurezza dell'approvvigionamento di gas a fronte delle interruzioni delle forniture. Nella precedente normativa, l'intervento dell'Unione europea nelle crisi energetiche era limitato ai casi di "grave interruzione" dell'approvvigionamento di gas che, secondo il combinato disposto di cui agli articoli 2 ed 8 della direttiva 2004/67, si verificava in presenza di un danno superiore al 20% della fornitura di energia.

Le crisi delle forniture di gas in Ucraina (2006, 2009), Bielorussia (2008), Repubblica ceca (2008) e Bulgaria (2009) avevano dimostrato come le interruzioni volontarie delle forniture potessero determinare fibrillazione sui prezzi dell'energia ed allarmare l'opinione pubblica, a fronte di un danno effettivo inferiore alla soglia predeterminata, non consentendo, di fatto, l'applicazione del meccanismo di intervento dell'Unione. La percezione di insicurezza che i cittadini europei nutrono nei confronti della questione energetica è confermata dai dati forniti dall'Eurobarometro che attestano come il 69% delle attese dei cittadini europei sia rivolto a che l'Unione europea sappia affrontare e risolvere la sfida della sicurezza energetica; d'altra parte, sono state proprio le aspettative dell'opinione pubblica europea che hanno contribuito, in questi ultimi anni, a rendere la politica energetica europea una delle priorità di azione dell'Unione.

Nella prospettiva europea, le crisi delle forniture di energia hanno avuto almeno due conseguenze: la prima è quella di aver dimostrato che la dimensione interna del mercato interno dell'energia non è sufficiente a risolvere il problema della sicurezza energetica, rendendosi necessario attribuire carattere prioritario anche alla dimensione esterna della politica energetica europea. La seconda conseguenza è quella di avere evidenziato l'inefficacia della normativa internazionale (*in primis*, il Trattato sulla Carta dell'energia), nonché dell'attuale cooperazione energetica bilaterale (Dialogo energetico tra l'Unione e la Russia) rispetto al tema della sicurezza energetica.

Nella prima categoria rientrano tutte quelle misure che impongono agli Stati membri di astenersi da qualsiasi azione unilaterale che rischi di mettere in pericolo la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione. Quando si verifica un'interruzione delle forniture ovvero una domanda eccezionalmente elevata di gas, la normativa europea prescrive, ad esempio, il divieto di chiudere l'accesso transfrontaliero alle infrastrutture per evitare di isolare il mercato nazionale dello Stato membro interessato dalla crisi energetica.

Nella seconda categoria figurano obblighi positivi che costituiscono un'attuazione concreta del principio di solidarietà. Si pensi ai meccanismi di prevenzione delle crisi come l'obbligo di predisporre "Piani comuni d'azione", che si basano principalmente di misure di mercato, ovvero i "Piani comuni di emergenza", che possono adottare misure non di mercato, quali lo stoccaggio strategico del gas, l'uso di scorte di combustibili alternativi, il ricorso obbligatorio a contratti interrompibili.

Il campo di applicazione degli obblighi positivi non dovrebbe però limitarsi alle misure per fronteggiare le crisi delle forniture, ma andrebbe esteso a tutti gli atti che incidono sulla sicurezza energetica dell'UE.

Pur salvaguardando i diritti di sovranità degli Stati membri sulle proprie fonti energetiche, le misure adottate a livello nazionale, ivi compresi gli accordi intergovernativi relativi alle forniture di gas, devono essere coordinate dalla Commissione nell'esercizio di una costante attività di controllo e monitoraggio della sicurezza energetica europea.

In attuazione del principio di solidarietà, gli Stati membri hanno l'obbligo di informare la Commissione ed il Gruppo di coordinamento del gas (d'ora in poi, il Gruppo)⁴⁴ sulle misure energetiche nazionali suscettibili di incidere, direttamente o indirettamente, sul corretto funzionamento del mercato interno del gas. Agli obblighi di informazione si affiancano quelli di consultazione durante le negoziazioni o comunque prima della conclusione di accordi bilaterali con Paesi produttori di energia, qualora tali accordi contengano disposizioni rilevanti in tema di sicurezza degli approvvigionamenti nell'Unione⁴⁵.

⁴⁴ Il Gruppo è stato istituito dalla direttiva 2004/67/CE del Consiglio, del 26 aprile 2004, *GUUE* L 127, 29 aprile 2004, p. 92 ss., al fine di favorire lo scambio delle informazioni e la definizione di azioni comuni a livello di Stati membri e Commissione, in particolare nelle situazioni di interruzione delle forniture di gas.

⁴⁵ In questo senso sembra muoversi la recente proposta della Commissione che riprende le conclusioni della presidenza del Consiglio europeo del 4 febbraio 2011 (EUCO 2/11) al fine di istituire un meccanismo permanente per il coordinamento e lo scambio delle informazioni durante i negoziati tra Stati membri e Paesi terzi per la conclusione di accordi intergovernativi in ambito energetico. La Commissione sarà chiamata ad assumere un ruolo sempre più attivo nelle negoziazioni, arrivando ad emettere una valutazione *ex ante* sulla conformità dell'accordo bilaterale rispetto al diritto dell'UE. In una prospettiva *de iure condendo*, il controllo preventivo di compatibilità effettuato dalla Commissione dovrebbe essere obbligatorio e vincolante, in attuazione del principio di solidarietà nel settore dell'energia. Inoltre, la Commissione dovrebbe avere il potere di negoziare accordi energetici con i Paesi terzi, qualora sia necessario per conseguire la sicurezza energetica nell'UE. Con particolare riferimento ai progetti prioritari relativi alle infrastrutture

La Commissione europea, nella sua veste di custode dei trattati, può agire attraverso un ricorso di infrazione (articoli 258-260 TFUE) quando reputi che uno Stato membro abbia, con la propria iniziativa unilaterale, violato obblighi su di esso incombenti in virtù delle disposizioni del Trattato a tutela della sicurezza energetica europea.

Per fondare concretamente la dimensione esterna della politica energetica europea non appare sufficiente il richiamo alle dichiarazioni di volontà in cui si ricorda agli Stati membri la necessità di “parlare con una sola voce” nelle relazioni energetiche. L’ordinamento europeo possiede al suo interno gli strumenti necessari per adottare un approccio più pragmatico sulla dimensione esterna della sicurezza energetica; per potere assumere una posizione unitaria, l’Unione dovrebbe cercare di monitorare e limitare la polifonia di voci degli Stati membri, che finisce per pregiudicare non solo il potere negoziale della Commissione, ma anche la stessa immagine unitaria dell’Unione rispetto alla comunità internazionale.

A tal riguardo, le recenti vicende della crisi libica rappresentano un’occasione mancata per lo sviluppo della dimensione esterna della sicurezza energetica, poiché gli interventi unilaterali degli Stati membri sono stati rivolti a tutelare gli interessi energetici nazionali piuttosto che favorire il coordinamento a livello europeo di una complessiva strategia di sicurezza energetica nel Mediterraneo⁴⁶.

8. La diversificazione delle fonti e delle rotte è essenziale per migliorare la sicurezza dell’approvvigionamento dell’Unione nel suo complesso⁴⁷. L’aumento del consumo di gas naturale e la conseguente crescita delle importazioni dai Paesi terzi richiede di affrontare i problemi legati alla sicurezza energetica nel quadro delle nuove disposizioni del diritto europeo dell’energia.

energetiche europee, si noti come il Consiglio abbia recentemente affidato, in via sperimentale, un mandato alla Commissione autorizzandola a negoziare un accordo con l’Azerbaijan e il Turkmenistan sul sistema del gasdotto transcaspio. Per un maggiore approfondimento si rinvia alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 7 settembre 2011, Sulla sicurezza dell’approvvigionamento energetico e la cooperazione internazionale – La politica energetica dell’UE: un impegno con i partner al di là delle nostre frontiere, COM(2011)539 def.

⁴⁶ Il vertice straordinario del Consiglio dei ministri dell’energia, tenutosi a Bruxelles il 21 marzo 2011 per affrontare le questioni energetiche in seguito al disastro nucleare in Giappone ed all’intervento in Libia, non è riuscito ad arginare gli interventi unilaterali di Francia, Regno Unito ed Italia che si sono mosse in ordine sparso per acquisire (nel caso della Francia e del Regno Unito) o difendere (nel caso dell’Italia) posizioni privilegiate rispetto alle forniture libiche. Gli interventi unilaterali degli Stati membri in Libia sembrano muoversi in direzione opposta rispetto allo sviluppo di una *Comunità UE-Mediterraneo meridionale dell’energia*, così come era stata proposta nella comunicazione congiunta della Commissione e dell’Alto rappresentante al Consiglio europeo, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell’8 marzo 2011, Un partenariato per la democrazia e la prosperità condivisa con il Mediterraneo meridionale, COM(2011)200 def.

⁴⁷ L’Unione europea ha acquisito la consapevolezza che una sicurezza energetica di medio e lungo termine non può prescindere da una strategia comune di diversificazione della propria dipendenza, sia rispetto al fornitore (la Russia) che rispetto alla fonte (i combustibili fossili).

Dal punto di vista della dimensione interna, il completamento del mercato interno del gas e la tutela di una concorrenza effettiva nei mercati a valle possono offrire un elevato livello di sicurezza energetica, a condizione che il mercato interno del gas sia in grado di funzionare con la massima efficienza. Nella fase antecedente alle liberalizzazioni energetiche, gli accordi di fornitura a lungo termine sono stati indispensabili alla razionale pianificazione degli investimenti nelle infrastrutture energetiche. Con l'entrata in vigore del terzo pacchetto energetico per la creazione del mercato interno del gas, la permanenza di tali contratti rischia di pregiudicare l'effettiva concorrenza del mercato.

Sebbene il diritto dell'Unione non osti a che le società europee possano concludere accordi di fornitura a lungo termine con le società di distribuzione di Paesi terzi è opportuno evitare che il ricorso sistematico a tali contratti non sia giustificato, per le imprese importatrici, dallo scopo di conservare posizioni dominanti nei mercati a valle e, per le imprese esportatrici, da ragioni geopolitiche legate all'utilizzo delle risorse energetiche come strumenti di pressione nelle relazioni internazionali.

Nel rispetto della libertà contrattuale delle parti, i contratti di fornitura di gas a lungo termine devono risultare compatibili con il diritto *antitrust* dell'UE e coerenti con la politica europea sulla sicurezza degli approvvigionamenti.

Il ricorso a tali contratti, pur rimanendo un'opzione importante nella programmazione della capacità di fornitura e trasporto di gas naturale, dovrebbe essere limitato da un'applicazione rigorosa dell'*efficiency defence test* previsto dal diritto *antitrust* europeo, allorquando sia comprovato che i benefici concreti prodotti sulla sicurezza dell'approvvigionamento siano realmente superiori rispetto agli effetti pregiudizievoli per la concorrenza.

Un nuovo bilanciamento degli interessi dei contratti di fornitura a lungo termine che tenga maggiormente conto del loro impatto sulla liberalizzazione dei mercati e sulla sicurezza energetica europea può configurare una più equilibrata allocazione dei rischi tra le imprese ed i consumatori finali.

Con particolare riferimento alla dimensione esterna della sicurezza energetica europea, il principio di solidarietà previsto dall'art. 194 TFUE richiede di stabilire una responsabilità condivisa tra imprese energetiche, Stati membri ed istituzioni europee.

Il riconoscimento della forza giuridicamente vincolante del principio di solidarietà, come elemento fondante della politica energetica europea, impone agli Stati membri ed alle imprese energetiche obblighi positivi e negativi.

Gli interventi unilaterali degli Stati membri non devono ostacolare il corretto funzionamento del mercato interno del gas e la fornitura di gas agli utenti più vulnerabili. Gli obblighi positivi non dovrebbero essere limitati alle misure di prevenzione e reazione rispetto alle interruzioni delle forniture, ma devono estendersi anche alla gestione ordinaria delle relazioni energetiche. Gli accordi intergovernativi conclusi tra gli Stati membri ed i Paesi produttori di gas, che operano sovente in un rapporto di strumentalità rispetto alle contrattazioni private dei contratti di fornitura, devono essere previamente coordinati con la Commissione perché possono indebolire la negoziazione collettiva e pregiudicare la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione.

L'obiettivo di realizzare un'azione esterna in cui l'UE parli con "una sola voce" nel delicato settore delle relazioni energetiche presuppone strumenti di coordinamento, controllo e sanzione rispetto agli interventi unilaterali degli Stati membri.

La situazione comune di interdipendenza energetica degli Stati membri può incrementare la consapevolezza della necessità di una cooperazione energetica fondata concretamente sul principio di solidarietà nel quadro di una responsabilità condivisa tra imprese, Stati membri ed istituzioni europee sulla sicurezza degli approvvigionamenti.

Tuttavia, sarebbe semplicistico e pericoloso sottovalutare le resistenze degli Stati membri rispetto allo sviluppo di una effettiva dimensione esterna della politica energetica europea. Proprio dal riconoscimento della sussistenza di tali resistenze è necessario partire per comprendere come la sicurezza energetica, a livello europeo, sia un obiettivo quanto mai incerto e difficile da conseguire.

Abstract

Long-term Gas Contracts in EU Energy Law between Competition and Security of Supply

This article explores the interlink between the internal and the external dimension of security of gas supply in the "new" EU energy law.

At the EU level, the share of imported gas in the general structure of energy sources is constantly rising. The growth of the external energy dependence requires an in-depth legal analysis on long-term gas contracts and on intergovernmental energy agreements between Member States and third countries.

From one hand, long-term gas contracts will continue to be an important option for gas supply undertakings, in so far as they are useful tools for planning investments on energy infrastructures and fostering the supply and transport capacity of natural gas within the EU internal market. From the other hand, long-term gas contracts are vertical agreements with foreclosure effects on the workable competition that affect consumers and undertakings interests in the downstream markets.

The assessment of the compliance of long-term gas agreements with the EU law has been struck with a waiving of competition interests and security of supply arguments, taking into account the impact of the liberalization process of gas markets in the EU, particularly concerning the implementation of the Third Energy Package.

As far as long-term gas agreements are interrelated with intergovernmental agreements, the evaluation of a legally binding force for the "solidarity principle" in the energy field (under Art. 194 TFEU) requires to foster the coherence between national energy policies and the establishment of a European energy policy, through the utilization of procedures for the exchange of information between Member States and the Commission and a mandatory *ex-ante* control mechanism applicable to all the relevant intergovernmental agreements which are likely to have an impact on the functioning of the gas internal market or on the security of gas supply in the Union.



Note e Commenti

Giannangelo Marchegiani*

Sulla competenza del Tribunale dell'Unione europea nei confronti della BEI in materia di appalti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le ragioni che giustificano l'applicabilità alla BEI dell'art. 230 TCE (attuale art. 263 TFUE). – 3. I possibili dubbi circa l'applicabilità alla BEI degli articoli 235 e 288 del TCE (rispettivamente articoli 268 e 340 TFUE). – 4. Le perplessità che possono sorgere da un necessario ricorso all'art. 253 TCE (attuale art. 296 TFUE). – 5. L'incertezza nascente da un'equivoca affermazione riguardante l'ambito di operatività dell'art. 230 TCE. – 6. Conclusioni.

1. Con la sentenza in data 20 settembre 2011, causa T-461/08, *Evropaïki Dynamiki c. BEI*, il Tribunale ha giudicato un contenzioso sorto in merito ad una decisione della Banca europea per gli investimenti (in seguito “la BEI” o “la Banca”) di rifiutare un'offerta presentata nel contesto di una gara d'appalto relativa ad una prestazione di servizi. È opportuno premettere che il presente lavoro non intende commentare le ragioni delle parti né le motivazioni espresse dal giudice riguardo alle diverse irregolarità riscontrate nell'ambito della procedura di aggiudicazione. Ciò non vuol dire peraltro che tali argomenti non siano stati oggetto di riflessione. Anzi, occorre anche riconoscere che la loro lettura ha evidenziato il particolare interesse delle problematiche affrontate dal Tribunale. E non si nasconde che questo esame ha portato a condividere la maggior parte delle conclusioni cui l'organo è pervenuto, in particolare quelle concernenti gli aspetti relativi al diritto applicabile, all'estraneità della decisione impugnata rispetto all'attività istituzionale della BEI, alla valutazione dei criteri d'aggiudicazione, all'inesistenza di un nesso di causalità nella richiesta di risarcimento avanzata dall'offerente escluso.

Per contro, non è agevole accogliere tutte le considerazioni espresse dallo stesso giudice in merito alle norme che a suo giudizio attribuiscono alla Corte di giustizia UE la competenza a giudicare alcuni atti e comportamenti della Banca finora ritenuti esclusi dalla sua giurisdizione. Per le ragioni che saranno esposte in seguito, non sembra cioè possibile ritenere che le conclusioni del giudice

* Avvocato, già direttore nella Direzione Affari Giuridici della BEI. Le opinioni espresse in questo commento sono dell'autore e potrebbero non essere condivise dalla BEI.

europeo in materia siano tutte incontestabili o che siano integralmente condivisibili gli argomenti utilizzati per giustificarle. In particolare, risulta difficile aderire *in toto* alle argomentazioni svolte dal Tribunale per sostenere la tesi secondo la quale già nel quadro del Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE) alcune norme riguardanti la suddetta competenza giurisdizionale si riferivano anche alla BEI, pur non menzionandola. Anche perché il Trattato di Lisbona ha apportato delle sostanziali modifiche ad alcune delle norme considerate dalla sentenza in esame. Più precisamente, tutte le disposizioni vagliate dalla sentenza del Tribunale sono riprodotte in corrispondenti norme del TFUE. Tuttavia, solo una parte di queste ultime norme contengono un riferimento, anche se indiretto, alla BEI, mentre le altre sono rimaste silenziose al riguardo. Di conseguenza, le disposizioni del TFUE che non menzionano, direttamente o indirettamente, la Banca fanno nascere dei seri dubbi sulla possibilità di sottoporla a tutte le corrispondenti disposizioni del TCE.

A questo proposito, è bene anche rammentare che l'art. 271, lett. a), b), c)¹ è la sola disposizione del TFUE che fa espresso riferimento alla competenza della Corte di giustizia nei confronti delle controversie riguardanti la Banca. Inoltre, la stessa Corte ha affermato la sua giurisdizione sulle controversie nascenti nell'ambito dell'art. 236 TCE (corrispondente all'attuale art. 270 TFUE), in tema di contenzioso con il personale, e dell'art. 280 TCE (art. 325 TFUE), in materia di frode al bilancio dell'Unione europea². Si può, tuttavia, ritenere che i suddetti articoli del TFUE non siano i soli a delimitare attualmente l'ambito del controllo di legittimità esercitato dalla detta istituzione sulla BEI, nel senso che ormai anche altre disposizioni di questo Trattato la riguardano, pur non menzionandola

¹ Art. 271, lett. a), b), c): “La Corte di giustizia dell’Unione europea è competente, nei limiti sotto specificati, a conoscere delle controversie in materia di:

a) esecuzione degli obblighi degli Stati membri derivanti dallo statuto della Banca europea per gli investimenti. Il consiglio di amministrazione della Banca dispone a tale riguardo dei poteri riconosciuti alla Commissione dall’articolo 258;

b) deliberazioni del consiglio dei governatori della Banca europea per gli investimenti. Ciascuno Stato membro, la Commissione e il consiglio di amministrazione della Banca possono proporre un ricorso in materia, alle condizioni previste dall’articolo 263;

c) deliberazioni del consiglio di amministrazione della Banca europea per gli investimenti. I ricorsi avverso tali deliberazioni possono essere proposti, alle condizioni fissate dall’articolo 263, soltanto dagli Stati membri o dalla Commissione e unicamente per violazione delle norme di cui all’articolo 19, paragrafo 2 e paragrafi da 5 a 7 inclusi, dello statuto della Banca (...).”

² Per quanto concerne la giurisprudenza in tema di contenzioso con il personale v., per tutte, la sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 1975, causa 110/75, *Mills c. BEI*, *Raccolta*, p. 955 ss., e quella del Tribunale di prima istanza dell’8 marzo 2002, causa T-275/02, *D c. BEI*, *ivi*, FP, p. I-A-51 ss., p. II-211 ss. Per l’altra materia, v. la sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2003, causa C-15/00, *Commissione c. BEI*, *ivi*, p. I-7281 ss.; v. anche J. SANTOS VARAS, *La independencia del Banco central europeo y del Banco europeo de inversiones frente a la Oficina europea de lucha contra el fraude (OLAF)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, p. 237 ss.; F. SPAGNUOLO, G. PIZZANELLI, *La Corte di giustizia nel caso OLAF precisa che l’indipendenza della BCE e della BEI non determina il loro isolamento dal contesto giuridico comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 233 ss.

espressamente. È lecito cioè supporre che siano applicabili alla Banca anche tutte le altre norme del TFUE che, a seguito del Trattato di Lisbona, hanno esteso la giurisdizione della Corte di giustizia agli atti degli organismi dell'UE in generale. Ciò per la buona ragione che la stessa Corte di giustizia ha ritenuto in varie sentenze che anche la BEI è un organismo dell'Unione europea³. Sulla base di questa premessa, si intende dunque esaminare la congruità delle argomentazioni svolte dal Tribunale in merito all'applicabilità alla BEI degli articoli 230 TCE (art. 263 TFUE), 233 TCE (art. 266 TFUE), 235 TCE (art. 268 TFUE), 288 TCE (art. 340 TFUE) e 253 TCE (art. 296 TFUE).

2. Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 230 TCE (art. 263 TFUE)⁴, la sentenza ha innanzitutto giustamente considerato che la decisione impugnata non rientrava nella sfera di competenza del consiglio dei governatori né in quella del consiglio di amministrazione della BEI e che non poteva, pertanto, essere attribuita all'uno o all'altro di questi organi. Di conseguenza la legittimità di tale decisione non poteva essere esaminata alla luce dell'art. 237 TCE (corrispondente al menzionato art. 271 TFUE), dato che questa disposizione riguardava soltanto talune controversie concernenti i suddetti due organi della Banca. In secondo luogo, il Tribunale ha presunto che l'atto in questione rientrasse, anche se indirettamente, nella sfera di competenza attribuita dallo Statuto della BEI al suo comitato direttivo (v. punti 40-44 delle motivazioni). Infine, lo stesso giudice ha ricordato la dichiarazione di principio con la quale, in occasione di un'altra controversia riguardante la BEI, la Corte di giustizia ha esteso anche alla Banca la nota giurisprudenza *Les Verts*⁵.

A questo ultimo proposito, il Tribunale⁶ ha voluto ricordare che la Comunità è una comunità di diritto, nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale costituita dal Trattato CE, e che il Trattato stesso ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni. Ha poi aggiunto che questa esigenza di un controllo di legittimità esaustivo è conforme agli obiettivi perseguiti dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza⁷, secondo la quale “ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice imparziale”. Ha quindi concluso sostenendo che la disposizione generale costituita dall'art. 230

³ V., da ultimo, la citata sentenza *Commissione c. BEI* e la giurisprudenza ivi menzionata.

⁴ K. LENAERTS, *Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, in *Cahiers de droit européen*, 2009, p. 711 ss.; E. FONTANA, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 53 ss.

⁵ V. la citata sentenza *Commissione c. BEI*.

⁶ Con una motivazione svolta tutta al presente, probabilmente per rimarcare l'immanenza dei concetti espressi.

⁷ *GUCE C 364*, 18 dicembre 2000, p. 1 ss.

TCE è completata dalla disposizione speciale contenuta nel suddetto art. 237 TCE, che ha solo una portata limitata e non copre gli atti produttivi di effetti giuridici definitivi nei confronti di terzi, quali la decisione impugnata, che il comitato direttivo è stato indotto ad adottare nell'ambito della gestione degli affari di ordinaria amministrazione della BEI, conformemente all'art. 13, n. 3, del suo Statuto (v. punti 46-49).

Sulla base di queste motivazioni il Tribunale ha, pertanto, affermato che la necessità di un controllo completo della legittimità degli atti comunitari esige che l'art. 225, n. 1, TCE e l'art. 230 TCE siano interpretati nel senso che non escludono la competenza del Tribunale a conoscere di un ricorso di annullamento di un atto rientrante nella gestione degli affari di ordinaria amministrazione della BEI, produttivo di effetti giuridici definitivi nei confronti di un terzo (v. punto 52). Il Tribunale ha cioè espresso un giudizio che, alla luce anche di altri argomenti che saranno svolti in prosieguo, deve essere ormai ritenuto come definitivo e inconfutabile per quanto riguarda l'effettiva portata dell'art. 230 TCE. Resta invece il dubbio che sia chiaro ed esaustivo il ragionamento seguito per pervenire a questo risultato. Anche perché non si può sottacere il fatto che una parte di tale ragionamento è dedicata a contraddire una precedente decisione dello stesso giudice⁸ che, in considerazione della diversa natura degli atti della Banca rispetto a quelli delle istituzioni comunitarie e della Banca centrale europea, aveva risolto in modo esattamente opposto un'analogha questione concernente l'art. 180 TCE (sostituito dall'art. 271 TFUE). Secondo questa decisione, infatti, la giurisprudenza *Les Verts* non era applicabile alla BEI perché questa “non adotta decisioni che producano effetti giuridici nei confronti di terzi che non beneficino di prestiti né di garanzie della BEI stessa” (v. punto 48).

Ora, è appunto questo evidente contrasto di opinioni espresse in tempi successivi dallo stesso giudice che induce a riflettere sulla completezza del ragionamento adottato dal Tribunale per giungere ad una pur sempre esatta conclusione. Si pone cioè la questione di sapere se il ricorso alla giurisprudenza *Les Verts* costituisse realmente, all'epoca della controversia, la sola via percorribile per ottenere il suddetto ineccepibile risultato. E questo dubbio nasce anche dal fatto che nel caso della BEI il presupposto per l'applicabilità di tale giurisprudenza, cioè la presunta assenza di un giudice demandato a dirimere le controversie nascenti in relazione ad atti del comitato direttivo, poteva non sussistere. Più precisamente, sembra logico domandarsi se, all'epoca, le controversie di questa natura non dovevano, piuttosto, essere risolte dalle competenti giurisdizioni degli Stati membri ai sensi dell'art. 29 del precedente Statuto della Banca⁹, poiché ciascuna di tali giurisdizioni doveva essere ritenuta a tutti gli effetti un “giudice imparziale”, nel senso voluto dalla Carta. Per quanto riguarda poi l'esigenza di affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità, sotto il profilo dell'al-

⁸ Ordinanza del 26 novembre 1993, causa T-460/93, *Tête e a. c. BEI*, *Raccolta*, p. II-1257 ss.

⁹ Art. 29: “Le controversie tra la Banca, da una parte, e i suoi creditori, i suoi debitori o terzi, dall'altra, sono decise dalle giurisdizioni nazionali competenti, fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia”.

lora diritto comunitario, degli atti delle entità appartenenti al quadro costituzionale del TCE, è ragionevole ritenere che tale controllo poteva anche essere assicurato con lo strumento del rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 234, lett. b), TCE. Ciò, nella considerazione che questa disposizione era suscettibile a maggior ragione di essere letta alla luce della detta giurisprudenza *Les Verts*, al fine di comprendervi anche la possibilità di esaminare la validità e l'interpretazione degli atti compiuti dal comitato direttivo della BEI¹⁰.

L'insieme di queste considerazioni lascia, pertanto, pensare che il ragionamento del Tribunale meritasse di essere integrato da un riferimento alla sentenza relativa al caso *Geotronics*¹¹. Si ricorda che la relativa controversia verteva sulla possibilità di impugnare sul fondamento dell'art. 173 TCE (poi divenuto art. 230 TCE) la legittimità di una decisione della Commissione di non accogliere l'offerta avanzata dalla Società *Geotronics* in una procedura di appalto organizzata nel quadro di un progetto da realizzare con l'utilizzo di capitali provenienti dal Fondo europeo di sviluppo. In questo contesto la Corte di giustizia ha ammesso la ricevibilità di un ricorso ai sensi della suddetta disposizione contro questo tipo di decisioni, nella considerazione che nella fattispecie si trattava pur sempre di atti destinati a produrre effetti giuridici obbligatori idonei ad incidere sugli interessi di chi li impugna. La sentenza relativa al caso *Geotronics* ha cioè riconosciuto ricevibile ai sensi dell'art. 230 TCE un ricorso di natura identica a quella del ricorso oggetto della sentenza in esame. Ciò vuol dire, in altre parole, che nell'ambito della procedura di appalto esaminata dal Tribunale la BEI aveva preso una decisione nella sua qualità di organismo appartenente allo stesso quadro istituzionale della Comunità e che tale decisione aveva la stessa natura degli atti della Commissione impugnabili sulla base del detto art. 230 TCE.

In conclusione, tutto lascia ritenere che l'allora art. 230 TCE fosse applicabile anche alla Banca, all'epoca della sentenza in commento, non solo sul fondamento del principio espresso dalla sentenza *Les Verts*. Ciò in riconoscimento del fatto che la decisione impugnata nei confronti della BEI aveva la stessa natura degli atti che, alla luce della giurisprudenza affermata dalla Corte nel caso *Geotronics*, potevano essere oggetto di ricorso sul fondamento del detto art. 230 TCE. Sembra cioè evidente che, nell'ottica della portata assegnata all'articolo in esame dagli autori del Trattato, evidenziata dalla suddetta sentenza della Corte di giustizia, un'interpretazione estensiva di tale disposizione dovesse prevalere sulla lettera dell'art. 29 dello Statuto. Questo per la buona ragione che, grazie alla giurisprudenza *Geotronics*, una siffatta interpretazione dell'art. 230 TCE aveva, sia pure implicitamente, attribuito alla giurisdizione europea la competenza a dirimere le controversie relative alle decisioni di natura simile a quella del rifiuto in conten-

¹⁰ Anche in considerazione del fatto che il corrispondente art. 267, lett. b), TFUE prevede che la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale anche sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dagli organismi dell'Unione.

¹¹ Sentenza del 22 aprile 1997, causa C-395/95 P, *Geotronics c. Commissione*, Raccolta, p. I-2271 ss., confermata dalla sentenza del 5 maggio 1998, causa C-386/96, *Société Louis Dreyfus e C. c. Commissione*, *ivi*, p. I-2309 ss.

zioso, assunte da qualsiasi entità appartenente al quadro istituzionale stabilito dal Trattato. Per cui non c'era motivo di escludere solo gli atti della BEI dall'ambito giurisdizionale di competenza dei giudici di Lussemburgo, visto che anch'essa apparteneva a tale quadro istituzionale¹². Tanto è vero che la detta interpretazione estensiva è stata in seguito confermata dal Trattato di Lisbona, visto che questo ha applicato l'art. 263 TFUE (che, come detto, ha sostituito l'art. 230 TCE) anche alla sfera degli organismi dell'UE, a cui la Banca appartiene a pieno titolo.

3. Per quanto riguarda invece l'applicabilità alla BEI degli articoli 235 TCE (art. 268 TFUE) e 288 TCE (art. 340 TFUE) la sentenza ha affermato la competenza del Tribunale a conoscere di un ricorso che comprende una domanda di risarcimento del danno derivante ad un terzo anche da un illegittimo comportamento della BEI. A sostegno di tale affermazione il Tribunale ha innanzitutto riconosciuto che le suddette disposizioni non stabilivano in maniera esplicita la competenza della giurisdizione comunitaria nei confronti della Banca. In assenza di specifiche disposizioni in materia lo stesso giudice ha, peraltro, ritenuto sufficiente fare riferimento ad una sentenza della Corte di giustizia in data 2 dicembre 1992, che aveva esaminato una controversia in materia di responsabilità extracontrattuale nella quale era coinvolta anche la BEI¹³. Più precisamente, il Tribunale ha ricordato che con tale sentenza la Corte si era già riconosciuta competente per statuire su un ricorso per risarcimento danni proposto nei confronti della BEI sulla base degli articoli 178 e 215, co. 2, TCEE (divenuti articoli 235 e 288, co. 2, TCE). Il giudice è giunto a questa conclusione basandosi in particolare sul punto 16 della suddetta sentenza, per il quale "il termine 'istituzione' usato all'art. 215, secondo comma, del Trattato (CEE) non andava inteso nel senso che comprende le sole istituzioni della Comunità elencate all'art. 4, n. 1, del Trattato (CEE), ma come ricomprensivo anche, tenuto conto del sistema di responsabilità extracontrattuale sancito dal Trattato (CEE), gli organismi comunitari come la Banca" (v. punti 53 e 54).

Ora, non sembra che la suddetta conclusione del Tribunale sia basata su un'argomentazione ineccepibile e questo per le seguenti ragioni. In primo luogo, a ben vedere si potrebbe anche pensare che, nella sentenza richiamata dal Tribunale, la Corte di giustizia abbia preso in considerazione una responsabilità della BEI unitamente a quella dell'allora Comunità europea solo perché in quella circostanza la Banca agiva quale intermediaria. In questa ipotesi, i punti da 12 a 15 di tale sentenza vorrebbero, in realtà, lasciare intendere che la sola responsa-

¹² Per un più ampio esame degli argomenti in favore di questa opinione si permetta il rinvio a G. MARCHEGIANI, *La Banque européenne d'investissement*, in *Commentaire J. Megret, Le Droit de la CE et de l'Union Européenne*, vol. IX, Bruxelles, 2000, p. 547 ss. V. anche F. MARIATTE, *Recours contre les actes de la BEI*, in *Europe*, 2003, n. 10, p. 18 ss.

¹³ Sentenza del 2 dicembre 1992, causa C-370/89, *SGEEM e Etroy c. BEI*, *Raccolta*, p. I-6211 ss. V. anche W. VAN GERVEN, *Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, p. 6 ss.

bile del presunto danno sarebbe stata la Comunità europea. Inoltre, il punto 24 della correlata sentenza 25 maggio 1993¹⁴ avrebbe confermato che nella fattispecie si poteva configurare solo una relazione tra la Comunità, soggetto presunto responsabile, ed il danno causato, mentre la Banca aveva rivestito un ruolo di semplice intermediario. Per cui, la motivazione espressa nel suddetto punto 24 sarebbe servita in particolare a precisare che la ragione del coinvolgimento della BEI dipendeva dal fatto che nella circostanza essa aveva agito nella sua qualità di mandataria della Comunità. In quest'ottica si potrebbe, pertanto, ritenere che il menzionato punto 16 della sentenza 2 dicembre 1992 abbia solo voluto stabilire che la natura di organismo comunitario del mandatario avrebbe reso ancor più evidente l'eventuale nesso di responsabilità nei confronti della mandante (la Commissione). D'altra parte, l'oggetto del contendere era quello di determinare nel contesto di un finanziamento con fondi comunitari il soggetto (presunto) responsabile, individuato appunto nella Comunità. Per cui non c'era ragione per la Corte in quel frangente di stabilire anche i termini e le condizioni di una sua competenza giurisdizionale in un caso di responsabilità autonoma della BEI; al di fuori di una dichiarazione di principio che, peraltro, non era stata richiesta. Ciò non toglie, naturalmente, che, nel caso avesse accertato un'effettiva violazione del diritto comunitario, la seconda sentenza della Corte avrebbe potuto, sia pure indirettamente, stabilire anche la responsabilità della Banca nei confronti della Comunità sulla base del rapporto di mandato.

In secondo luogo, la competenza giurisdizionale della Corte di giustizia in tema di responsabilità extracontrattuale della Banca appare quanto meno incerta dopo i cambiamenti apportati dal Trattato di Lisbona ai detti articoli 235 e 288 TCE (divenuti articoli 268 e 340 TFUE). Invero, entrambe le norme del TFUE, insieme all'art. 46 dello Statuto della Corte di giustizia, sembrano voler precisare che non spetta a questa istituzione accertare se ricorrono i presupposti per una responsabilità extracontrattuale della BEI¹⁵. Si può, infatti, costatare come nessuna delle due disposizioni in esame sia stata integrata, come nel caso delle altre norme citate in precedenza, al fine di estendere espressamente la sua valenza anche agli organismi dell'UE in genere. Ora, è difficile pensare che gli autori del Trattato di Lisbona non abbiano valutato il reale significato delle suddette sentenze della Corte nel caso *SGEEM* quando hanno deciso di non menzionare tali organismi nel contesto degli articoli 268 e 340 TFUE. Un'interpretazione sia letterale sia sistematica del loro testo lascerebbe cioè intendere che solo l'UE e la BCE siano sottoposte ad un siffatto giudizio. Con la conseguenza che, una volta accertata tale responsabilità, l'UE risponde dei comportamenti illegittimi delle sue istituzioni, mentre la BCE è chiamata a risarcire gli eventuali danni con il proprio patrimonio. La responsabilità extracontrattuale della Banca sarebbe invece giudicata dalle competenti giurisdizioni degli Stati membri ai sensi

¹⁴ Sentenza *SGEEM* e *Etroy*; la Corte, nell'esaminare nel merito la controversia, ha escluso l'esistenza nella fattispecie di una responsabilità extracontrattuale della Commissione.

¹⁵ La responsabilità della BCE è confermata dall'art. 35, par. 3 del suo Statuto con un espresso riferimento all'art. 340 TFUE.

dell'art. 27 dell'attuale Statuto (art. 29 del precedente Statuto). Fatta salva, naturalmente la possibilità per il giudice nazionale di attivare la competenza pregiudiziale della Corte ai sensi dell'art. 267 TFUE. Insomma, tutto lascia supporre che la Corte di giustizia non si sia ancora pronunciata in maniera definitiva su questo spinoso argomento.

4. Un'altra causa di perplessità riguarda l'affermazione del Tribunale secondo la quale la BEI era tenuta a motivare il suo rifiuto in base all'art. 253 TCE (art. 296 TFUE)¹⁶. È una perplessità dovuta ancora una volta al fatto che l'attuale art. 296 TFUE non fa alcun cenno agli organismi dell'Unione. Sorge, pertanto, il dubbio che questa omissione sia del tutto intenzionale, in riconoscimento della diversa natura degli atti delle istituzioni rispetto a quella degli atti emessi dai detti organismi. Si potrebbe in altri termini arguire che per questi ultimi il suddetto obbligo di motivazione dovrebbe piuttosto scaturire dal generale principio di trasparenza previsto dal Trattato. Principio che lo stesso Tribunale ha ancora una volta riproposto proprio nel caso in esame, allorché ha affermato (punto 88) "che le procedure per la stipulazione dei pubblici appalti della BEI devono essere conformi alle regole fondamentali del Trattato CE e ai principi generali del diritto riguardanti in particolare (...) la trasparenza e la proporzionalità". Inoltre, tutto lascia supporre che ad un'analogia conclusione si potrebbe giungere ricorrendo al principio di buona amministrazione stabilito dall'art. 41, par. 2, lett. c), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (dove gli organismi dell'Unione sono invece citati), a cui l'art. 6, par. 1, TUE, come novellato dal Trattato di Lisbona, ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati. Per cui non si comprende la ragione che ha spinto il Tribunale a "scomodare" il suddetto art. 253 TCE. Anche perché il giudice, per un verso, si è limitato a basare questa sua opinione su una giurisprudenza che riguarda solo le istituzioni dell'UE e, per un altro verso, ha ommesso di giustificare l'apparente disarmonia di tale opinione nei confronti delle nuove disposizioni del TFUE introdotte dal Trattato di Lisbona al fine di chiarire il ruolo effettivo attribuito agli organismi dell'Unione.

5. Infine, come corollario di questo commento vale forse la pena di richiamare l'attenzione su un'ulteriore considerazione del Tribunale che nel quadro della sentenza in esame appare di difficile comprensione. L'affermazione non chiara è contenuta nel punto 50 delle motivazioni, allorché il giudice precisa che "[g]li atti formalmente adottati in seno alla BEI da organi diversi da quelli contemplati dall'art. 237, lett. b) e c), CE, e cioè organi diversi (...) dal consiglio d'amministrazione, debbono pertanto essere assoggettabili ad un controllo giurisdizionale se sono definitivi e producono effetti giuridici nei confronti dei terzi". Si tratta cioè di una considerazione che, a prima vista, sembrerebbe voler indirettamente escludere da tale controllo ogni atto del consiglio di amministrazione estraneo al detto art. 237 TCE. Ora, una siffatta affermazione, se intenzio-

¹⁶ G. MATUCCI, *Sulla motivazione degli atti normativi comunitari*, in *Il Politico*, 2006, p. 75 ss.

nale, non sembra in armonia con altre argomentazioni svolte nel contesto della stessa sentenza. In un altro punto delle motivazioni (punto 51) il Tribunale ha, infatti, ricordato il ragionamento utilizzato dalla Corte di giustizia in una nota sentenza con la quale ha delineato la c.d. “natura ambivalente” della BEI¹⁷.

In buona sostanza, tale sentenza ha riconosciuto l'esistenza di due aspetti fondamentali che concorrono a costituire la complessa natura giuridica di questo organismo finanziario altamente specializzato. Da una parte, esso è stato dotato dal Trattato di una completa autonomia funzionale e istituzionale, per consentirgli “di agire con piena indipendenza sui mercati finanziari, alla stregua di qualsiasi altra banca”. Da un'altra parte, “la Banca ha il compito di contribuire alla realizzazione degli scopi della Comunità”. Ciò vuol dire in altre parole che, nel valutare l'opportunità di concedere un finanziamento, la BEI deve esaminare non solo l'interesse economico dell'operazione, ma anche la sua conformità ai principi ed agli obiettivi dell'Unione. In quest'ottica sembra, pertanto, ragionevole supporre che il controllo di legittimità della Corte potrebbe anche riguardare il caso di una decisione presa all'unanimità dal consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 19, par. 6¹⁸ dello Statuto, intesa ad approvare il finanziamento di un progetto di investimenti nonostante il parere sfavorevole della Commissione alla realizzazione di tale progetto. Analogamente, lo stesso controllo di legittimità potrebbe essere richiesto riguardo ad una decisione del suddetto organo che rifiutasse di concedere un finanziamento non per uno scarso merito di credito del richiedente ma per l'asserita mancanza del necessario interesse europeo¹⁹. In entrambi i casi tutto lascia ritenere che un eventuale contenzioso al riguardo rientrante nel quadro delle disposizioni del TCE non potrebbe che essere sottoposto al giudizio della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 230, co. 1 (nel primo caso) e co. 4 (nel secondo caso) di questo Trattato.

6. In conclusione, la sentenza in esame offre un insieme di considerazioni molto utili per chiarire meglio aspetti importanti del quadro istituzionale della BEI. In tal senso, di particolare interesse appare l'iniziativa di sottoporre questo organismo al controllo di legittimità della Corte anche nell'ambito dell'art. 230 TCE. Una siffatta iniziativa assume, infatti, anche il carattere di un suggerimento prezioso per un'interpretazione conforme del corrispondente art. 263 TFUE. Purtroppo, la stessa sentenza evidenzia anche alcuni spunti meno condivisibili, soprattutto quando le sue indicazioni non tengono conto delle modifiche apportate al TFUE dal Trattato di Lisbona. Più precisamente, non si comprende la

¹⁷ Sentenza del 3 marzo 1988, causa 85/86, *Commissione c. BEI*, *Raccolta*, p. 1281 ss., punti 27-30. V. anche H. G. SCHERMERS, *Note on case 85/86*, in *Common Market Law Review*, 1988, p. 617.

¹⁸ Art. 19, par. 6: “In caso di parere negativo della Commissione, il consiglio d'amministrazione può accordare il finanziamento in questione soltanto all'unanimità e l'amministratore nominato su designazione della Commissione si astiene dal partecipare alla votazione”.

¹⁹ Per contro, nell'ottica della suddetta sentenza del 3 marzo 1988, il rifiuto di consentire un prestito sulla base di una valutazione dei rischi commerciali dell'iniziativa non può essere oggetto di ricorso dinanzi alla Corte. V. anche la citata ordinanza *Tête e a.*, punto 20.

ragione per la quale il Tribunale abbia deciso di non prendere in considerazione tali modifiche e di non attribuire alcun significato al fatto incontestabile che solo alcune norme del TFUE in tema di competenza giurisdizionale della Corte di giustizia menzionano gli organismi dell'UE.

Insomma, non sembra corretto ritenere che nel caso della BEI la giurisprudenza *Les Verts* possa essere estesa al punto da comprendere sotto l'egida del giudice europeo tutte le situazioni di potenziale contenzioso nascenti da disposizioni del Trattato che, pur non menzionando la BEI, potrebbero in qualche modo interessare anche questo organismo dalle caratteristiche tutto sommato particolari. Se un ragionamento del genere fosse spinto alle sue inevitabili conseguenze si dovrebbe, ad esempio, anche accogliere l'idea di un legittimo utilizzo da parte della Banca della previsione contenuta nell'art. 272 TFUE. Ciò indurrebbe cioè ad ammettere che anche la BEI avrebbe la facoltà di inserire nei suoi contratti di finanziamento (e non solo) una clausola compromissoria intesa a sottoporre al giudizio della Corte qualsiasi controversia nascente nel contesto dei rispettivi rapporti contrattuali. Di conseguenza, se per assurdo una siffatta interpretazione fosse attuata in tutti i contratti della Banca, i giudici di Lussemburgo verrebbero ad assumere il gravoso (e forse non gradito) compito di giudicare tutte le controversie di carattere contrattuale (in aggiunta a quelle di origine extracontrattuale, come preconizzato dal Tribunale) riguardanti la BEI. Il che, tra l'altro, porterebbe del tutto naturalmente alla questione di sapere quale ambito di competenza rimarrebbe ai giudici nazionali nel contesto dell'art. 27 dello Statuto.

Abstract

The Jurisdiction of the General Court of the European Union over Disputes Concerning the EIB's Procurement

The ruling of the General Court in case T-461/08 has reinterpreted Art. 230 TEC (now Art. 263 TFEU) in order to widen even within the sphere of the EC Treaty the scope of the judicial review exercised by the EU Court of Justice over disputes concerning the EIB. In the same context, however, the Court has also regarded as applicable to the Bank other Articles of the TEC, without considering the changes made by the Treaty of Lisbon to the corresponding Articles of the TFEU.

Pieralberto Mengozzi*

I rimedi procedurali in materia di appalti pubblici, l'autonomia procedurale degli Stati membri dell'UE ed il caso *Symvoulio*

SOMMARIO: 1. I rimedi giurisdizionali previsti dalla direttiva 89/665 e la conferma della giurisprudenza *Rheinmühlen* risultante dalla sentenza *Symvoulio*. – 2. *Segue*: il bilanciamento sulla base del quale la Corte si è pronunciata in questo caso come nel caso *Lucchini*. – 3. L'inaccettabilità di una recente dottrina secondo cui il caso *Lucchini* non avrebbe suscitato alcun problema di bilanciamento perché si sarebbe posto assolutamente fuori dall'autonomia procedurale dei giudici italiani. – 4. L'armonizzazione minima perseguita dalla direttiva e l'esigenza di assicurare una soluzione rapida delle controversie relative all'aggiudicazione di appalti.

1. A pochi giorni dalla conferma che, con la sentenza *Elchinov*¹, ha dato all'importante limitazione dell'autonomia procedurale degli Stati membri stabilita dalla sentenza *Rheinmühlen*², con la pronuncia *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias*³ (nel prosieguo, *Symvoulio*) la Corte di giustizia ha riaffermato l'importanza di detto

* Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Su di essa cfr. M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, *Chronique de la jurisprudence de la CJUE. Sécurité sociale*, in *L'actualité juridique, Droit Administratif*, 2010, p. 2311 ss.; F. PICOD, *Le juge national doit suivre la Cour de justice plutôt qu'un juge national supérieur*, in *La Semaine Juridique, Edition générale*, 2010, n. 43, p. 2005 ss.; D. DERO-BUGNY, *Obligation pour une juridiction inférieure de se conformer à des instructions d'une juridiction supérieure*, in *Journal du droit international*, 2011, p. 512 ss.; O. LYNKEY, *Revising the Role of National Courts in Judicial Dialogue in the EU: Elchinov, a Missed Opportunity?*, in *European Law Reporter*, 2011, n. 1, p. 5 ss.

² Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 1974, causa 166/73, *Rheinmühlen*, *Raccolta*, p. 33 ss.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 21 ottobre 2010, causa C-570/08, *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Su di essa cfr. M. MEISTER, *Les Etats membres ne sont pas tenus de prévoir en faveur des pouvoirs adjudicateurs dont les décisions sont soumises au contrôle d'une autorité administrative supérieure une voie de recours juridictionnel contre les décisions prises par cette autorité*, in *L'actualité juridique, Droit Administratif*, 2010, p. 2916 ss.; S. SMITH, *Right of Contracting Authorities under the Remedies Directive: A Note on*

principio di autonomia escludendo una limitazione dello stesso tipo in un caso presentante aspetti che a prima vista lo riavvicinavano a quei due precedenti.

Nel caso *Rheinmühlen* e, successivamente, in *Elchinov*, la Corte di giustizia ha affermato che un giudice nazionale, a dispetto del rapporto che lo vede in una posizione gerarchicamente inferiore rispetto ad un altro, non è vincolato da valutazioni giuridiche poste in essere da quest'ultimo, che, secondo il proprio diritto interno, dovrebbe seguire; egli deve rimanere libero di chiedere alla Corte l'interpretazione pregiudiziale delle norme di diritto dell'Unione che lo possano condurre ad una presa di posizione diversa.

Il caso *Symvoulio* presentava aspetti analoghi perché in esso una sezione della Corte Suprema di Cipro, richiesta da *Symvoulio* – un ente per la gestione di rifiuti urbani – di pronunciarsi su un ricorso di un'autorità aggiudicatrice contro una decisione di un'autorità amministrativa di revisione che aveva annullato un'aggiudicazione, aveva potuto essere investita del ricorso in quanto, ai sensi dell'art. 60 della legge cipriota n. 101 (I)/2003 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di fornitura, quell'autorità aggiudicatrice era abilitata, al pari di un privato che ritenesse “ingiusta nei propri confronti la decisione dell'autorità di revisione”⁴, a presentarlo conformemente all'art. 146 della Costituzione (ai sensi del quale la Corte Suprema della Repubblica di Cipro ha la competenza esclusiva a pronunciarsi in via giurisdizionale sulla legittimità delle decisioni o delle omissioni degli organi amministrativi).

Ma, in corso di procedura, nell'ambito di un'altra causa in materia di appalti pubblici, l'assemblea plenaria della stessa Corte Suprema, con pronuncia del 17 dicembre 2007, aveva dichiarato che l'art. 146 della Costituzione doveva essere interpretato nel senso di escludere un interesse legittimo delle autorità aggiudicatrici ad esperire il ricorso contro una decisione di annullamento adottata dall'autorità di revisione: ciò perché l'una e l'altra entità costituiscono elementi del medesimo congegno amministrativo e nei loro rapporti si deve applicare il principio generale secondo cui un organo di un'amministrazione non può far valere un interesse legittimo nei confronti di un altro organo della stessa amministrazione.

Tenendo conto di questa novità, la sezione adita della Corte Suprema di Cipro chiedeva alla Corte di giustizia di valutare la sua compatibilità con l'art. 2, par. 8, della direttiva 89/665⁵, modificata dalla direttiva 92/50⁶. A termini di tale disposizione, “ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono

Symvoulio Apochetefseon Lefkosias v. Anatheoritiki Archi Prosforou (C-570/08), in *Public Procurement Law Review*, 2011, pp. NA17-NA18.

⁴ Sentenza *Symvoulio*, punto 13.

⁵ Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori, *GUCE* L 395, 30 dicembre 1989, p. 33 ss.

⁶ Direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, *GUCE* L 209, 24 luglio 1992, p. 1 ss.

conferiti” deve poter “essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell’art. [267 TFUE] e che sia indipendente dalle autorità giudicatrici e dall’organo di base”.

Il caso così pervenuto alla Corte, come indicato, presentava aspetti analoghi ma non identici a quelli propri del caso *Elchinov*. Innanzitutto perché nel caso *Elchinov* il giudice remittente chiedeva se potesse derogare al proprio diritto interno che lo vedeva vincolato ad applicare come giudice del rinvio i principi di diritto affermati da un giudice superiore con una sentenza di annullamento di una sua precedente pronuncia; e, invece, nel caso cipriota si trattava soltanto di stabilire se potessero essere suggeriti dal diritto dell’Unione elementi atti a permettere ad una sezione della Corte Suprema di disattendere una pronuncia della sua assemblea plenaria; e, poi, perché detta sezione, nel rivolgersi alla Corte di giustizia, aveva rilevato che la posizione espressa dall’assemblea plenaria della propria Corte era stata adottata esclusivamente sul fondamento dell’art. 146 della Costituzione, senza che fosse stata sollevata la questione dell’applicazione e dell’interpretazione del diritto dell’Unione.

In comune con il precedente caso sta comunque il fatto che, nel porre alla Corte quel quesito, detta sezione della Corte suprema cipriota aveva rilevato che, a suo vedere, ai sensi della giurisprudenza *Rheinmühlen*, l’esistenza di una decisione quale quella dell’assemblea plenaria del 17 ottobre 2007 non la privava della facoltà di avanzare una richiesta di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia per chiederle di valutare la compatibilità con il diritto dell’Unione di una decisione del genere e di sottrarsi eventualmente agli obblighi da questa imposti per seguire invece quanto risultante da tale pronuncia pregiudiziale.

Tale circostanza attribuisce un particolare importante rilievo alla pronuncia della Corte di giustizia che ne è seguita perché, come mi prefiggo di evidenziare, confina strettamente la specifica limitazione all’autonomia procedurale degli Stati membri importata dalla giurisprudenza invocata dal giudice remittente entro i limiti imposti dalla funzione con cui quella specifica limitazione si è affermata nell’ordinamento dell’Unione; e, con ciò, contiene il ridimensionamento di quell’importante principio fondamentale degli ordinamenti degli Stati membri di subordinazione funzionale dei giudici inferiori ai giudici superiori⁷ che oggettivamente si può ritenere si sia determinato per effetto del diritto dell’Unione e dell’operare della procedura di cui all’attuale art. 267 TFUE.

2. Si comprende chiaramente l’importanza di questa nuova pronuncia rilevando che, come risulta dalle conclusioni dell’Avvocato generale, nel corso del giudizio, *Symvoulio* (con il sostegno della Commissione) aveva sostenuto che, nella sua qualità di autorità giudicatrice, le dovesse essere riconosciuta la legittimazione ad agire davanti ai giudici ciprioti rilevando che, in caso contrario, contro l’annullamento di una sua decisione in materia di appalti pubblici, si

⁷ Sul punto mi permetto di fare invio a Pt. MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell’Unione*, Milano, 2011, pp. 93-94, e alla dottrina *ivi* citata in nota 113.

sarebbe fatta venir meno l'opportunità di realizzare un'applicazione diretta ed uniforme del diritto dell'Unione, in quanto si sarebbe esclusa la possibilità che le sia avanzata una questione pregiudiziale in casi in cui nessuna impresa impugni davanti ai giudici un tale annullamento⁸.

Tale posizione di Symvoulio e della Commissione, anche se non seguita dall'Avvocato generale ed in alcun modo ripresa dalla Corte, non era, da un punto di vista logico, agevolmente trascurabile. In effetti, essa poteva considerarsi improntata all'ordine di idee secondo cui l'applicazione di una regola procedurale dell'ordinamento di uno Stato membro, di origine legislativa o giurisprudenziale – attraverso il riconoscimento di un'autonomia procedurale di tale Stato – non può urtare con principi fondamentali del diritto dell'Unione, e di conseguenza non può sfuggire al suo inquadramento ad opera di questi. E tra detti principi figura anche quello costituito dall'assicurazione del rispetto dei Trattati e del buon funzionamento dell'Unione, a cui si potrebbe astrattamente pensare sia ascrivibile anche l'esigenza di un'applicazione diretta ed uniforme delle sue norme in materia di appalti pubblici che mirano ad assicurare la concorrenzialità del mercato interno.

La Corte di giustizia, nel caso *Lucchini*⁹, ha seguito quest'ordine di idee con il bilanciamento che ha ritenuto di dover compiere tra dette due serie di valori: regole procedurali degli Stati membri e principi fondamentali dell'Unione europea ricomprendenti anche l'applicazione diretta ed uniforme delle sue norme. Ma quando ha concretamente dovuto compiere detto bilanciamento nei casi riconducibili alla giurisprudenza *Rheinmühlen*, il principio rientrante nell'autonomia degli Stati membri con riferimento al quale ha ritenuto si debbano eventualmente disattendere le esigenze proprie del diritto dell'Unione è stato un principio fondamentale per il rispetto della struttura costituzionale degli Stati membri, come quello dell'organizzazione gerarchica del loro sistema giudiziario. Ha allora considerato che questo potesse cedere unicamente a fronte di un principio specifico cui ha ritenuto di dovere attribuire un particolare rilievo giuridico perché ha assunto portata costituzionale nell'ordinamento dell'Unione¹⁰: il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti attribuiti ai singoli.

Nel caso ora in considerazione, sia l'Avvocato generale nelle sue conclusioni, sia la Corte di giustizia nella sua pronuncia, hanno assunto questa stessa posizione: hanno ritenuto che debba essere riconosciuta legittimazione ad agire in annullamento solo alle imprese rimaste soccombenti nella gara di aggiudica-

⁸ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 1° giugno 2010, causa C-570/08, *Symvoulio*, punto 38.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, *Raccolta*, p. I-6199 ss. Su di essa mi permetto di fare riferimento a PI. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 77 ss., e alla bibliografia *ivi* citata.

¹⁰ Per l'affermazione nell'ordinamento dell'Unione europea di una "garanzia costituzionale" di tutela dei diritti delle persone facente parte "di fondamenti stessi della Comunità", cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2008, cause riunite C-402 e 415/05 P, *Kadi e al.*, *Raccolta*, p. I-6351 ss.

zione, non prestando attenzione all'esigenza di un'applicazione diretta ed uniforme del diritto dell'Unione sulla cui base *Symvoulio* e la Commissione avevano sostenuto che i giudici ciprioti dovessero derogare alla loro autonomia procedurale e riconoscere a *Symvoulio* quella legittimazione attiva che gli era negata dal diritto cipriota vivente.

Questo atteggiamento non può passare sotto silenzio perché costituisce una concreta e tangibile manifestazione del ruolo che, nel determinare le limitazioni che i principi del diritto dell'Unione obbligano gli Stati membri a porre all'esercizio delle proprie competenze giudiziarie, la Corte di giustizia attribuisce al bilanciamento. Essa, con ciò, ha mostrato di ritenere che, nel quadro di una tale operazione, debba trovare applicazione una regola che costituisca espressione dell'autonomia procedurale di uno Stato membro o un principio dell'ordinamento dell'Unione, in ragione non del valore intrinseco dell'una o dell'altro ma dell'equilibrio che si debba tra loro stabilire con riferimento alle circostanze di ciascun caso concreto.

3. Avendo assunto l'atteggiamento sopra descritto, e di cui ho sottolineato il significato, la Corte ha dovuto necessariamente vagliare se una legittimazione di *Symvoulio* ad impugnare la decisione dell'autorità di sorveglianza potesse desumersi da un'esigenza di tutela di *Symvoulio*, considerato nella sua qualità di autorità aggiudicatrice, desumibile da un'attribuzione ad esso di diritti distinti da quelli riconosciuti dal diritto dell'Unione ad imprese che intendono concorrere alla conclusione di contratti pubblici.

La riconduzione del metodo seguito dalla Corte nel caso di specie al bilanciamento effettuato nel caso *Lucchini*, compiuta nel precedente paragrafo, non può considerarsi smentita da una decisa affermazione, avanzata in un recentissimo studio¹¹, secondo cui in questa precedente sentenza non è dato di riscontrare affatto un tal genere di operazione. In detto studio si sviluppa l'idea, espressa in un precedente scritto, secondo cui la sentenza *Lucchini* costituisce una pietra miliare nel doppiaggio dei valori giuridici nazionali ad opera di quelli dell'ordinamento dinamico giustiziale comunitario con la conseguenza che le autorità giurisdizionali municipali godono ormai di una funzione protettiva dei diritti che si assume divenga "a sovranità limitata" allorché quella tutela eroda le prerogative riservate in via esclusiva alla Comunità¹².

Si sostiene, molto più decisamente, che in detta sentenza *Lucchini* la Corte abbia contestato l'idea largamente seguita secondo cui essa ha stabilito una limi-

¹¹ Cfr. F. GUELLA, *La collocazione della funzione giurisdizionale nazionale nel quadro istituzionale europeo. Il giudice tra autonomia procedurale degli Stati membri e regime del giudicato interno in contrasto con il diritto dell'Unione*, in M. MAGRASSI, R. TONIATTI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri giurisdizionali. Dinamiche e confronti europei comparati*, Padova, 2011, p. 462 ss.

¹² Cfr. C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 225 ss., in specie p. 233.

tazione all'autonomia procedurale degli Stati membri con riferimento all'accertamento della legittimità di aiuti di Stato e ha invece stabilito un'assoluta mancanza di giurisdizione dei giudici nazionali in materia, stante che, secondo il riparto delle competenze fra Stato e Unione europea, la sentenza italiana passata in giudicato sarebbe intervenuta al di fuori della giurisdizione nazionale. Saremmo quindi, per quell'autore, fuori dell'autonomia procedurale degli Stati membri perché questa scatterebbe solo nelle ipotesi in cui l'insieme dei rimedi attribuiti dai Trattati alle istituzioni comunitarie non si riveli autosufficiente. Per tali ipotesi, non vi sarebbe competenza concorrente ma solo una competenza esclusiva delle istituzioni UE, e quindi non ci sarebbe bisogno di procedere ad alcun bilanciamento¹³.

L'osservazione è certamente suggestiva dal punto di vista logico. Come risulta chiaramente dall'*incipit* dello studio in cui è contenuta, è però legata ad una considerazione dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritti degli Stati membri di tipo marcatamente integrazionista, se non addirittura monista, che porta il suo autore, elaborando la sua presa di posizione, a partire dalla premessa che si è realizzato un "asservimento" delle procedure nazionali al diritto sostanziale dell'Unione europea¹⁴. Il tutto può apparire condivisibile se ci si limita a considerare che l'autore in questione non manca di indicare la fonte di un tanto drastico fenomeno indicando che esso costituisce il portato di interventi pretori.

Ma quell'apparenza non può non risultare superata dal fatto che quell'indicazione è del tutto generica. Ciò che ha portato al superamento della cosa giudicata formatasi a favore dell'impresa Lucchini in Italia non è stato un intervento posto in essere da un'autorità giudiziaria superiore a quelle nazionali, ma ha costituito il frutto di una sentenza di giudici italiani che ha dato seguito ad una pronuncia della Corte di giustizia e che è stata adottata nel quadro dell'esercizio di una ancor sussistente sovranità giudiziaria nazionale.

Le affermazioni contenute nella pronuncia adottata dalla Corte di giustizia nel caso *Lucchini* non hanno prodotto da sole l'effetto di togliere efficacia alla sentenza della Corte d'appello di Roma che aveva statuito a favore della stessa Lucchini, ma hanno solo determinato un obbligo delle autorità italiane di disattendere detta efficacia¹⁵. A quell'obbligo ha soddisfatto il rigetto, da parte dei giudici amministrativi

¹³ F. GUELLA, *op. cit.*, p. 467 ss.

¹⁴ Così sostenendo, l'A. riprende la qualificazione della funzione attribuita all'autonomia procedurale degli Stati membri con riferimento alla garanzia dell'effettività del diritto dell'Unione espressa da D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: "Paradise Lost?"*. *Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, p. 98 ss.; anche in Id., *Riflessi sulla più recente giurisprudenza in materia di giudicato nazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 962. Per un'analisi di tale posizione mi permetto di rinviare a PI. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 39 ss.

¹⁵ Per una riconduzione dell'effetto avuto nell'ordinamento italiano dalla sentenza *Lucchini* agli obblighi imposti all'Italia dal diritto dell'Unione, cfr. A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *Droit de l'Union et décisions nationales définitives dans la jurisprudence récente de la Cour de justice*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 804 ss. Un allineamento, quanto meno letterale, all'ordine di idee espresso nel testo si può cogliere nel punto 61 della sentenza *Lucchini* in cui, nonostante l'approccio monista che caratterizza la sua giurisprudenza, si legge che "il giudice nazionale incaricato di appli-

del nostro Paese, del ricorso contro il seguito dato dal Ministero italiano alla sentenza della Corte di giustizia ingiungendo a detta impresa di restituire l'aiuto.

E non è un caso che il Tar del Lazio abbia respinto il ricorso non in ragione del fatto che la Corte di appello di Roma si fosse pronunciata in materia di aiuti di Stato, e quindi per una sua incompetenza assoluta, ma per dare un seguito al fatto che la sentenza pregiudiziale da esso richiesta alla Corte di giustizia avesse affermato che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione come l'art. 2909 c.c. nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva.

Se la pronuncia della Corte di giustizia e quella del Tar Lazio fossero state convergenti nel senso di basarsi, l'una e l'altra, su un'incompetenza assoluta dei giudici italiani a pronunciarsi in materia, il fatto che nella stessa materia si fosse pronunciata la Commissione senza che la sua pronuncia fosse impugnata – con conseguente affermazione di un giudicato quasi giudiziale – non avrebbe assunto alcun rilievo.

La realtà è che l'autonomia processuale dei giudici italiani non è istituita dall'ordinamento dell'Unione ma può da questo essere semplicemente riconosciuta, e quindi non può considerarsi esclusa per il fatto che in tale ordinamento quella materia – nel caso la materia dell'ammissibilità di aiuti di Stato di rilevanza europea – sia considerata ricadente nella competenza esclusiva dell'Unione. Anche quando, per quanto riguarda tale materia, si sia in presenza di una competenza dell'Unione che questa, nel suo ordinamento, qualifichi come esclusiva, l'autonomia procedurale degli Stati membri continua a sussistere.

È solo nell'esercizio di tale autonomia che i giudici italiani, sulla base dell'art. 11 Cost., dell'ordine di esecuzione dei trattati e dell'interpretazione dell'adeguamento dell'ordinamento italiano a questi data dalla Corte costituzionale, devono dare seguito ad una sentenza quale la sentenza *Lucchini* e devono considerare loro obbligo superare la cosa giudicata formata su una pronuncia giudiziale nazionale adottata in detta materia. È chiaro che lo debbano fare coordinando il principio di adeguamento del loro ordinamento giuridico al diritto dell'Unione con quello del rispetto dei principi interni di certezza giuridica e di rispetto della cosa giudicata nazionale. Ed è ovvio che lo debbano effettuare mediante un bilanciamento, una "ricerca di un punto di equilibrio 'realista', fondato sulle circostanze specifiche di ciascuna specie", tra l'obbligo dello Stato di rispettare l'effettività del diritto dell'Unione e detti principi¹⁶.

care, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale". Non si può non evidenziare che, realisticamente, e, più significativamente, poi, il Trattato di Lisbona ha precisato nell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE che gli Stati membri devono stabilire "i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

¹⁶ Cfr. A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *op. cit.*, p. 802.

4. Ritornando all'interpretazione che la sentenza *Symvoulio* ha effettuato della direttiva 89/665, essa accompagna la risposta al quesito posto dai giudici ciprioti con una precisazione, che va al di là di quanto richiesto alla Corte, concernente l'art. 1, par. 3 della stessa direttiva. A' termini di tale disposizione “[g]li Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori [o di servizi] e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata”.

Con l'evidente intento di non dare un carattere assoluto alla posizione negativa assunta nei confronti di persone o di enti suscettibili di trovarsi nella posizione dei ricorrenti nella causa principale, ha fatto immediatamente seguire al punto 35 della sentenza, in cui esprime conclusivamente tale posizione, una puntualizzazione a' termini della quale, “in considerazione dell'obbligo imposto agli Stati membri dall'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 di assicurare la legittimazione ad agire ‘per lo meno’ a qualsiasi persona indicata in tale disposizione, e altresì dell'autonomia procedurale di cui beneficiano gli Stati membri, occorre considerare che questi ultimi hanno la facoltà di estendere, eventualmente, alle autorità giudicatrici l'ambito di soggetti cui sono accessibili le procedure di ricorso nel senso della disposizione summenzionata, nel caso in cui le decisioni delle autorità giudicatrici fossero annullate da organi non aventi natura giurisdizionale”¹⁷.

Anche se rilevante perché conferma l'attenzione all'autonomia procedurale degli Stati membri contenuta nella parte centrale della sentenza, questa puntualizzazione non manca di sollevare un interrogativo quanto alla sua compatibilità con la filosofia che esprime la direttiva¹⁸.

Si potrebbe ritenere che con quanto precisato la Corte abbia indirettamente dato anticipata e conclusiva risposta a tale interrogativo richiamando, al fine di neutralizzare l'argomento avanzato da *Symvoulio* secondo cui l'esclusione di una sua legittimazione ad agire davanti ai giudici ciprioti avrebbe fatto venir meno l'opportunità di realizzare un'applicazione diretta ed uniforme del diritto dell'Unione, che la direttiva “non è diretta alla completa armonizzazione delle norme nazionali pertinenti”¹⁹. Ma ciò non può avere il rilievo conclusivo che si può ritenere la Corte gli abbia attribuito perché, se è proprio sicuro che una direttiva di armonizzazione minima lascia spazio agli Stati membri per integrare le norme interne a cui danno ad essa attuazione con norme integrative, è altrettanto sicuro che ciascuno Stato membro può fare uso di tale discrezionalità solo nel rispetto, oltre che dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, dei principi ispiratori della direttiva di cui si tratta e degli obiettivi da essa perseguiti²⁰.

Al riguardo si deve, innanzitutto, notare che è vero che, come indicato nel punto 36 della sentenza, l'art. 1, par. 3 della direttiva impone agli Stati membri l'obbligo

¹⁷ Sentenza *Symvoulio*, punto 36 (corsivo aggiunto).

¹⁸ Cfr. al riguardo M. MEISTER, *op. cit.*, p. 29.

¹⁹ Sentenza *Symvoulio*, punto 37.

²⁰ Sul punto mi permetto di richiamare la bibliografia citata in PI. MENGOZZI, *op. cit.*

di assicurare la legittimazione “ad agire ‘per lo meno’ a qualsiasi persona indicata in tale disposizione”, ma è anche vero che quella disposizione impone tale obbligo con riferimento “a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori [o di servizi] e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata”; e, peraltro, esso insiste su tale delimitazione della cerchia dei possibili legittimati ad agire precisando che “gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l’autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso”.

Ora, queste precisazioni di tipo restrittivo, che occorre tenere presente accanto a quanto la Corte si limita a richiamare, assumono un rilievo particolare non di per sé, ma in quanto danno luce all’obiettivo che la direttiva indica di perseguire al suo 3° considerando e consacra come un suo obiettivo fondamentale stabilendo all’art. 1, par. 1 che “[g]li Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che (...) le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile”²¹. E non vi è dubbio che un ricorso contro un annullamento di una decisione dell’autorità aggiudicatrice dell’appalto da parte di quest’ultima, in una situazione in cui non l’abbia impugnata nessuna impresa interessata ad ottenere l’aggiudicazione di quell’appalto, andrebbe contro detto obiettivo.

Resta però che, nel caso in questione, l’annullamento della decisione della *Symvoulio* era stato pronunciato da un’autorità amministrativa e che questa, anche se non poteva vantare un interesse ad ottenere l’aggiudicazione ai sensi dell’art. 3, par. 1 della direttiva, poteva avere un interesse ad impugnare il provvedimento di quell’autorità di fronte ad un’autorità giudiziaria ad altro titolo.

Come la Corte ha anche recentemente affermato nel caso *DEB*²², sulla base dell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e sulla scia di una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo relativa all’applicazione dell’art. 6, par. 1 della CEDU, l’accesso ad un giudice deve essere garantito anche alle persone giuridiche. Lo deve essere anche a persone giuridiche di diritto pubblico quali la *Symvoulio*, indipendentemente da quanto previsto dalla direttiva 89/665 e dalla normativa cipriota che ha dato ad essa attuazione? Questa doveva essere un’importante questione da porsi alla Corte di giustizia. Ma, come ha rilevato l’Avvocato generale Cruz Villalón nelle sue conclusioni, non è stata sollevata.

Ove fosse stata sollevata e risolta in senso positivo, la Corte di giustizia avrebbe dovuto domandarsi se l’interesse al rispetto del diritto dell’UE che *Symvoulio* avrebbe potuto far valere non si dovesse considerare sacrificabile rispetto all’indicata esigenza di rapidità²³ alla luce del fatto che l’art. 3 della diret-

²¹ Corsivo aggiunto.

²² Sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²³ Su tale esigenza cfr. F. MASTRAGOSTINO, *L’appalto di opere pubbliche. Norme interne e disciplina comunitaria*, Bologna, 1993, p. 95; più recentemente G. CARULLO, *Appalti: il termine di ricorso fra incertezze interpretative e riforme legislative*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 555 ss.; M. MEISTER, *Précisions sur la prévisibilité des délais de recours en*

tiva prevede uno specifico potere di intervento della Commissione qualora, anteriormente alla conclusione di un contratto, essa ritenga che sia stata commessa una violazione chiara e manifesta delle disposizioni dell'Unione in materia.

Abstract

The Jurisdictional Remedies in the Public Procurement Field, the Procedural Autonomy of the EU Member States and the *Symvoulia* Case

The present article comments the *Symvoulia* case in which a chamber of the Supreme Court of the Republic of Cyprus asked the Court of Justice of European Union (CJEU) to decide on the compatibility with Council Directive no. 89/665/EEC of a judgment of the full court of the same judicial body. This judgment excluded the right of a contracting authority (*Symvoulia*) to obtain a judicial review of a decision of a public procurement review authority that had annulled the award of a public contract.

The CJEU judgment, on the one hand, reasserted the *Rehnmühlen* case-law. On the other hand, on the basis of a balance between the different principles which were taken into account in the case at issue, it established that the need to ensure the direct and uniform application of EU law does not require a limitation of Cyprus' exercise of procedural autonomy, which had resulted in the exclusion of *Symvoulia*'s right to seek judicial review of decisions annulling its awarding of public contracts.

As far as the balance effected by the Court in the case is concerned, the author considers it equivalent to the Court's search for balance, effected in the *Lucchini* case, between the obligation to respect the effectiveness of the Union law and the principles of certainty and respect of national *res judicata*. In this regard the author criticizes a recent interpretation according to which, in the *Lucchini* case, the principle of procedural autonomy was completely irrelevant since the Italian judges did not have jurisdiction.

In order to evaluate the compatibility of *Symvoulia*'s judgment with Article 47 of the Charter of Fundamental Rights, the author analyses, then, the problem of the applicability of this provision to public authorities of the Member States. Should this applicability be affirmed, the author wonders whether it would be possible to justify a derogation to this principle on the basis of the need of a rapid review of the decisions taken by the contracting authorities pursued by Directive 89/665/EEC, which also provides for the Commission to intervene before the conclusion of a contract when it considers that a clear and manifest infringement has been committed.

matière de marchés publics, in *Europe*, marzo 2010, comm. n. 214, p. 24; G. ANTHONY, *Case C-406, Uniplex (UK) v. NHS Business Service Authority*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 576 ss.; V. DE FALCO, *Le anomalie apparenti del sistema di tutela cautelare in Olanda nel settore degli appalti pubblici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, p. 517 ss.

Giuseppe Morgese*

Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso *N.S. e altri*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il regolamento Dublino II. – 2. *Segue*: profili di compatibilità con le norme a tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. – 3. La sentenza *N.S. e altri*. – 4. *Segue*: applicazione del principio di mutua fiducia e presunzione relativa di rispetto dei diritti fondamentali. – 5. *Segue*: le conseguenze in capo agli Stati membri. – 6. Conclusioni.

1. Nella recente sentenza *N.S. e altri*¹, la Corte di giustizia ha fornito indicazioni in merito al regolamento 343/2003 (c.d. Dublino II)².

L'art. 63 TCE (ora 78 TFUE), modificato dal Trattato di Amsterdam, aveva attribuito alla Comunità la competenza a definire misure in materia di asilo a

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

¹ Sentenza della Corte di giustizia (grande sezione) del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E. e altri c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. V. il commento di G. CELLAMARE in *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 2012, n. 6, p. 95 ss.

² Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, *GUUE L 50*, 25 febbraio 2003, p. 1 ss. In dottrina v. U. BRANDL, *Distribution of Asylum Seekers in Europe? Dublin II Regulation Determining the Responsibility for Examining an Asylum Application*, in C. DIAS URBANO DE SOUSA, P. DE BRUYCKER (eds.), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, 2004, p. 33 ss.; A. HURWITZ, *Commentaires sur la détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile et la répartition des charges entre États membres*, *ivi*, p. 71 ss.; D. DUBOLINO, *L'identificazione dello Stato membro competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 811 ss.; E. GUILD, *Seeking Asylum: Storm Clouds between International Commitments and EU Legislative Measures*, in *European Law Review*, 2004, p. 198 ss., in specie pp. 206-210; R. ROSSANO, *Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, p. 371 ss.

norma della Convenzione di Ginevra del 1951 e del Protocollo del 1967, relativo allo *status* dei rifugiati, e degli altri trattati pertinenti. In particolare, l'art. 63, par. 1, lett. a), TCE forniva la base giuridica per la definizione di “criteri e meccanismi per determinare quale Stato membro [fosse] competente per l'esame della domanda di asilo presentata da un cittadino di un paese terzo in uno degli Stati membri”.

Nella “prima fase” della politica comune in materia di asilo, come delineata dal Programma di Tampere³, la Comunità ha adottato quattro direttive⁴ e, per quel che più ci interessa, il citato regolamento 343/2003⁵.

Quest'ultimo, che costituisce il frutto della “comunitarizzazione” della Convenzione di Dublino del 1990⁶ a opera del Trattato di Amsterdam, stabilisce appunto i criteri e i meccanismi in questione. Esso dichiara di rispettare sia il *corpus* normativo di Ginevra, in specie il principio di *non-refoulement*⁷, sia i

³ Consiglio europeo del 15 e 16 ottobre 1999, Programma di Tampere, Verso un'Unione di libertà, sicurezza e giustizia, reperibile *online*.

⁴ Si tratta delle direttive: “protezione temporanea” (2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, *GUCE* L 212, 7 agosto 2001, p. 12 ss.); “accoglienza” (2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, *GUUE* L 31, 6 febbraio 2003, p. 31 ss.); “qualifiche” (2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, *GUUE* L 304, 30 settembre 2004, p. 12 ss.); e “procedure” (2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, *GUUE* L 326, 13 dicembre 2005, p. 13 ss.). La direttiva 2004/83 è stata sostituita dalla recente direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, *GUUE* L 337, 20 dicembre 2011, p. 9 ss.

⁵ Si ricorda anche il regolamento (CE) n. 2725/2000 del Consiglio, dell'11 dicembre 2000, che istituisce l'‘Eurodac’ per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino, *GUCE* L 316, 15 dicembre 2000, p. 1 ss.

⁶ Convenzione di Dublino, del 15 giugno 1990, sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità Europee, *GUCE* C 254, 19 agosto 1997, p. 1 ss. V. per tutti L. ZAGATO, *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del Trattato su una Costituzione per l'Europa*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 133 ss.; più di recente, B. NASCIBENE, *Il diritto di asilo. Gli standards di tutela dell'Unione europea e il confronto con gli standards internazionali*, in L. S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, Napoli, 2011, p. 25 ss., in specie p. 34, e bibliografia citata.

⁷ 2° ‘considerando’, regolamento 343/2003. L'art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra enuncia il principio di *non-refoulement*, secondo il quale gli Stati parti non possono in alcun modo espellere o respingere un rifugiato (e un richiedente tale *status*) verso un Paese ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza a una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche. In dot-

diritti fondamentali e i principî della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta di Nizza" o "Carta"), con riguardo al suo art. 18⁸ (ma anche all'art. 19, par. 2)⁹.

Il rispetto di altri principî e atti internazionali in materia di diritti fondamentali viene inoltre garantito dall'operare dell'art. 6 TUE, che richiama in particolare modo le norme della CEDU¹⁰. Secondo l'art. 52, par. 3 della Carta (richiamato dall'art. 6, par. 1, TUE), laddove questa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, "il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione", in specie alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹.

Dichiarandosi rispettosi del principio di *non-refoulement*, gli Stati membri¹² si considerano tutti "Paesi sicuri" ai fini delle domande di asilo presentate dai cittadini di Paesi terzi. In questi termini si pronuncia anche il Protocollo n. 24 al TUE e al TFUE, sulle domande di asilo presentate dai cittadini degli Stati membri dell'Unione: questi ultimi, "dato il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da essi garantito, si considerano reciprocamente paesi d'origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l'asilo"¹³. Il concetto di "Paese (di origine o terzo) sicuro" viene altresì menzionato nella

trina v. per tutti E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003, p. 87 ss.; e F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 487 ss.

⁸ 15° 'considerando', regolamento 343/2003. Secondo l'art. 18 della Carta, sul diritto di asilo, quest'ultimo "(...) è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea".

⁹ Art. 19, par. 2 della Carta: "Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti".

¹⁰ Art. 6, par. 3, TUE: "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". In argomento G. CELLAMARE, *In tema di limiti di carattere umanitario all'operare del Regolamento Dublino II*, in *Sud in Europa*, aprile 2009, p. 5 s., reperibile online.

¹¹ Le "Spiegazioni" relative alla Carta dei diritti fondamentali (*GUUE* C 303, 14 dicembre 2007, p. 17 ss.) – che "rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta", secondo quanto affermato nel Preambolo – ricordano che l'art. 19, par. 2 "incorpora la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 3 della CEDU". In proposito v. B. NASCIBENE, *op. cit.*, p. 36; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 22 settembre 2011, causa C-411/10, *N.S.*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 142 ss.; e causa C-493/11, *M.E.*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 56. Rimane ferma, però, la possibilità che il diritto UE conceda una protezione più estesa.

¹² Nonché la Norvegia, l'Islanda, la Svizzera e il Liechtenstein, in base a specifici accordi bilaterali tra l'Unione e detti Paesi.

¹³ Eccettuate ipotesi marginali, le domande di asilo presentate da cittadini di uno Stato membro non sono prese in esame oppure sono dichiarate inammissibili negli altri Stati. Cfr. H. LABAYLE, *Le droit européen de l'asile devant ses juges: précision ou remise en question?*, in *Revue française de droit administratif*, 2011, p. 273 ss., in specie p. 275 s.

direttiva 2005/85, considerandosi tale quello che, tra l'altro, rispetta le norme a tutela dei diritti fondamentali, soprattutto il principio di *non-refoulement*¹⁴.

Il meccanismo del regolamento Dublino II si fonda, dunque, sul principio di mutua fiducia: ogni Stato afferma di fidarsi degli altri Stati in quanto "sicuri" perché impegnati a rispettare le norme a tutela dei diritti fondamentali¹⁵. In questa maniera, nelle intenzioni dell'atto considerato, viene meno l'interesse dei richiedenti a presentare domanda nello Stato ritenuto più favorevole. Pertanto, quell'atto intende garantire l'effettivo accesso alle procedure volte al riconoscimento dello *status* di rifugiato e al contempo evitare fenomeni di *asylum shopping*.

Secondo gli articoli da 5 a 14 regolamento 343/2003, è anzitutto competente lo Stato in cui si trova legalmente un familiare del minore non accompagnato oppure in cui un familiare del richiedente goda dello *status* di rifugiato o abbia richiesto tale *status*. In secondo luogo, la competenza appartiene allo Stato che abbia rilasciato un visto o permesso di soggiorno in corso di validità o scaduto oppure che non richieda un visto d'ingresso. Successivamente, sono competenti lo Stato attraverso le cui frontiere esterne il richiedente sia entrato illegalmente, quello nella cui zona internazionale di un aeroporto venga presentata la domanda e, infine, lo Stato di presentazione della domanda.

Ricevuta quest'ultima, lo Stato che si ritiene incompetente ("non-competente") chiede a quello ritenuto competente in base ai suddetti criteri di prendere in carico il richiedente entro due mesi. L'accettazione anche tacita implica il mancato esame nello Stato non-competente¹⁶ e il trasferimento del richiedente verso lo Stato competente¹⁷.

¹⁴ Il "Paese di origine sicuro" (art. 31) è quello in cui il richiedente ha la cittadinanza o la residenza abituale (se apolide) e per il quale "non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel paese non sia un paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso e per quanto riguarda la sua qualifica di rifugiato a norma della direttiva 2004/83/CE". È considerato "Paese terzo sicuro" (art. 27) quello nel quale "è rispettato il principio di 'non refoulement' conformemente alla convenzione di Ginevra" (lett. b) ed "è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale" (lett. c). Si considera "Paese terzo europeo sicuro" (art. 36) quello che "ha ratificato e osserva la convenzione di Ginevra senza limitazioni geografiche" (lett. a) e "ha ratificato la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ne rispetta le disposizioni, comprese le norme riguardanti i rimedi effettivi" (lett. b). Vedi G. CELLAMARE, *Recenti tendenze dell'UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo: tra CEDU e «regime europeo comune»*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli, 2008, p. 959 ss., in specie p. 980 ss.

¹⁵ Secondo H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 284, invece, il meccanismo non si fonderebbe sulla mutua fiducia bensì sul rispetto delle norme in materia di asilo, tal che la prima sarebbe una conseguenza del secondo e non viceversa.

¹⁶ Tale decisione deve essere motivata e contenere le indicazioni previste nell'art. 19. Essa può formare oggetto di ricorso o revisione senza effetto sospensivo ai fini dell'esecuzione del trasferimento, a meno che il giudice o l'organo giurisdizionale competente non decida in tal senso se la legislazione nazionale lo consente.

¹⁷ Non appena ciò sia materialmente possibile e comunque entro sei mesi dall'accettazione, dalla decisione sul ricorso o dalla revisione in caso di sospensione.

A temperamento della rigida successione dei criteri, il regolamento prevede anzitutto una “clausola umanitaria”, per la quale ogni Stato membro può esaminare una domanda ai fini del ricongiungimento familiare per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi familiari o culturali (art. 15). È poi contemplata all’art. 3, par. 2 una più ampia “clausola di sovranità”, secondo la quale “ciascuno Stato membro può esaminare una domanda d’asilo (...), anche se tale esame non gli compete”, eventualmente informando gli altri Stati interessati.

La “clausola di sovranità” è stata utilizzata per le più varie ragioni, da quelle umanitarie ad altre di carattere pratico¹⁸. Essa dunque non è necessariamente più favorevole ai richiedenti asilo; anche perché, diversamente dalla relativa disposizione della Convenzione di Dublino, il regolamento 343/2003 non richiede per la sua applicazione il consenso degli individui interessati¹⁹. La discrezionalità con cui gli Stati utilizzano detta clausola e le divergenze interpretative e applicative tra Stato e Stato²⁰ sono rese possibili dalla formulazione dell’art. 3, par. 2, che non indica criteri neanche minimi di esercizio di quella competenza.

2. Tralasciando considerazioni relative all’efficienza del sistema²¹, merita sottolineare taluni profili problematici circa la compatibilità del regolamento Dublino II con i citati strumenti convenzionali a tutela dei diritti fondamentali²².

Ci si riferisce, in primo luogo, alla circostanza per cui il sistema poggia la sua “credibilità” sull’esistenza di norme realmente armonizzate tra gli Stati membri, tal che l’esame delle domande sia condotto in maniera il più possibile uniforme in ogni Stato membro: ciò tuttavia (ancora) non è, stante il basso livello di armonizzazione disposto dalle direttive in materia di asilo²³. In secondo luogo, solleva perplessità il principio di mutua fiducia tra Stati che si dichiarano “sicuri”: esso non appare idoneo di per sé a evitare la responsabilità dello Stato non-competente per violazione dei diritti fondamentali del richiedente, nel caso in cui venga trasferito in uno Stato competente che si riveli, al contrario, “insicuro”.

¹⁸ V. UNHCR, *The Dublin Regulation. A UNHCR Discussion Paper*, 2006, reperibile online, p. 30 ss.; e la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 6 giugno 2007, sulla valutazione del sistema di Dublino, COM(2007)299 def., p. 7.

¹⁹ Ciò codifica la prassi di Germania, Belgio e Olanda che, nell’ambito del meccanismo convenzionale, pur non competenti esaminavano senza il loro consenso (e rimandavano indietro) i richiedenti provenienti da Paesi ritenuti sicuri: v. L. ZAGATO, *op. cit.*, p. 163.

²⁰ Quanto al trasferimento verso la Grecia cfr. UNHCR, *Updated UNHCR Information Note on National Practice in the Application of Article 3(2) of the Dublin II Regulation in Particular in the Context of Intended Transfers to Greece*, 2011, reperibile online.

²¹ V. EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered*, 2008, reperibile online; H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 285.

²² Così anche A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 669 ss., in specie p. 677 ss.

²³ Conforme S. W. ALLARD, *Casualties of Disharmony: The Exclusion of Asylum Seekers Under the Auspices of the Common European Asylum System*, in *Emory International Law Review*, 2010, p. 295 ss., in specie p. 322 ss. Resta da verificare l’incidenza della ricordata nuova direttiva “qualifiche”, il cui termine di attuazione è il 31 dicembre 2013.

Il problema non è solo teorico. Esso si è verificato con riferimento alla Grecia, il cui sistema di asilo è stato ritenuto generalmente carente in raccomandazioni e rapporti dell'Alto commissariato per i rifugiati e di ONG anche internazionali²⁴, oltre che in procedimenti di infrazione *ex art.* 226 TCE (ora 258 TFUE)²⁵.

In proposito si è espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisprudenza rileva per l'operare dell'art. 52, par. 3 della Carta. Anche utilizzando i citati documenti in funzione probatoria, il giudice convenzionale ha sottolineato il "fallimento" del sistema greco di asilo alla luce della CEDU²⁶; inoltre, nella sentenza *M.S.S.*²⁷ ha condannato lo Stato non-competente (il Belgio) per aver disposto il trasferimento di un richiedente in quel Paese²⁸. Il

²⁴ Essenzialmente quanto al funzionamento della procedura aeroportuale, alle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo e all'accesso alla procedura di attribuzione della protezione internazionale. V. UNHCR, *The Return to Greece of Asylum-Seekers with "Interrupted" Claims*, 2007; ID., *UNHCR Position on the Return of Asylum-Seekers to Greece under the "Dublin Regulation"*, 2008; ID., *Unaccompanied Minors Seeking Asylum in Greece*, 2008; ID., *Observations on Greece as a Country of Asylum*, 2009; ID., *Updated UNHCR Information*, cit.; HUMAN RIGHTS WATCH, *Stuck in a Revolving Door: Iraqis and Other Asylum Seekers and Migrants at the Greece/Turkey Entrance to the European Union*, 2008; ID., *No Refugee: Migrants in Greece*, 2009; AMNESTY INTERNATIONAL, *The Dublin II Trap. Transfers of Asylum-Seekers to Greece*, 2010; COUNCIL OF EUROPE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Third Party Intervention, Case of Ahmed Ali v. the Netherlands and Greece*, 2010. Alcune criticità sembrano perdurare anche dopo l'adozione, nel gennaio 2011, di una nuova legge in materia: cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, *Greece: Briefing on the Draft Law on Asylum, Migration-Related Detention and Returns of Third Country Nationals*, 2011; UNHCR, *Asylum Situation in Greece Including for Dublin II Transferees*, 2011; ID., *Oral Submissions in Joined Cases of NS (C-411/10) and ME and Others (C-493/10)*, 2011. Tutti questi documenti sono reperibili *online*. In dottrina A. SKORDAS, N. SITAROPOULOS, *Why Greece is not a Safe Host Country for Refugees*, in *International Journal of Refugee Law*, 2004, p. 25 ss.; P. N. PAPADIMITRIOU, I. F. PAPAGEORGIOU, *The New 'Dubliners': Implementation of European Council Regulation 343/2003 (Dublin-II) by the Greek Authorities*, in *Journal of Refugee Studies*, 2005, p. 299 ss.; M. MARCHEGIANI, *Regolamento Dublino II e clausola di sovranità: il caso greco dinanzi all'Alto commissariato per i rifugiati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 452 ss.

²⁵ Sentenza del 19 aprile 2007, causa C-72/06, *Commissione c. Grecia*, *Raccolta*, p. I-57 ss.; ordinanze del 22 ottobre 2008, causa C-130/08, *Commissione c. Grecia*; e del 26 novembre 2008, causa C-220/08, *Commissione c. Grecia*.

²⁶ Tra le altre, v. le sentenze dell'11 giugno 2009, *S.D. c. Grecia*; del 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grecia*; e del 22 luglio 2010, *A.A. c. Grecia*.

²⁷ Sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*. Cfr. I. ITALIANO, *La protezione dei diritti dei richiedenti asilo nella CEDU e nell'Unione europea non è necessariamente equivalente?*, in *Gli Stranieri*, 2011, p. 117 ss.; H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 287 ss.; M. MARCHEGIANI, *Regolamento "Dublino II" e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 357 ss.; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 343 ss.; T. SYRING, *European Court of Human Rights' Judgment on Expulsion of Asylum Seekers: M.S.S. v. Belgium & Greece*, in *ASIL Insight*, 2011, reperibile *online*.

²⁸ Già nella sentenza del 7 marzo 2000, *T.I. c. Regno Unito*, la Corte europea aveva affermato che lo Stato di trasferimento resta in principio responsabile alla luce dell'art. 3 CEDU qualora nello Stato di destinazione sorga il rischio di violazione di tale norma per successivo *refoulement* verso altro Paese; e che dunque l'applicazione del meccanismo Dublino II, lungi dall'essere auto-

Belgio avrebbe dovuto applicare la “clausola di sovranità”, avocando a sé la competenza a esaminare la domanda, al fine di evitare il rischio di una lesione dei diritti fondamentali del richiedente nel Paese di destinazione²⁹.

3. Nella sentenza *N.S. e altri*, la Corte di giustizia si è pronunciata su fattispecie riguardanti il trasferimento di richiedenti asilo dal Regno Unito e dall'Irlanda verso la Grecia quale Stato competente in base al regolamento Dublino II³⁰.

In risposta alle questioni pregiudiziali sollevate dalla Court of Appeal of England and Wales e dalla High Court irlandese³¹, la Corte ha anzitutto stabilito

matica, richiede una valutazione nel caso concreto. Nella pronuncia del 2 dicembre 2008, *K.R.S. c. Regno Unito*, però, quel giudice ha evitato di condannare il Regno Unito quale Stato di trasferimento: ciò in quanto, per un verso, bisognava presumere la conformità del sistema di asilo dello Stato di destinazione (Grecia) agli atti UE in materia; per altro verso, eventuali doglianze potevano essere sollevate solo nei confronti dello Stato “carente” e non di quello di invio dei richiedenti in base al sistema Dublino II.

²⁹ Nella pronuncia *M.S.S.*, il Belgio è stato riconosciuto responsabile *ex art. 3 CEDU* per aver esposto il ricorrente al rischio di subire trattamenti inumani o degradanti a causa dell'invio in Grecia. Ciò, sotto il duplice profilo del rischio di non vedere esaminata la propria domanda di asilo in maniera adeguata, e delle insufficienti condizioni di detenzione e accoglienza in quel Paese. Il tutto senza neanche garantire un rimedio effettivo avverso il provvedimento di trasferimento, con ciò violando anche l'art. 13 CEDU. Né a evitare la condanna è valsa la richiesta di applicazione del principio della “protezione equivalente” di cui alla giurisprudenza *Bosphorus* (Corte europea, sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus*, con il commento di S. DOUGLAS-SCOTT, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 243 ss.), secondo cui uno Stato non è considerato inadempiente dal punto di vista della CEDU quando dà esecuzione a un atto di un'organizzazione internazionale se tale Stato non abbia in proposito alcun potere discrezionale e in quell'organizzazione i diritti fondamentali siano controllati e rispettati. Detto principio è reso inapplicabile dalla discrezionalità insita nella “clausola di sovranità”, il cui mancato esercizio ha comportato l'imputabilità al Belgio, e non all'Unione, della condotta contraria all'art. 3 CEDU.

³⁰ Per quanto riguarda la causa C-411/10, il signor N.S., afgano, era entrato in territorio UE attraverso la Grecia. Dopo alcune vicissitudini, giungeva nel Regno Unito presentandovi domanda di asilo. Informato del suo trasferimento in Grecia in applicazione del regolamento Dublino II, proponeva ricorso amministrativo denunciando una lesione dei propri diritti in quel Paese. L'autorità competente ne dichiarava la manifesta infondatezza in quanto la Grecia risultava tra i Paesi sicuri in base alla legge del 2004 sull'asilo. Anche la richiesta di esercizio della “clausola di sovranità” veniva respinta. Proposto ricorso, nell'aprile 2010 la questione era portata all'attenzione della Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division). Quest'ultimo giudice sospendeva il giudizio e formulava i quesiti pregiudiziali, ricordando che in Grecia le procedure di asilo presentavano gravi carenze; i casi di concessione di asilo erano estremamente rari; i mezzi di ricorso insufficienti e di difficile accesso; le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo inadeguate. Nella causa C-493/10, invece, il signor M.E. e altri cinque ricorrenti afgani, iraniani e algerini, transitavano per il territorio greco e venivano arrestati per ingresso illegale, senza chiedere asilo. Successivamente si recavano in Irlanda, dove presentavano domanda di asilo lamentando l'inadeguatezza di procedure e condizioni in Grecia, e chiedendo l'applicazione della “clausola di sovranità”.

³¹ Il primo giudice aveva chiesto se la decisione di applicare la “clausola di sovranità” rientrasse nell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione; in caso di risposta affermativa, se l'obbligo di uno Stato di osservare tali diritti fosse assolto mediante il semplice invio dei richiedenti verso lo Stato competente, a prescindere dalla situazione di quel Paese; se tale obbligo impedisse l'applicazione di una presunzione assoluta di rispetto dei diritti fondamentali e delle norme minime delle direttive in materia di asilo nello Stato competente; se gravasse in capo agli

che la decisione di uno Stato di esercitare la “clausola di sovranità” dà attuazione al diritto dell’Unione ai fini dell’art. 6 TUE e/o dell’art. 51 della Carta³². Ciò posto, questo diritto non permette agli Stati membri l’applicazione di una presunzione assoluta di rispetto dei diritti fondamentali da parte dello Stato competente. Al contrario, alla luce dell’art. 4 della Carta, gli Stati non devono trasferire un richiedente qualora non possano ignorare che le carenze sistemiche nel Paese di destinazione costituiscono motivi seri e comprovati di ritenere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti.

In questi casi, gli Stati possono esercitare la “clausola di sovranità” oppure proseguire l’esame dei criteri del regolamento per identificare un altro Stato competente. Se però questa procedura rischia di avere durata irragionevole, l’esercizio di quella clausola è obbligatorio.

Tale conclusione, per il giudice UE, non viene modificata dall’eventuale applicazione di altre disposizioni della Carta, quali gli articoli 1 (dignità umana), 18 (diritto di asilo) e 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale)³³;

Stati l’obbligo di esercitare la “clausola di sovranità” in caso di rischio di violazione dei diritti fondamentali nel Paese di destinazione; se la tutela accordata dai principi generali di diritto UE e in particolare dagli articoli 1, 18 e 47 della Carta fosse più ampia della protezione di cui all’art. 3 CEDU; se fossero legittime disposizioni nazionali obbliganti le giurisdizioni interne, in caso di trasferimento, a ritenere lo Stato membro di destinazione sempre “sicuro” per il richiedente; se l’applicazione del Protocollo n. 30 al TUE e TFUE fosse rilevante per il caso di specie. La High Court irlandese aveva invece domandato se lo Stato di trasferimento, per un verso, dovesse accertare il rispetto dell’art. 18 della Carta, delle norme delle ricordate direttive e del regolamento 343/2003 da parte dello Stato di destinazione; per altro verso, riscontrata una mancanza, fosse tenuto a esercitare la “clausola di sovranità”.

³² Il giudice inglese aveva chiesto se gli Stati membri dovessero rispettare i diritti fondamentali, per il tramite delle norme appena richiamate, nell’esercizio di un potere discrezionale come quello proprio della clausola, che a stretto rigore non richiede attuazione. La questione si poneva in quanto l’art. 51 della Carta rende applicabile le disposizioni di quest’ultima (anche) agli Stati membri “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione” (corsivo nostro). In corso di causa, alcuni intervenienti avevano suggerito una risposta affermativa. La Commissione, dal canto suo, si era premurata di ricordare la giurisprudenza *Wachauf* (sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, *Raccolta*, p. 2609 ss.), secondo cui, quando un regolamento conferisce un potere discrezionale a uno Stato, quest’ultimo deve esercitarlo nel rispetto del diritto dell’Unione. Altri invece, tra cui il governo inglese, avevano sottolineato come la “clausola di sovranità” rappresentasse una facoltà sottratta all’attuazione del diritto dell’Unione. La Corte di giustizia ha riconosciuto che la “clausola di sovranità”, pur attribuendo agli Stati un potere discrezionale, costituisce parte integrante del sistema Dublino II e, in ultima analisi, del sistema comune europeo di asilo prefigurato dai Trattati. Dall’esercizio di tale facoltà discendono conseguenze precise a carico dello Stato interessato. Ad esempio, questi diventa lo Stato competente a esaminare la domanda, e quindi a determinare le condizioni di accoglienza dei richiedenti nonché l’applicazione delle norme sostanziali e procedurali per l’attribuzione della qualifica di rifugiato. Pertanto, simile discrezionalità nell’applicazione della clausola incontra il limite del rispetto dei diritti fondamentali dell’Unione.

³³ La Corte ha deciso di non pronunziarsi sulla specifica questione sollevata dal giudice inglese, relativa – come detto – alla più ampia tutela accordata dalle suddette norme rispetto a quella fornita dall’art. 3 CEDU. La sua definizione non avrebbe infatti comportato una risposta differente da quella, risolta positivamente, dell’accertamento della violazione in capo allo Stato di trasferimento

né del Protocollo n. 30 al TUE e al TFUE sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito³⁴.

4. Nella sentenza in esame, la Corte di giustizia prende atto dell'orientamento della Corte europea nel caso *M.S.S.* Il ragionamento del giudice dell'Unione ruota attorno all'applicazione del principio di mutua fiducia. Quest'ultimo si giustifica in ragione dell'obbligo, gravante sugli Stati membri, di rispettare le norme a tutela dei diritti fondamentali. Solo il rispetto di quei diritti fa sì che gli Stati membri possano considerarsi reciprocamente sicuri, che il meccanismo di trasferimento non rischi di violare i diritti dei richiedenti asilo, e che, in ultima analisi, il sistema Dublino II non sia contrario alla Convenzione di Ginevra, alla CEDU e alla Carta di Nizza.

Tale presunzione, secondo il giudice dell'Unione, non è pertanto assoluta ma relativa, non potendosi escludere che il sistema si “inceppi” in uno o più Stati nei quali i richiedenti siano trattati *de facto* in maniera incompatibile con i loro diritti fondamentali. La mutua fiducia non deve cioè risolversi per ogni Stato in fiducia assoluta (cieca, si potrebbe dire) nella tutela di tali diritti da parte degli altri Stati. Se ciò è vero, la partecipazione ai pertinenti strumenti internazionali è dunque meramente indicativa, non provando il loro effettivo rispetto. Detto altrimenti, essa è condizione necessaria ma non sufficiente per escludere rischi di violazione in uno Stato membro che si dichiara “sicuro”, e per questo non consente l'applicazione di una presunzione di carattere assoluto³⁵.

dell'art. 4 della Carta, che – per l'operare del successivo art. 52, par. 3 – richiama la giurisprudenza della Corte europea. Il giudice UE ha infatti ricordato che la sentenza *M.S.S.* è intervenuta a modificare la precedente giurisprudenza *K.R.S.* (alla base delle preoccupazioni del giudice inglese del rinvio, secondo la Corte) successivamente alla proposizione dei ricorsi *N.S. e altri*. Ciò lascia tuttavia aperto, tra gli altri, l'interrogativo – sul quale si era soffermato l'Avvocato generale nelle conclusioni *N.S.*, punto 113 ss., e in quelle *M.E.*, punto 61 ss. – sull'idoneità dell'art. 18 della Carta a costituire motivo autonomo per impedire il trasferimento dei richiedenti asilo. Si noti peraltro che è attualmente pendente la domanda pregiudiziale proposta dall'*Asylgerichtshof* (Austria), 23 maggio 2011, causa C-245/11, *K.*, in cui viene sollevato il profilo della compatibilità del sistema Dublino II con gli articoli 8 CEDU e 7 della Carta, sul rispetto della vita privata e familiare.

³⁴ L'art. 1, par. 1 del Protocollo n. 30 afferma che la Carta di Nizza “non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma”. Secondo la Corte, questo Protocollo non rappresenta una clausola generale di *opt-out*: simile esclusione riguarderebbe infatti solo il titolo IV della Carta (l'art. 1, par. 2, ricorda che “[i]n particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno”). Entro quei limiti, il Protocollo non consente pertanto di esonerare i due Paesi dall'obbligo di rispettare le norme della Carta né impedisce ai loro giudici di vigilare sull'osservanza delle relative disposizioni. La Corte ha seguito in proposito le conclusioni *N.S.*, punti 116-122. Cfr. A. BIONDI, *L'applicazione differenziata della Carta: vera o presunta?*, in L. S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 343 ss.

³⁵ Ciò appare conforme al concetto di “Paese (effettivamente) sicuro” accolto – come si è visto *supra*, in nota 14 e testo corrispondente – nella direttiva “procedure”. Ci paiono pertanto incom-

Ciò posto, non tutte le violazioni sono però capaci di ribaltare la presunzione. Secondo la Corte di giustizia, una diversa conclusione pregiudicherebbe il funzionamento del sistema europeo comune di asilo³⁶ nonché gli obiettivi e il sistema Dublino II³⁷. Al contrario, la regolare applicazione del meccanismo di trasferimento viene impedita solo quando – come si è ricordato – gli Stati membri “non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo [nello Stato membro competente] costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell’art. 4 della Carta”³⁸.

Questa condizione, il cui soddisfacimento è necessario per ribaltare la presunzione relativa, solleva alcune perplessità di ordine pratico. Anzitutto, la Corte di giustizia non fornisce elementi da cui desumere la chiara prova di una carenza sistemica. Nel caso di specie, essa ha condiviso la sentenza *M.S.S.* basandosi soprattutto sulle raccomandazioni e sui rapporti prima menzionati, il cui valore pratico è stato riconosciuto al di là della loro efficacia non obbligatoria. In futuro tuttavia le autorità nazionali, pur potendo utilizzare altre fonti, potrebbero incontrare difficoltà nel raggiungere simile chiara prova in mancanza di specifici e concordanti documenti sulla situazione di uno Stato di destinazione.

In secondo luogo, non è immediatamente evidente quando le carenze debbano considerarsi “sistemiche”. Anche in questo caso, il giudice UE ha preso atto del fallimento del sistema greco di asilo. Ci si chiede però se, con riferimento ad altri Paesi, le autorità dello Stato di trasferimento saranno in grado di individuare il confine tra i semplici episodi di violazione dei diritti fondamentali, non idonei a inceppare il meccanismo, e le vere e proprie carenze sistemiche dello Stato di destinazione³⁹.

Minori difficoltà interpretative solleva l’individuazione dei “motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell’art. 4 della Carta”. L’art. 52, par. 3 di

patibili con il diritto UE quelle legislazioni nazionali che impongono presunzioni assolute in capo alle loro autorità competenti: ad esempio, nella forma dell’obbligo stabilito nella legge inglese del 2004 sull’asilo, gravante sulle giurisdizioni nazionali, di considerare sempre sicuri gli Stati membri UE in caso di attivazione del meccanismo di trasferimento del regolamento Dublino II. Ciò appare ancor più rilevante in quanto, nella sentenza della House of Lords (Judicial Committee) del 6 maggio 2009, *Nasseri*, reperibile *online*, detta presunzione assoluta era stata considerata compatibile con lo Human Rights Act del 1998.

³⁶ Il quale è appunto basato, come si è già detto, “sulla fiducia reciproca e su una presunzione di osservanza, da parte degli altri Stati membri, del diritto dell’Unione, segnatamente dei diritti fondamentali” (sentenza *N.S. e altri*, punto 83).

³⁷ In particolare, come sottolinea la Corte, ciò avrebbe la conseguenza – deleteria per gli obiettivi sottesi a quel sistema – di introdurre “un criterio supplementare di esclusione in base al quale violazioni minime delle regole delle direttive [in materia di asilo] in un determinato Stato membro potrebbero avere l’effetto di esonerare quest’ultimo dagli obblighi che derivano da detto regolamento” (*ibidem*, punto 85).

³⁸ *Ibidem*, punto 106.

³⁹ Per simili perplessità riferite alla giurisprudenza CEDU v. A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 680.

quest'ultima, come detto, rende applicabile la giurisprudenza della Corte europea in tema di limiti a espulsione, estradizione e allontanamento degli stranieri, compresi i richiedenti asilo⁴⁰.

Ciò considerato, a noi sembra che la condizione appena descritta sia piuttosto difficile da soddisfare. La sua formulazione implica che le violazioni anche gravi delle norme di cui alle direttive in materia di asilo non siano sufficienti a intaccare la regolare applicazione del meccanismo di trasferimento, se non accompagnate dalla violazione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo⁴¹. D'altro canto, introducendo simile soglia, la Corte ha tenuto conto della giurisprudenza CEDU senza per ciò incidere sul principio di mutua fiducia, di per sé considerato.

Merita sottolineare inoltre che, trattandosi di presunzione relativa, in taluni ordinamenti l'onere della prova contraria potrebbe gravare sui richiedenti asilo. Essendo quella condizione di difficile soddisfacimento, sembra rilevante il rischio che la presunzione, in astratto relativa, si riveli nei fatti assoluta. Nel caso in esame, il rischio appare depotenziato in virtù, ancora una volta, del "fallimento" del sistema greco di asilo accertato nei documenti prima citati e in sentenze delle due Corti europee⁴². Tuttavia il problema potrebbe emergere qualora si tratti di verificare le carenze sistemiche di altri Stati, in assenza di prove sufficienti e concordanti a fondamento delle doglianze dei richiedenti⁴³.

5. In situazioni di carenza generalizzata del sistema di asilo dello Stato di destinazione, comportante il rischio di violazione dei diritti fondamentali dei richiedenti, sugli altri Stati del sistema Dublino II grava il compito di tutelare quei diritti

⁴⁰ Per un complessivo esame v. P. PUSTORINO, *Art. 3*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 63 ss., in specie pp. 85-88.

⁴¹ Così già le conclusioni *N.S.*, punto 123.

⁴² Difatti, "contrariamente a quanto sostengono i governi belga, italiano e polacco, secondo i quali gli Stati membri non dispongono degli strumenti adeguati per valutare il rispetto dei diritti fondamentali da parte dello Stato membro competente e, pertanto, i rischi realmente corsi da un richiedente asilo nel caso in cui venga trasferito verso tale Stato membro, informazioni come quelle citate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sono idonee a permettere agli Stati membri di valutare il funzionamento del sistema di asilo nello Stato membro competente, che renderà possibile la stima di tali rischi" (sentenza *N.S. e altri*, punto 91). Inoltre, la Corte ha sottolineato "la pertinenza delle relazioni e delle proposte di modifica del regolamento n. 343/2003 provenienti dalla Commissione, delle quali lo Stato membro che deve procedere al trasferimento non può ignorare l'esistenza, visto che ha partecipato ai lavori del Consiglio dell'Unione europea, il quale è uno dei destinatari di tali documenti" (*ivi*, punto 92).

⁴³ In particolare, ci sembra difficile da comprendere come questi soggetti, spesso in condizioni di indigenza e precarietà, possano riuscire a raccogliere prove sufficienti a fondare la loro pretesa. D'altro canto, in assenza di un qualificato supporto "esterno", anche le autorità nazionali potrebbero andare incontro a difficoltà sul piano sia pratico sia dell'opportunità politica, implicando tali valutazioni un giudizio di "sfiducia" nei confronti di altri Stati. Da questo punto di vista, dunque, non ci sembrano destituite di fondamento le obiezioni espresse da alcuni governi in corso di causa (*ivi*, punto 91). Una risposta potrebbe arrivare dalla definizione delle questioni pregiudiziali sollevate dall'*Administrativen Sad Sofia* (Bulgaria), 18 ottobre 2011, causa C-528/11, *Halaf*.

in via “sostitutiva”. Ciò sembra espressione del principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità, anche finanziarie, di cui all’art. 80 TFUE.

Anzitutto, lo Stato in cui viene presentata una domanda di asilo, pur non competente a esaminarla, ha un generale dovere di vigilanza, il quale tuttavia, per quanto detto sinora, si sostanzia nell’avvalersi della presunzione relativa di rispetto dei diritti fondamentali nello Stato di destinazione del richiedente⁴⁴. Qualora però il sistema di asilo di quest’ultimo Stato versi nella grave situazione sopra descritta, e la presunzione sia rovesciata, ne consegue l’obbligo dello Stato non-competente (comprese le sue autorità giurisdizionali) di astenersi dal disporre il trasferimento.

Quanto alle modalità in cui si sostanzia l’obbligo di astensione, la Corte di giustizia ha adottato un criterio meno vincolante di quello scelto dalla Corte europea nella sentenza *M.S.S.* Per essa, lo Stato non-competente ha l’unico obbligo di applicare la “clausola di sovranità” per avocare a sé l’esame della domanda di asilo⁴⁵. Il giudice UE lascia invece la scelta tra esercitare il diritto di avocazione oppure proseguire l’esame dei criteri di competenza indicati nel regolamento Dublino II, in modo da individuare uno Stato successivamente competente⁴⁶.

Detta possibilità di scelta è tuttavia limitata in due direzioni. Da un lato, qualora non si possa individuare siffatto Paese, lo Stato non-competente è obbligato all’esame essendo stata in esso presentata la domanda. In secondo luogo, si tiene conto del generale dovere di non peggiorare la situazione dei richiedenti asilo. Lo Stato non-competente ha infatti l’obbligo di avocare a sé l’esame della domanda nel caso in cui la procedura di determinazione, in base allo “scorrimiento” degli altri criteri, rischi di avere durata irragionevole, tale da aggravare le violazioni dei diritti fondamentali dei richiedenti.

La Corte si limita all’affermazione di principio senza proporre alcun criterio per accertare l’irragionevolezza di tale durata. L’ipotesi più problematica ci sembra riguardare la detenzione prevista da alcuni Stati membri⁴⁷ nell’ambito della procedura di trasferimento verso lo Stato competente. Il regolamento 343/2003 non detta una disciplina della fattispecie, lasciando ampia discrezionalità agli Stati⁴⁸. Non è dunque chi non veda il rischio che la durata irragionevole

⁴⁴ In senso conforme le conclusioni *M.E.*, punto 75 ss.

⁴⁵ Approccio seguito anche nelle conclusioni *N.S.*, punto 121.

⁴⁶ Ciò posto, sarà interessante vedere come risponderà la Corte alla domanda pregiudiziale proposta dallo Hessischen Verwaltungsgerichtshof (Germania), 5 gennaio 2011, causa C-4/11, *Puid*, relativamente al quesito “[s]e dall’obbligo per lo Stato membro di esercitare il diritto di cui all’art. 3, n. 2, prima frase, del regolamento Dublino II derivi un *diritto soggettivo* del richiedente asilo all’esercizio dell’avocazione della competenza che possa essere fatto valere nei confronti di detto Stato” (corsivo nostro).

⁴⁷ Austria, Belgio, Francia, Lussemburgo e Slovacchia.

⁴⁸ Più in generale, ai richiedenti interessati dal regolamento 343/2003 non si applicano le condizioni minime di accoglienza della direttiva 2003/9. Il 18 aprile 2011 il Conseil d’État francese ha sollevato rinvio pregiudiziale (causa C-179/11, *CIMADE* e *GISTI*), chiedendo se quella direttiva si applichi almeno ai richiedenti nella fase in cui sia stato già individuato lo Stato competente in base al sistema Dublino II ma non ancora disposto il trasferimento. In argomento v. UNHCR, *UNHCR Statement on the Reception Conditions of Asylum-seekers under the Dublin Procedure*, 2011, reperibile [online](#).

della fase di “scorrimento”, in presenza di richiedenti trattenuti, comporti un peggioramento dei loro diritti fondamentali⁴⁹.

6. Con la decisione commentata, la Corte di giustizia ha ribadito il valore primario della tutela dei diritti fondamentali nell’applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri del sistema Dublino II. Questi diritti, infatti, concorrono a limitare gli automatismi del meccanismo di trasferimento a fini di tutela dei richiedenti asilo.

La Corte UE ha anche ribadito l’attuale “fallimento” del sistema greco di asilo, in linea con quanto affermato dal giudice della CEDU. Pur rappresentando un costruttivo esempio del dialogo tra le due Corti europee⁵⁰, questa circostanza pone nondimeno alcune difficoltà di ordine pratico, considerato l’alto numero di richiedenti asilo che entra nel territorio dell’Unione attraverso le frontiere esterne della Grecia.

Richiedendo il soddisfacimento di una condizione gravosa per ribaltare la presunzione di rispetto dei diritti fondamentali, d’altro canto, il giudice dell’Unione non ha intaccato il sistema Dublino II in sé considerato, salvaguardando in ultima analisi il sistema europeo comune di asilo.

Inoltre, va salutata con favore l’utilizzazione in chiave probatoria di raccomandazioni e rapporti dell’Alto commissariato per i rifugiati e di ONG anche internazionali, al di là del valore obbligatorio di cui risultano privi. Ciò pare ancor più rilevante, in quanto in documenti di questo tipo ci si inizia a interessare anche alla situazione italiana. Un recente rapporto commissionato da una ONG tedesca ha messo infatti in luce le difficili condizioni in cui versano nel nostro Paese i beneficiari di protezione internazionale e i richiedenti trasferiti in base al meccanismo Dublino II⁵¹, spingendo alcuni tribunali tedeschi a sospendere i trasferimenti verso l’Italia⁵².

⁴⁹ L’art. 27 della proposta di modifica del regolamento Dublino II – del 3 dicembre 2008, COM(2008)820 def. – detta un’apposita disciplina. In breve, non è possibile disporre il trattenimento per il solo fatto che ci si trovi in presenza di un richiedente asilo, ma soltanto se sussiste un significativo rischio di fuga. La misura di trattenimento deve essere autorizzata alla luce dei principi di necessità e proporzionalità, e solo qualora non siano applicabili efficacemente altre misure meno coercitive. Se autorizzato, detto trattenimento deve durare il minor tempo possibile; essere riesaminato a intervalli ragionevoli da un’autorità giudiziaria; e mai essere prolungato indebitamente. Cfr. F. ZORZI GIUSTINIANI, *Verso una politica comune europea di asilo. Il processo di revisione normativa*, in *Gli Stranieri*, 2011, p. 167, in specie p. 169 s.

⁵⁰ Dialogo destinato a intensificarsi in caso di adesione dell’UE alla CEDU. Per la sua ampiezza, il tema non può essere trattato in questa sede. Ci si limita a rinviare a U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2004, p. 73 ss.; e S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 629 ss. Più di recente, anche nell’ottica dell’adesione dell’Unione alla CEDU, v. L. S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, in specie i contributi di J. P. JACQUÉ, p. 171 ss.; V. ZAGREBELSKY, p. 313 ss.; e M. JAEGER, p. 319 ss.

⁵¹ Cfr. M. BETHKE, D. BANDER, *The Living Conditions of Refugees in Italy*, Frankfurt am Main, 2011, reperibile *online*.

⁵² Si veda l’inchiesta de *La Repubblica* e *L’Espresso*, *Rifugiati, vergogna italiana*, reperibile *online*.

Più in generale, la necessità di porre rimedio alle carenze sistemiche riscontrate in Grecia mette in luce due difetti originari del regolamento Dublino II⁵³. Il primo riguarda l'introduzione della presunzione di conformità di tutti gli ordinamenti degli Stati membri agli strumenti internazionali a tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, senza prestare sufficiente attenzione alle difficoltà pratiche cui possono andare incontro alcuni Stati nel dare loro attuazione o, addirittura, alla possibilità di inadempimento degli obblighi da essi derivanti.

Il secondo difetto, ricollegabile al primo, concerne i criteri di competenza sui quali si fonda il sistema. A parte il ricongiungimento familiare, questi stabiliscono essenzialmente la competenza dello Stato di primo ingresso regolare o irregolare. Dunque, e contrariamente a quanto richiesto dall'art. 80 TFUE, pongono un onere sproporzionato solo su alcuni Stati UE che, per posizione geografica, sono soggetti a elevata pressione migratoria; con evidente rischio di violazione dei diritti fondamentali dei richiedenti, in particolare del divieto di *refoulement*⁵⁴. Non è un caso, d'altronde, che il Programma di Stoccolma del 2010 confermi l'importanza del sistema Dublino II ma metta ciò nonostante l'accento sulle possibili alternative al meccanismo ivi contemplato⁵⁵.

Se ciò è vero, ci sembra che la Corte abbia inteso tra l'altro sottolineare la necessità che le correzioni da apportare al sistema vengano individuate dal legislatore dell'Unione. In proposito, la proposta di modifica del regolamento 343/2003 contempla una procedura diretta a sospendere in via temporanea i trasferimenti verso uno Stato che "si trovi in situazioni di particolare urgenza, tali da comportare pressioni eccezionali sulle sue capacità di accoglienza, sul suo regime di asilo o sulle sue infrastrutture". Se tale procedura fosse approvata,

⁵³ Così anche E. REBASTI, *op. cit.*, p. 354.

⁵⁴ In generale M. T. GIL-BAZO, *The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited*, in *International Journal of Refugee Law*, 2006, p. 571 ss.; G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 105 ss.; N. DE BLOUW, *Drowning Policies: A Proposal to Modify the Dublin Agreement and Reduce Human Rights Abuses in the Mediterranean*, in *California Western International Law Journal*, 2010, p. 335 ss.; S. KLEPP, *A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea*, in *European Journal of Migration and Law*, 2010, p. 1 ss.; A. TRIANDAFYLLOU, M. AMBROSINI, *Irregular Immigration Control in Italy and Greece: Strong Fencing and Weak Gate-keeping serving the Labour Market*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, p. 251 ss.

⁵⁵ Cfr. il Programma di Stoccolma, Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, adottato dal Consiglio europeo dell'11 dicembre 2009, *GUUE* C 115, 4 maggio 2010, p. 1 ss., e la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 aprile 2010, Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, COM(2010)171 def. In proposito v. G. MORGESE, *Gli sviluppi della politica dell'Unione europea in materia di asilo in base al Programma di Stoccolma*, in *Gli Stranieri*, 2011, p. 155, in specie p. 164 s. V. anche la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 2 dicembre 2011, sul rafforzamento della solidarietà all'interno dell'UE in materia di asilo, COM(2011)835 def.

sarebbe possibile ricorrervi anche nel caso in cui, qualora trasferiti, i richiedenti corressero il rischio di non beneficiare di norme di protezione adeguate nello Stato competente, soprattutto in termini di condizioni di accoglienza e accesso alla procedura di asilo⁵⁶.

Ci si chiede, infine, se la soluzione fornita dal giudice dell'Unione al caso in esame non possa ricevere applicazione oltre la materia dell'asilo. A nostro avviso, infatti, l'introduzione di limiti al principio del mutuo riconoscimento in ragione della tutela dei diritti fondamentali, con possibilità di ribaltare la presunzione del loro rispetto, potrebbe estendersi anche ad altre discipline dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il riferimento è al mandato d'arresto europeo (MAE), basato anch'esso sul principio appena ricordato⁵⁷.

Abstract

Dublin II Regulation and Application of the Principle of Mutual Trust between Member States: the CJEU decision on *N.S. and Others* Case

This paper deals with the Court of Justice of the European Union (CJEU) judgement of December 21, 2011, Joined Cases C-411/10 and C-493/10, *N.S. and Others*. This

⁵⁶ V. l'art. 31 della citata proposta COM(2008)820 def., sulla quale F. ZORZI GIUSTINIANI, *op. cit.*, pp. 170-171. Sull'opportunità della sospensione del regolamento Dublino II alla luce del diritto primario dell'Unione v. A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 882 s.

⁵⁷ Cfr. A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, pp. 21 ss. e 203 ss.; nonché, più di recente, L. DANIELE, *Il dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 433 ss.; e M. GUIDI, *La rilevanza della cittadinanza ai fini dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 179 ss. Posta l'impossibilità di diffonderci in questa sede, ci si limita a ricordare che sono attualmente pendenti davanti alla Corte di giustizia due ricorsi in via pregiudiziale concernenti, tra l'altro, la possibilità di impedire l'esecuzione di un MAE in caso di violazione di alcuni diritti fondamentali sanciti dalla CEDU e dalla Carta di Nizza: v. le domande di pronuncia pregiudiziale proposte rispettivamente dalla Curte de Apel Constanța (Romania), 27 luglio 2011, causa C-396/11, *Procedimento penale a carico di Ciprian Vasile Radu*; e dal Tribunal Constitucional (Spagna), 28 giugno 2011, causa C-399/2011, *Procedimento penale a carico di Stefano Melloni*. Nei casi più gravi, l'esecuzione di un MAE può essere sospesa a sèguito della contestazione ex art. 7 TUE, da parte del Consiglio, di una violazione grave e persistente dei principi "fondanti" dell'Unione elencati all'art. 2 TUE: in argomento U. VILLANI, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 27 ss., in specie pp. 33-34, ove si ricorda che simile contestazione rappresenta anche una delle eccezioni al divieto, di cui al citato Protocollo n. 24 al TUE e al TFUE, di esaminare le domande di asilo provenienti da cittadini di Stati membri (v. *supra*, nota 13 e testo corrispondente).

decision gives some guidelines on the so-called “Dublin II” Regulation no. 343/2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national.

The CJEU has stressed the primary role of the protection of fundamental rights in the application of the notion of “Safe Country” and the principle of mutual trust between Member States in the Dublin II system. Indeed, those rights are able to limit the transfer mechanism of Regulation 343/2003 in order to protect asylum seekers.

As a consequence, EU law precludes the application of a conclusive presumption that the Member State responsible observes the fundamental rights of the EU. On the contrary, Article 4 of the Charter of Fundamental Rights of the EU must be interpreted as meaning that the Member States may not transfer an asylum seeker to the Member State responsible where they cannot be unaware that systemic deficiencies in the asylum procedure and in the reception conditions of asylum seekers in that Member State amount to substantial grounds for believing that the asylum seeker would face a real risk of being subjected to inhuman or degrading treatment within the meaning of that provision.

In that case, following the CJEU, the Member State which should carry out the transfer must exercise the so-called “sovereignty clause” or, alternatively, establish whether another Member State could be identified as responsible, as long as it does not worsen a situation where the fundamental rights of that applicant have been infringed.

Teresa Maria Moschetta*

Gli investimenti nel mercato interno dell'energia: questioni di compatibilità con gli obblighi internazionali degli Stati membri

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La riforma del mercato europeo dell'energia e le possibili implicazioni sull'ingresso di investimenti esteri diretti nel settore. – 3. Il problema della compatibilità del terzo pacchetto energia con gli obblighi internazionali degli Stati membri. – 4. Il contrasto tra norme interne europee e BIT conclusi da Stati membri con Stati terzi nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. La realizzazione del mercato interno dell'energia ed il rispetto degli obblighi statali di tutela degli investimenti a livello bilaterale: la sentenza *Commissione c. Slovacchia*. – 6. La preservazione degli obblighi internazionali degli Stati tra la protezione del legittimo affidamento degli investitori ed il rispetto del principio di leale cooperazione: rilievi conclusivi.

1. Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona con riguardo all'integrazione della materia degli investimenti nella competenza esclusiva dell'Unione europea sollevano interrogativi inerenti al trattamento da riservare agli investimenti provenienti da Stati terzi nel mercato interno dell'energia. In particolare, si pone il problema di delineare, in termini più precisi, il rapporto tra gli obblighi incombenenti sugli Stati ai sensi del diritto dell'Unione europea e gli impegni da essi previamente assunti a livello internazionale¹.

La realizzazione di condizioni concorrenziali nel mercato dell'energia costituisce uno degli obiettivi principali della politica di integrazione economica

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre.

¹ Il Trattato di Lisbona ha integrato la materia degli investimenti esteri diretti nella definizione della politica commerciale comune che notoriamente rientra nella competenza esclusiva dell'Unione europea. L'art. 206 TFUE, infatti, prevede che "l'Unione, tramite l'istituzione di un'unione doganale in conformità degli articoli 28 e 32, contribuisce nell'interesse comune (...) agli investimenti esteri diretti". L'art. 207 TFUE, inoltre, estende l'applicazione dei principi uniformi della politica commerciale, tra l'altro, anche agli investimenti esteri diretti. Con riferimento al settore dell'energia, l'art. 194 TFUE riconosce esplicitamente la competenza dell'Unione europea in materia. A questo riguardo, appare utile sin d'ora sottolineare, come ai sensi dell'art. 4 TFUE, la politica in materia di energia rientri tra le competenze concorrenti dell'Unione europea.

europea in ragione della stretta relazione tra obiettivi di liberalizzazione commerciale e preservazione di condizioni concorrenziali di mercato². Come noto, tali obiettivi trovano oggi specificazione nel terzo pacchetto europeo sull'energia che conferma gli obblighi di liberalizzazione dell'accesso alle reti e delinea le condizioni della separazione delle diverse attività della filiera del settore energetico (c.d. *unbundling*)³.

L'aspetto più rilevante inerente alla questione oggetto di analisi concerne l'estensione dell'*unbundling* anche alle imprese provenienti da Paesi terzi che vogliano investire nel mercato europeo dell'energia. L'applicazione di tale requisito, infatti, rischia di creare ostacoli all'ingresso di capitali in un settore in cui gli obiettivi della liberalizzazione si completano con la promozione degli investimenti a livello internazionale⁴.

La *ratio* che sottende tale previsione risiede probabilmente nelle peculiarità del settore energetico e nella particolare configurazione degli attuali flussi di investimento a livello mondiale. La presenza di fondi sovrani, infatti, può giustificare la previsione di un filtro all'ingresso di capitali provenienti da Stati terzi in un settore caratterizzato da monopoli naturali, oneri di servizio universale e questioni inerenti alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico⁵.

² Per una più puntuale ricostruzione dell'evoluzione della politica comunitaria in materia di energia vedi: F. MUNARI, *Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 881; P. D. CAMERON, *Competition in Energy Markets, Law and Regulation in the European Union*, Oxford, 2007; K. TALUS, *Role of the European Court of Justice in the Opening of Energy Markets*, in *ERA Forum*, 2007, p. 435 ss., reperibile *online*; M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011, p. 13 ss.

³ Il terzo pacchetto di misure per la riforma del mercato interno dell'energia si compone dei seguenti atti normativi: regolamento (CE) n. 173/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, *GUUE* L 211, 14 agosto 2009, p. 1 ss.; regolamento (CE) n. 714/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, sulle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri che abroga il regolamento 1228/2003, *ivi*, p. 15; direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale che abroga la direttiva 2003/55/CE, *ivi*, p. 94; direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, *ivi*, p. 55. La nuova disciplina sul mercato interno dell'energia elettrica e il gas è in vigore dal 3 marzo 2011. Per una approfondita ricostruzione delle novità introdotte dalla disciplina in questione vedi R. BOSCHECK, *The EU's Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics over Economic Rationality*, in *World Competition*, 2009, p. 593 ss.; J. E. SORIANO GARCÍA, *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; M. MARLETTA, *op. cit.*, p. 139 ss.

⁴ Per una analisi del rilievo degli investimenti esteri diretti nel settore dell'energia vedi: E. DI GIULIO, S. MIGLIAVACCA, A. VAGLIO, *Investimenti diretti esteri ed efficienza energetica*, in *Energia*, 2003, reperibile *on line*.

⁵ Per la ricostruzione del dibattito sull'attuale configurazione degli investimenti esteri diretti e sul loro impatto su settori di particolare rilievo economico e sociale vedi: A. ESCHER, *Foreign Direct Investment (FDI)*, in D. BRADLOW, A. ESCHER (eds.), *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, The Hague-London-Boston, 1999, p. 3; J. H. DUNNING, *Assessing the Costs*

La considerazione che precede non esime, tuttavia, dal considerare le possibili incompatibilità del requisito dell'*unbundling* con gli obblighi internazionali dell'Unione europea e degli Stati membri in materia di protezione degli investimenti esteri. Come noto, infatti, uno dei rari esempi di accordi multilaterali in materia di investimenti riguarda proprio la promozione della circolazione dei capitali nel settore energetico⁶. Gli Stati membri dell'Unione, inoltre, risultano vincolati a livello internazionale da accordi bilaterali che garantiscono il trattamento non discriminatorio degli investimenti provenienti da Stati terzi⁷.

La questione della compatibilità tra il diritto dell'Unione europea e gli obblighi internazionali degli Stati membri è peraltro oggetto di una cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia. Essa ha finora preservato l'effetto utile del diritto dell'Unione europea mediante il riconoscimento dell'obbligo generale per gli Stati membri di emendare gli accordi precedentemente conclusi a livello internazionale⁸. La recente sentenza *Commissione c. Slovacchia* appare, invece, attenuare tale orientamento giurisprudenziale. La Corte di giustizia, infatti, sembra lasciare agli Stati membri un più ampio margine di autonomia nell'attuazione interna delle direttive inerenti alla realizzazione del mercato dell'energia proprio in considerazione degli obblighi da essi assunti a livello internazionale⁹.

and Benefits of Foreign Direct Investment: Some Theoretical Considerations, in P. MAKSI-MENKO, M. ROJEC (eds.), *Foreign Investment and Privatization in Eastern Europe*, Houndmills-Basingstoke-Hampshire, 2001, p. 34; K. VON WOGAU, B. RAPP-JUNG, *The Case for a European System Monitoring Foreign Investment in Defence and Security*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 47; L. HSU, *SWFs Recent US Legislative Changes and Treaty Obligations. Sovereign Wealth Funds, Recent US Legislative Changes and Treaty Obligation*, in *Journal of World Trade*, 2009, p. 451; J. CHAISSE, D. CHARKRABORTY, J. MUKHERJEE, *Emerging Sovereign Wealth Funds in the Making: Assessing the Economic Feasibility and Regulatory Strategies*, *ivi*, 2011, p. 837 ss.

⁶ Il riferimento va al Trattato sulla Carta europea dell'energia del 17 dicembre 1997 che è stato concluso da oltre cinquanta Stati europei ed extraeuropei al fine di creare un quadro giuridico appropriato per promuovere una cooperazione a lungo termine nel settore dell'energia sulla base di reciproci vantaggi. A questo riguardo vedi M. MOTTA, *La Carta europea dell'energia: principi e sviluppi di una nuova cooperazione nel settore energetico*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1993, p. 223.

⁷ Per una analisi generale dei problemi posti dalla conclusione da parte degli Stati di accordi bilaterali in materia di investimenti vedi T. EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 383; M. R. MAURO, *Accordi internazionali sugli investimenti e Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 403 ss.; A. DIMOPOULOS, *The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 63.

⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 4 luglio 2000, causa C-84/98, *Commissione c. Repubblica Portoghese*, *Raccolta*, p. I-5215; del 18 novembre 2003, causa C-216/01, *Budejovický Budvar c. Rudolf Ammersin GmbH*, *ivi*, p. I-13617; del 3 marzo 2009, causa C-205/06, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, *ivi*, p. I-1301, e causa C-249/06, *Commissione c. Regno di Svezia*, *ivi*, p. I-1335.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2011, causa C-264/09, *Commissione c. Repubblica Slovacca*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

La pronuncia in oggetto sembra dunque prospettare una revisione giurisprudenziale che si potrebbe ricollegare all'attuale dibattito istituzionale sulla possibilità di conciliare gli obblighi internazionali degli Stati membri e la nuova competenza esclusiva dell'Unione europea in materia di investimenti¹⁰. La recente proposta di regolamento sulle disposizioni da applicare agli accordi bilaterali tra Stati membri e Paesi terzi in materia di investimenti, peraltro, sembra protesa a mantenere gli obblighi internazionali degli Stati membri al fine di garantire un quadro giuridico stabile per gli operatori economici di Stati terzi¹¹. Un tale approccio, d'altro canto, assume particolare rilievo se riferito al settore del mercato interno dell'energia in cui la linea di demarcazione tra competenze dell'Unione europea e competenze statali non risulta ancora ben delineata.

2. La realizzazione di condizioni di accesso non discriminatorie alle reti di trasmissione e di trasporto costituisce il fulcro del processo di liberalizzazione del mercato interno dell'energia. Le istituzioni dell'Unione europea hanno adottato una serie di atti normativi volti a consentire il superamento dei monopoli esistenti a livello nazionale¹². L'applicazione dei principi della libera concorrenza al mercato interno dell'energia ha portato alla previsione di disposizioni atte a creare le condizioni idonee al superamento delle posizioni di monopolio nella gestione delle reti di trasmissione¹³.

La centralità della questione dell'accesso alle reti nell'ambito del processo di creazione di un mercato europeo dell'energia, ispirato ai principi della libera concorrenza, risiede evidentemente nelle peculiari caratteristiche del settore considerato. Notoriamente, infatti, la distribuzione di energia elettrica e gas passa attraverso linee di trasmissione o di trasporto non riproducibili la cui gestione configura un monopolio naturale¹⁴.

¹⁰ Comunicazione della Commissione del 7 luglio 2010, Verso una politica globale europea degli investimenti, COM(2010)343 def.

¹¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2010 che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi da Stati membri e Paesi terzi in materia di investimenti, COM(2010)344 def.

¹² La creazione del mercato interno dell'energia si è realizzata in più fasi attraverso l'adozione di pacchetti normativi contenenti disposizioni volte a ravvicinare le legislazioni nazionali in materia. A questo riguardo vedi T. GRUBER, *Crossborder Trade in Electricity and Gas. Obstacles to Effective Competition from a Regulatory Standpoint*, in *ERA Forum*, 2007, p. 417, reperibile online; C. F. ZIMMERMANN, K. TALUS, *Regulation of Electricity Markets at the EU Level*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2008, p. 12; P. D. CAMERON, *op. cit.*, p. 3; B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2009, p. 840; M. MARLETTA, *op. cit.*, p. 13 ss.

¹³ Per la ricostruzione dell'evoluzione della normativa europea in materia di accesso alle reti vedi: G. ZAVATTONI, *La direttiva gas e l'accesso dei terzi alla rete*, in *Rassegna giuridica sull'energia elettrica*, 1998, p. 759; F. DONATI, *Le reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 405 ss.

¹⁴ Per una approfondita analisi delle questioni inerenti alla regolazione dell'accesso delle reti ai fini della realizzazione di condizioni concorrenziali di mercato vedi: T. W. WÄLDE, A. J. GUNST, *International Energy Trade and Access to Energy Networks*, in *Journal of World Trade*, 2002, p.

La garanzia dell'accesso indiscriminato alle reti costituisce pertanto il primo passo essenziale per diversificare l'offerta e garantire situazioni di consumo più vantaggiose per gli utenti finali. A questo riguardo, già le direttive 96/92 e 98/30 disciplinavano le procedure attraverso le quali garantire l'accesso alle reti di trasmissione e di distribuzione e prescrivevano la separazione contabile delle attività di produzione e fornitura rispetto alle attività di gestione delle reti¹⁵. Le successive direttive 2003/54 e 2003/55 ribadivano l'obbligo per gli Stati membri di garantire l'accesso indiscriminato alle reti e stabilivano il principio della separazione giuridica tra i gestori della rete e le imprese dedite alle attività di produzione e fornitura¹⁶. Le disposizioni in oggetto, tuttavia, precisavano come la separazione giuridica delle imprese non dovesse necessariamente comportare la separazione della proprietà¹⁷.

L'adozione del terzo pacchetto di misure concernenti la realizzazione del mercato interno dell'energia è stata preceduta da un ampio dibattito sulle questioni inerenti alla separazione proprietaria delle imprese attive nei diversi settori della filiera energetica. Infatti, uno degli aspetti più innovativi della normativa in vigore concerne le modalità prescritte per la realizzazione della separazione della gestione delle reti dalle attività di produzione e fornitura¹⁸.

191 ss.; G. CAGGIANO, *La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell'energia nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 41 ss.

¹⁵ Direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato dell'energia elettrica, *GUCE* L 27, 30 gennaio 1997, p. 20 ss.; direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, *ivi* L 204, 21 luglio 1998, p. 1 ss.

¹⁶ Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE, *GUUE* L 176, 15 luglio 2003, p. 37 ss.; direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE, *ivi*, p. 57 ss.

¹⁷ Questo inciso ha permesso agli Stati membri di mantenere all'interno dei rispettivi mercati imprese integrate verticalmente, dedite alle attività di produzione, trasporto, distribuzione e fornitura di energia. In tali strutture organizzative, le imprese di gestione delle reti di trasmissione hanno una personalità giuridica distinta che le fa risultare funzionalmente separate dalle altre imprese affiliate. Ciononostante, sotto il profilo della proprietà, esse risultano legate alle altre imprese affiliate, rendendo per certi versi difficile la realizzazione di condizioni di accesso alle reti di trasmissione realmente concorrenziali. A questo riguardo vedi F. MUNARI, *La disciplina dei c.d. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 64; E. MOAVERO MILANESI, *I servizi di interesse generale e di interesse economico generale*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, p. 112 ss. Il mantenimento di imprese integrate verticalmente, d'altro canto, è stato considerato da taluni Stati membri funzionale alla realizzazione degli obiettivi economici e sociali di un settore caratterizzato da oneri di servizio pubblico e di servizio universale. Per una ricostruzione generale delle problematiche giuridiche attinenti alla regolazione delle imprese attive nel settore delle *public utilities* vedi P. RANCI, *Note su privatizzazione e liberalizzazione delle public utilities*, in *Economia pubblica*, 2003, p. 177; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.

¹⁸ La Commissione europea nei lavori preparatori che hanno accompagnato l'elaborazione del progetto di riforma del mercato interno dell'energia ha posto in luce come le direttive 2003/54 e

Le direttive 2009/74 e 2009/75 prescrivono, in via generale, l'obbligo per gli Stati membri di assicurare che i gestori di rete non esercitino alcuna forma di controllo sulle imprese che si occupano della produzione e della distribuzione¹⁹. Esse, dunque, lasciano agli Stati membri la possibilità di scegliere tra tre differenti modelli considerati idonei a realizzare la separazione tra l'attività di gestione delle reti e le attività di produzione e di fornitura in modo da attuare condizioni di mercato realmente concorrenziali²⁰.

Le imprese che richiedono alle autorità di regolazione nazionali le certificazioni necessarie all'attività di gestore del sistema di trasmissione o di trasporto devono pertanto rispettare il requisito dell'*unbundling* secondo la modalità di attuazione scelta da ciascuno Stato membro. Come già evidenziato, il requisito in parola viene applicato anche a richiedenti di Paesi terzi. In questo caso, inoltre, il rilascio delle certificazioni deve essere subordinato ad una valutazione sulla possibilità di acquisizione del controllo del sistema di trasmissione da parte di una o più persone di Paesi terzi. Sotto questo profilo, le direttive contemplano anche un generale potere di supervisione della Commissione sulle valutazioni espresse dalle autorità di regolazione nazionali²¹.

L'estensione del requisito dell'*unbundling* anche alle imprese provenienti da Paesi terzi si pone sicuramente in linea con l'intento di attuare condizioni concorrenziali nel mercato dell'energia, conformemente ai principi ispiratori del

2003/55 non avessero creato le condizioni indispensabili per permettere ai consumatori finali di scegliere, tra le diverse imprese di fornitura presenti sul mercato, quella che maggiormente rispondesse alle proprie esigenze di consumo sulla base di una valutazione individuale di costi e benefici attesi. Essa, infatti, ha sottolineato come la separazione soltanto giuridica delle imprese che gestiscono le reti di trasmissione dalle imprese di produzione e fornitura comportasse seri ostacoli per l'ingresso di nuove imprese concorrenti nel mercato della distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale sotto un duplice profilo. In primo luogo, gli operatori delle reti di trasmissione integrati verticalmente con imprese di produzione e fornitura tenderebbero a favorire l'accesso alle reti di trasmissione delle imprese affiliate, creando un *gap* di informazioni per le imprese interessate ad entrare in questo particolare segmento di mercato. In secondo luogo, gli operatori di reti di trasmissione integrati verticalmente risulterebbero restii ad effettuare investimenti nelle infrastrutture che non siano strettamente funzionali ad un maggior rendimento economico per le imprese affiliate. A questo riguardo vedi *Commission Working Staff Document Accompanying Legislative Package on the Internal Market for Electricity and Gas*, COM(2007)528 def.

¹⁹ A questo riguardo, vedi art. 9 della direttiva 2009/72 e art. 9 della direttiva 2009/73.

²⁰ Al fine della realizzazione della disgregazione delle imprese integrate verticalmente gli Stati membri possono scegliere tra tre differenti opzioni: la realizzazione della separazione della proprietà (articoli 9-12); il ricorso al Gestore di sistema indipendente (articoli 13-16); il ricorso ad un Gestore di trasmissione indipendente (articoli 17-23). Per una puntuale analisi delle questioni inerenti alla disgregazione delle imprese integrate verticalmente e delle novità introdotte in materia dal terzo pacchetto energia vedi S. MANOUSSAKIS, *Liberalisation of the EU Electricity Market: Enough to Power Real Progress?*, in *World Competition*, 2009, p. 227; M. MARLETTA, *op. cit.* p. 148 ss.

²¹ Vedi art. 11, par. 1 della direttiva 2009/72 e art. 11, par. 1 della direttiva 2009/73. Ai sensi dell'art. 49 della direttiva 2009/72 e dell'art. 54 della direttiva 2009/73, le disposizioni dell'art. 11 in materia di rilascio delle certificazioni ad operatori economici di Stati terzi dovranno essere applicate dagli Stati membri a partire dal 3 marzo 2013 ossia due anni dopo l'attuazione delle altre disposizioni di liberalizzazione previste dal pacchetto di riforma del mercato interno dell'energia elettrica e del gas.

processo di integrazione economica a livello europeo. Non sembra possibile, tuttavia, trascurare i riflessi di tale normativa sull'ingresso e sul trattamento degli investimenti esteri diretti in un settore connotato da questioni di sicurezza nell'approvvigionamento energetico europeo.

3. La subordinazione del rilascio delle certificazioni necessarie allo svolgimento di una particolare attività economica al rispetto di determinati requisiti di struttura societaria non costituisce di per sé una misura formalmente discriminatoria. Essa, tuttavia, può determinare un trattamento differenziato tra operatori economici sulla base della nazionalità e può precludere l'accesso ad investimenti provenienti da Stati terzi.

La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, d'altro canto, ha sottolineato come la portata discriminatoria di una previsione normativa vada ricercata nella possibilità che una determinata misura, contravvenendo al principio di uguaglianza, venga a realizzare una disparità di trattamento per situazioni giuridiche analoghe ovvero una similarità di trattamento per situazioni giuridiche diverse²².

L'applicazione del requisito dell'*unbundling* potrebbe impedire sostanzialmente l'ingresso nel mercato europeo dell'energia ad operatori economici provenienti da Stati terzi laddove le imprese interessate ad investire, conformemente alle rispettive legislazioni nazionali, risultino verticalmente integrate. La previsione in parola potrebbe, pertanto, dar luogo ad una violazione del principio di uguaglianza nel momento in cui venga a realizzare una similarità di trattamento per imprese che operano in situazioni giuridiche sostanzialmente dissimili²³.

La previsione di particolari forme di organizzazione societaria rientra, tra l'altro, tra quelle misure regolamentari non aventi portata discriminatoria (c.d. "*performance requirements*"), contemplate dal diritto internazionale convenzionale in ragione del loro potenziale effetto restrittivo sulla circolazione degli investimenti tra Stati. D'altro canto, una tale previsione potrebbe ingenerare un trattamento discriminatorio tra investitori già presenti nel mercato interno dell'energia che vogliano diversificare il ventaglio delle proprie attività²⁴.

La subordinazione del rilascio delle certificazioni per lo svolgimento di attività di gestione delle reti di trasmissione e delle reti di trasporto al requisito

²² Sentenze della Corte di giustizia del 12 marzo 2002, cause riunite C-27 e 122/00, *Omega Air*, *Raccolta*, p. I-2569; del 12 dicembre 2002, causa C-442/00, *Rodriguez Caballero*, *ivi*, p. I-11915; del 9 settembre 2003, causa C-137/00, *Milk Marque* e *National Farmers' Union*, *ivi*, p. I-7975; del 14 aprile 2004, cause riunite C-128 e 129/03, *AEM* e *AEM Torino*, *ivi*, p. I-2861. A questo riguardo, si rinvia alle conclusioni dell'Avvocato generale Nilo Jääskinen presentate il 15 marzo 2011, causa C-264/09, *Commissione c. Repubblica Slovacca*, non ancora pubblicate in *Raccolta*.

²³ La previsione della disgregazione proprietaria viene peraltro considerata dalla dottrina internazionalistica come connotata da problemi di compatibilità con la normativa internazionale convenzionale. In tal senso, vedi V. VAN HOORN, "*Unbundling*", "*Reciprocity*" and the European Internal Energy Market: *WTO Consistency and Broader Implications for Europe*, in *European and Environmental Law Review*, 2009, p. 51 ss.

²⁴ A questo riguardo sia consentito il riferimento a T. M. MOSCHETTA, *Il mercato comunitario del gas naturale. Investimenti esteri diretti e diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 96 ss.

dell'*unbundling* fa sorgere inevitabilmente il problema di conciliare l'applicazione del principio di uguaglianza ed il rispetto del legittimo affidamento degli investitori provenienti da Stati terzi. L'Unione europea si è finora vincolata sul piano internazionale ad un ampio ventaglio di obblighi che inevitabilmente vengono in rilievo nella valutazione di legittimità di normative interne aventi un particolare contenuto regolamentare.

L'obiettivo della promozione e della protezione degli investimenti nel settore dell'energia è integrato in numerosi accordi internazionali di cooperazione economica conclusi dall'Unione europea con Stati terzi ed assume rilievo con riferimento all'applicazione dei principi di liberalizzazione commerciale dell'Organizzazione mondiale del commercio²⁵. La liberalizzazione degli scambi e la protezione degli investimenti nel settore energetico trovano poi esplicito e specifico riconoscimento nella Carta europea dell'energia che, come già evidenziato, costituisce l'esempio più rilevante di strumento multilaterale volto alla creazione di un mercato dell'energia ispirato ai principi della libera concorrenza²⁶.

Il quadro prospettato viene ad assumere contorni ancor più complessi se si considera che per anni gli Stati membri dell'Unione europea, in mancanza di una esplicita competenza comunitaria in materia di investimenti, hanno concluso numerosi accordi internazionali a livello bilaterale. Come noto, infatti, il diritto internazionale in materia risulta ad oggi sostanzialmente parcellizzato in una molteplicità di accordi, i c.d. *Bilateral investment agreements* (BIT), la cui conclusione ha finora sopperito alla mancanza di uno strumento convenzionale volto a disciplinare le condizioni di accesso ed il trattamento degli investimenti a livello multilaterale²⁷.

²⁵ Per una analisi degli attuali obblighi dell'Unione europea con riferimento alla partecipazione all'Organizzazione mondiale del commercio vedi M. MARLETTA, *op. cit.*, p. 313 ss. Per la ricostruzione della normativa OMC in materia di liberalizzazione della circolazione degli investimenti a livello internazionale vedi M. SHAHIN, *Multilateral Investment and Competition Rules in the World Trade Organization: an Assessment*, in *Transnational Corporations*, 1997, p. 171 ss.; T. BREWER, S. YOUNG, *Investment Issues at the WTO: The Architecture of Rules and the Settlement of Dispute*, in *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 457 ss.; M. KOULEN, *Foreign Investment in the WTO*, in E. C. NIEUWENHUYTS, M. M. T. A. BRUS (eds.), *Multilateral Regulation of Investment*, The Hague-London-Boston, 2001, p. 191; V. TOMSIK, *A Comparison of the Provisions Affecting Investment in the Existing WTO Obligation*, NCCR Trade Working Paper No. 2006/15, reperibile online.

²⁶ M. MARLETTA, *op. cit.* p. 351 ss.

²⁷ In realtà diversi sono stati i tentativi di elaborare un accordo multilaterale in materia di investimenti compiuti nell'ambito di organizzazioni internazionali che godono di una competenza sul tema. L'esempio più rilevante riguarda l'Accordo multilaterale in materia di investimenti (meglio noto con l'acronimo inglese MAI) promosso nell'ambito dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) i cui negoziati si sono arenati a causa del mancato accordo da parte degli Stati membri. Sul punto v. A. ELSCHER, *The Multilateral Investment Agreement*, in D. D. BRADLOW, A. ELSHER (eds.), *op. cit.*, p. 69; E. C. NIEUWENHUYTS, *A Liberal Multilateral Investment System, Transnational Enterprises, Home and Host Countries*, in E. C. NIEUWENHUYTS, M. M. T. A. BRUS (eds.), *op. cit.*, p. 89. La Banca mondiale è invece pervenuta all'elaborazione di un documento che riflette lo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale in materia. Le linee guida della Banca mondiale in materia di investimenti, adottate il 21 settembre 1992, hanno un

Gli accordi in questione, pur presentando nello specifico differenti contenuti normativi inerenti ai rapporti tra le parti coinvolte, prevedono obblighi inerenti alla protezione degli investimenti. Generalmente, essi contemplano il riconoscimento di misure di compensazione in caso di espropriazione, il divieto di adozione di misure discriminatorie, il rispetto dei principi del trattamento nazionale e del trattamento della nazione più favorita nonché l'impegno a garantire piena protezione agli investitori provenienti da ciascuna altra parte contraente²⁸.

Gli Stati membri dell'Unione europea risultano pertanto obbligati a rispettare simultaneamente gli obblighi internazionali da essi singolarmente assunti, gli obblighi internazionali dell'Unione europea e gli obblighi di attuazione interna degli atti di diritto derivato dell'Unione europea. Non sorprende, dunque, che il quadro regolamentare del mercato nel settore dell'energia possa determinare problemi di compatibilità con accordi internazionali conclusi da ciascuno Stato membro con Stati terzi a livello bilaterale.

4. La questione della compatibilità tra la normativa europea sul mercato interno dell'energia e gli obblighi internazionali degli Stati membri è stata affrontata dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Commissione c. Slovacchia*, avente ad oggetto la contestata violazione da parte della Slovacchia della direttiva 2003/54 nella parte in cui prescrive l'obbligo per gli Stati membri di garantire l'accesso non discriminatorio alle reti di distribuzione dell'energia elettrica²⁹.

La causa in questione riguarda nello specifico la compatibilità tra la normativa sul mercato interno dell'energia e gli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri anteriormente alla loro adesione all'Unione europea. Essa, tuttavia, presenta profili problematici inerenti anche al rapporto tra normativa interna europea ed accordi internazionali conclusi dagli Stati membri prima dell'integrazione della materia degli investimenti nella competenza esclusiva dell'Unione europea. In entrambi i casi, infatti, si pone il problema di delineare quali siano gli obblighi degli Stati membri nel momento in cui si verifichi una incompatibi-

mero valore persuasivo tipico delle dichiarazioni di intenti, non ponendo in capo ai membri dell'organizzazione alcun obbligo di attuazione giuridicamente vincolante, si veda A. GIARDINA, *Le Guidelines della Banca Mondiale sugli investimenti stranieri*, in A. GIARDINA, G. L. TOSATO (a cura di), *Diritto del commercio internazionale, Testi di base e note introduttive*, Milano, 1996, p. 459 ss.; S. SCHLEMMER-SCHULTE, *The World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, in D. D. BRADLOW, A. ELSHER (eds.), *op. cit.*, p. 87 ss.

²⁸ Per una costruzione della portata normativa dei BIT e del loro impatto sull'evoluzione del diritto internazionale in materia di investimenti vedi: G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1997, p. 251 ss.; T. MCGHIE, *Bilateral and Multilateral Investment Agreement*, in D. D. BRADLOW, A. ESCHER (eds.), *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, cit., p. 107 ss.; P. BERNARDINI, *Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts*, in *Journal of World Trade*, 2001, p. 235 ss.; B. HOEKMAN, R. NEWFARMER, *Preferential Trade Agreements, Investment Disciplines and Investment Flows*, in *Journal of World Trade*, 2005, p. 949 ss.; M. B. DELI, voce *Investimenti esteri (Dir. Int.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 3160.

²⁹ Sentenza *Commissione c. Repubblica Slovacca*.

lità tra una determinata norma dell'Unione europea e gli obblighi internazionali da essi precedentemente assunti. La questione presenta aspetti di particolare rilievo nei casi in cui gli organi giurisdizionali degli Stati membri riconoscano la diretta applicabilità e l'efficacia diretta di tali accordi³⁰.

La compatibilità tra i preesistenti obblighi internazionali degli Stati membri e la normativa dell'Unione europea è peraltro contemplata dall'art. 351 TFUE. La disposizione in questione stabilisce la prevalenza degli accordi internazionali, previamente conclusi dagli Stati membri, sul diritto dell'Unione. Essa, tuttavia, prevede l'obbligo per gli stessi di porre in essere ogni misura necessaria a garantire l'effettiva realizzazione degli obiettivi del processo di integrazione europea³¹.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente ha finora tentato di conciliare gli obblighi convenzionali degli Stati membri e l'uniforme attuazione della normativa dell'Unione europea. La Corte di giustizia, infatti, ha riconosciuto il diritto degli Stati di mantenere in vigore gli accordi internazionali conclusi precedentemente al loro ingresso nell'Unione europea. Essa, inoltre, ha specificato come il principio di leale cooperazione ponga un contestuale obbligo di rimuovere ogni eventuale incompatibilità, anche se solo potenziale, tra gli obblighi internazionali e gli obblighi discendenti dall'appartenenza all'Unione europea³².

Un tale adempimento, tuttavia, non può trovare attuazione né nell'interpretazione conforme degli accordi internazionali, né nell'applicazione della clausola *rebus sic stantibus* per determinare l'estinzione dei trattati sul piano internazionale. Il principio di leale cooperazione troverebbe, pertanto, applicazione esclusivamente nel ricorso all'emendamento o alla denuncia degli accordi internazionali stipulati dagli Stati membri al fine di porre termine alla loro validità anche sul piano internazionale³³. Parte della dottrina ritiene che tale soluzione possa trovare applicazione anche nei casi di incompatibilità determinati dalla successiva estensione dell'ambito di competenze dell'Unione europea a materie precedentemente rientranti nella prerogative statali³⁴.

La recente sentenza *Commissione c. Slovacchia* sembra, comunque, attenuare il precedente orientamento giurisprudenziale mediante una applicazione solo parziale delle disposizioni contemplate dall'art. 351 TFUE. La Corte di giustizia, infatti, ha riconosciuto alla Slovacchia il diritto di non pregiudicare gli effetti di un contratto stipulato tra privati proprio in considerazione degli impegni internazionali da essa assunti.

³⁰ T. EILMANSBERGER, *op. cit.*, p. 407 ss.

³¹ L'art. 351 TFUE riprende quanto già disposto nell'art. 307 TCE.

³² Sentenze della Corte di giustizia *Commissione c. Repubblica d'Austria*, punti 39-45; *Commissione c. Regno di Svezia*, punti 37-42; e del 19 novembre 2009, causa C-118/07, *Commissione c. Repubblica di Finlandia*, *Raccolta*, p. I-10889.

³³ Per una valutazione critica in merito al mancato riferimento della Corte al principio del mutamento fondamentale delle circostanze, pur invocato dagli Stati membri convenuti, vedi M. R. MAURO, *op. cit.*, p. 420.

³⁴ T. EILMANSBERGER, *op. cit.*, p. 397.

5. La sentenza *Commissione c. Slovacchia* riguarda un ricorso per inadempimento avente ad oggetto il rapporto tra l'obbligo della Slovacchia di assicurare l'accesso non discriminatorio alla rete di trasmissione dell'energia elettrica, ai sensi della direttiva 2003/54, e gli obblighi di tutela degli investimenti esteri contratti a livello convenzionale³⁵. In particolare, la Commissione contestava la legittimità di un contratto di diritto privato stipulato tra un operatore di rete di proprietà dello Stato slovacco (la SEPS) e una società svizzera (l'ATEL). Con l'accordo in questione l'ATEL si impegnava a sostenere oltre la metà dei costi della costruzione di una rete di trasmissione di energia elettrica dalla Polonia alla Slovacchia in cambio della concessione di un accesso prioritario alla linea per un periodo complessivo di sedici anni. La Slovacchia, dal canto suo, sosteneva che la direttiva 2003/54 dovesse essere interpretata ed applicata alla luce del Trattato sulla Carta dell'energia e che il contratto concluso tra l'ATEL e la SEPS fosse protetto dagli obblighi assunti dalla Slovacchia e dalla Svizzera a livello bilaterale³⁶.

La Corte di giustizia non si è pronunciata nello specifico sulla incompatibilità tra il regime giuridico disciplinato dalla direttiva in questione e le norme del Trattato sulla Carta dell'energia. Essa, invece, si è soffermata sull'analisi degli obblighi internazionali della Slovacchia al fine di determinare se il trattamento preferenziale concesso alla società svizzera potesse essere giustificato ai sensi dell'accordo concluso a livello bilaterale tra la Slovacchia e la Svizzera³⁷.

La Corte ha considerato il trattamento preferenziale contestato come contropartita dell'investimento effettuato dall'ATEL in Slovacchia ed ha dimostrato l'applicabilità delle disposizioni convenzionali al caso in questione³⁸. L'organo giurisdizionale dell'Unione europea si è poi soffermato sull'analisi dell'accordo internazionale stipulato tra Svizzera e Slovacchia al fine di determinare se un'even-

³⁵ Vedi art. 9, lett. e) della direttiva 2003/54.

³⁶ Sull'obbligo di interpretazione conforme della normativa interna dell'Unione europea con gli obblighi scaturiti dalla conclusione di accordi internazionali vedi sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 1996, causa C-61/94, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-3898, punto 52.

³⁷ A questo riguardo, l'Avvocato generale Nilo Jääskinen ha posto in rilievo come le disposizioni generali contenute nel Trattato sulla Carta dell'energia non possono prevalere sulle disposizioni specifiche contenute nella direttiva 2003/54, sottolineando altresì come il livello generale di protezione dei diritti fondamentali previsto dalla legislazione dell'Unione offra agli investitori una tutela che adempie gli obblighi derivanti dagli articoli 10, n. 1 e 13, n. 1 del Trattato sulla Carta dell'energia (conclusioni *Commissione c. Repubblica Slovacca*, punti 60-64).

³⁸ Ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. c) dell'Accordo tra la Confederazione svizzera e la Repubblica federativa ceca e slovacca, concernente la promozione e la tutela reciproche degli investimenti, nella definizione di investimento rientra qualsiasi categoria di valori patrimoniali ed averi ed in particolare crediti e diritti discendenti da qualsiasi prestazione di valore economico. A questo riguardo, la Corte di giustizia ha rilevato come l'ATEL, avendo sostenuto oltre il cinquanta per cento dei costi per la costruzione della linea di trasmissione in questione, avesse acquisito un diritto di transito su tale linea per una determinata capacità. Il diritto di accesso così acquisito era da considerarsi una contropartita dell'investimento effettuato dall'ATEL ed in quanto tale doveva godere della protezione richiesta dall'accordo bilaterale tra Svizzera e Slovacchia (paragrafi 35-37).

tuale risoluzione del contratto in causa avrebbe potuto configurare una violazione dell'obbligo di garantire il trattamento giusto ed equo agli investitori svizzeri³⁹.

Gli accordi internazionali in materia di promozione e protezione degli investimenti contengono, in via generale, clausole inerenti al trattamento giusto ed equo da riservare agli investitori delle parti contraenti. La nozione di "trattamento giusto ed equo" presenta ad oggi contorni non ancora chiaramente definiti. Ciononostante, sembra possibile affermare che tale definizione contempli l'impegno a garantire agli operatori economici stranieri un quadro giuridico stabile e prevedibile che non pregiudichi le condizioni di accesso e trattamento degli investimenti nei territori dello Stato ospite⁴⁰.

La Corte ha sottolineato come un provvedimento della Slovacchia, atto ad inibire l'efficacia giuridica del contratto contestato, avrebbe comportato un cambiamento fondamentale delle condizioni di investimento e sarebbe stato incompatibile con gli obblighi di tutela contratti nei confronti della Svizzera. Al momento della conclusione del contratto, infatti, le conseguenze giuridiche dell'adesione slovacca all'Unione europea non risultavano prevedibili. La Corte, inoltre, ha rilevato come un provvedimento di inibizione da parte della Slovacchia avrebbe configurato una forma di espropriazione indiretta, anch'essa vietata dall'accordo in questione. L'organo giurisdizionale dell'Unione europea ha, pertanto, ritenuto che l'accesso preferenziale concesso all'ATEL non potesse essere pregiudicato dalle disposizioni di diritto interno dell'Unione europea⁴¹.

La sentenza *Commissione c. Slovacchia*, dunque, ha riconosciuto allo Stato parte una certa autonomia nel dare attuazione sul piano nazionale alla normativa europea in ossequio agli obblighi internazionali da esso assunti. A ben guardare, l'interpretazione dell'art. 351 TFUE offerta dalla Corte sembra ricalcare la portata normativa di tale disposizione che mira a realizzare un equilibrio nella proiezione internazionale delle rispettive competenze dell'Unione europea e degli Stati membri⁴².

³⁹ L'accordo tra la Confederazione svizzera e la Repubblica slovacca riprende sostanzialmente le clausole tipiche degli accordi internazionali in materia di protezione degli investimenti stipulati a livello bilaterale. In particolare, l'art. 4 dell'accordo in questione prevede l'obbligo per le parti di garantire sul proprio territorio un trattamento giusto ed equo agli investimenti effettuati dagli investitori dell'altra Parte. Il successivo art. 6 contempla il divieto di espropriazioni a meno che esse non vengano effettuate per ragioni di interesse pubblico e a condizione che siano attuate su base non discriminatoria, siano conformi alle prescrizioni legali e implicino un indennizzo adeguato ed effettivo.

⁴⁰ A questo riguardo vedi M. MAYEDA, *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*, in *Journal of World Trade*, 2007, p. 273 ss.

⁴¹ Sentenza *Commissione c. Repubblica Slovacca*, punti 48-52. La Corte di giustizia ha contestato l'argomento della Commissione secondo la quale i cambiamenti normativi inerenti alle condizioni di accesso alle reti di trasmissione dell'energia elettrica, determinati dall'ingresso della Slovacchia nell'Unione europea, fossero prevedibili già all'epoca della conclusione del contratto di investimento tra la SEPS e l'ATEL e che la questione della compatibilità della regolamentazione europea del settore energetico con gli accordi bilaterali previamente conclusi dalla Slovacchia avrebbe dovuto essere contemplata nei negoziati inerenti alla conclusione del trattato di adesione all'Unione europea.

⁴² Come rilevato dall'Avvocato generale nelle conclusioni inerenti alla causa in oggetto, infatti,

La previsione di uno specifico obbligo per gli Stati membri di porre in essere tutte le misure necessarie a rimuovere le incompatibilità esistenti tra il diritto interno dell'Unione europea e gli obblighi da essi contratti sul piano internazionale, infatti, risulta strumentale all'applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea all'interno degli Stati membri. In quest'ottica, gli Stati risulterebbero obbligati solo nella misura in cui si ritenga che ad essi sia stato sottratto ogni margine di autonomia nella regolamentazione di una determinata materia. La prospettata attenuazione del precedente orientamento giurisprudenziale della Corte andrebbe dunque letta alla luce della portata della competenza interna dell'Unione nel settore energetico e dei conseguenti riflessi sulle competenze esterne degli Stati membri nel settore.

6. L'introduzione nel Trattato di Lisbona di una disposizione che per la prima volta contempla la realizzazione di una politica europea in materia di energia presenta profili problematici inerenti alla delimitazione della sfera di competenza dell'Unione. L'energia, infatti, rientra tra le materie di competenza concorrente per le quali gli Stati possono adottare atti giuridicamente vincolanti in assenza di interventi normativi dell'Unione europea⁴³.

Le questioni di compatibilità tra la normativa interna europea ed i precedenti accordi conclusi dagli Stati membri, dunque, assumono rilievo solo nella misura in cui l'applicazione di detti accordi venga ad incidere sull'attuazione delle competenze interne ed esterne dell'Unione e sulla realizzazione degli obiettivi posti dai trattati. L'analisi di un possibile contrasto tra la normativa che disciplina l'accesso di investimenti nel settore energetico e gli obblighi internazionali previamente assunti dagli Stati membri richiede, pertanto, di delineare preliminarmente i rispettivi ambiti di competenza dell'Unione europea e degli Stati membri in materia.

Il Trattato di Lisbona riconosce agli Stati membri una autonomia decisionale in materia di energia che attiene ad ambiti la cui portata richiederà ulteriori precisazioni da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia. Per quel che riguarda nello specifico le questioni di compatibilità tra la previsione di limiti inerenti all'accesso di investimenti nel settore dell'energia e gli impegni internazionali degli Stati membri, appare interessante interrogarsi sulla portata della competenza statale con riferimento alla "struttura generale del proprio approvvigionamento energetico"⁴⁴.

la disposizione in esame è conforme al principio di diritto internazionale in base al quale un trattato successivo che sia in conflitto con un trattato anteriore non possa avere effetti giuridici sui diritti dello Stato che è parte unicamente del trattato precedentemente concluso (conclusioni *Commissione c. Repubblica Slovacca*, punto 73).

⁴³ Si vedano al riguardo l'art. 4 TUE che contempla l'energia tra le materie di competenza concorrente e l'art. 2, par. 2, TUE che disciplina l'ambito di esercizio delle competenze concorrenti da parte degli Stati.

⁴⁴ L'art. 194 TFUE, infatti, prevede una delimitazione formale degli ambiti di competenza dell'Unione europea e degli Stati membri, precisando che le misure adottate dall'Unione europea non possono incidere sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo del-

La stretta interconnessione esistente tra la promozione degli investimenti nel settore dell'energia e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico potrebbe, infatti, indurre a prospettare una certa autonomia riservata agli Stati nel determinare le condizioni di accesso degli investimenti nei rispettivi mercati. La normativa europea dovrebbe dunque trovare attuazione conformemente agli obblighi internazionali assunti dagli Stati membri con riguardo al trattamento degli investimenti provenienti da Stati terzi.

Una ulteriore questione riguarda la nuova competenza dell'Unione europea a concludere accordi internazionali in materia di investimenti. In particolare, appare interessante determinare se essa abbia una portata generale ovvero rimanga ancorata alla definizione di politica commerciale. In quest'ultimo caso, infatti, gli accordi internazionali conclusi dall'Unione europea dovrebbero riguardare esclusivamente le condizioni di accesso e non anche il trattamento degli investimenti che rientrerebbe nelle prerogative statali⁴⁵.

La difficoltà di dare una precisa delimitazione ad aspetti che in pratica si pongono in relazione di assoluta interconnessione, tuttavia, ha indotto parte della dottrina ad auspicare la conclusione in forma mista dei nuovi accordi in materia di investimenti. In quest'ottica, gli accordi precedentemente conclusi a livello bilaterale con Stati terzi conserverebbero la loro validità sul piano internazionale e continuerebbero a costituire parametro per l'applicazione della normativa europea all'interno degli Stati membri. Una siffatta soluzione sarebbe peraltro applicabile fino alla conclusione di un ulteriore accordo basato sulla responsabilità solidale con l'Unione europea e idoneo a creare quei requisiti di certezza giuridica necessari a realizzare proficue condizioni di investimento⁴⁶.

Il medesimo approccio teso a conservare la validità degli accordi internazionali conclusi a livello bilaterale dagli Stati membri sarebbe, d'altro canto, applicabile anche ad una accezione onnicomprensiva della competenza dell'Unione europea a concludere accordi internazionali in materia di investimenti. La proposta di regolamento sulle misure di carattere transitorio da adottare in caso di contrasto tra obblighi internazionali degli Stati ed i nuovi accordi dell'Unione

le sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, a questo riguardo vedi M. MARLETTA, *op. cit.*, p. 59 ss.

⁴⁵ Una tale ripartizione di competenze non farebbe altro che confermare l'attuale assetto dei rispettivi impegni internazionali dell'Unione europea e dei suoi Stati membri. Come posto in rilievo dalla Commissione europea, attualmente gli accordi bilaterali in materia di investimenti conclusi dagli Stati membri vertono perlopiù su questioni inerenti al trattamento degli investitori dopo l'entrata o lo stabilimento nei rispettivi mercati. Essi non contemplano impegni vincolanti in relazione alle condizioni di entrata, né da parte dei Paesi terzi nei confronti degli investimenti esteri effettuati da società degli Stati membri dell'UE né da parte degli Stati membri dell'UE nei confronti di investimenti effettuati dalle società di Paesi terzi. Tale lacuna sarebbe stata poi colmata mediante la conclusione a livello dell'Unione europea di accordi bilaterali e multilaterali concernenti le condizioni di accesso. Vedi: comunicazione della Commissione, Verso una politica globale europea degli investimenti internazionali, *cit.*, punto 2 (a).

⁴⁶ In tal senso vedi T. EILMANSBERGER, *op. cit.*, p. 394 ss.

europea in materia di investimenti sembra peraltro confermare tale assunto. Essa, infatti, codifica chiaramente l'intento di mantenere in vigore e riconoscere la validità degli accordi internazionali stipulati dagli Stati membri⁴⁷.

La creazione di un quadro giuridico stabile per gli investitori stranieri costituisce la base per la promozione degli investimenti nel mercato dell'Unione europea⁴⁸. Coerentemente con l'art. 351 TFUE, la proposta di regolamento ribadisce l'obbligo per gli Stati di eliminare possibili incompatibilità tra gli accordi internazionali da essi conclusi a livello bilaterale e la normativa interna dell'Unione europea. L'apertura di negoziati con le rispettive parti contraenti deve essere sottoposta ad autorizzazione e verifica della Commissione europea. A questo riguardo, tuttavia, appare interessante sottolineare come il testo normativo, pur richiamando la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema, non faccia riferimento alla possibilità che gli Stati debbano ricorrere alla denuncia degli accordi internazionali da essi stipulati qualora si rilevi una incompatibilità con il diritto dell'Unione europea⁴⁹.

L'approccio regolamentare prospettato sembra dunque porsi in linea con l'interpretazione dell'art. 351 TFUE cui è ricorsa la Corte di giustizia nella recente sentenza *Commissione c. Slovacchia*. Esso, infatti, sembra in certa misura attenuare la precedente giurisprudenza inerente al principio di leale cooperazione tra Stati membri ai fini dell'applicazione integrale ed uniforme del diritto dell'Unione europea all'interno degli ordinamenti giuridici statali. Gli accordi internazionali stipulati dagli Stati membri anteriormente all'estensione della competenza esclusiva dell'Unione europea in materia di investimenti, infatti, dovrebbero mantenere la loro validità interna ed internazionale. La prerogativa in questione verrebbe meno solo nel caso in cui

⁴⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi da Stati membri e Paesi terzi in materia di investimenti del 7 luglio 2010, cit.

⁴⁸ L'obiettivo della proposta consiste nell'autorizzare il mantenimento in vigore degli accordi internazionali in materia di investimenti stipulati tra Stati membri e Paesi terzi e nel fissare le condizioni ed un quadro procedurale per la negoziazione e conclusione di tali accordi da parte degli Stati membri. A questo fine, gli Stati membri devono notificare alla Commissione tutti gli accordi che essi intendono mantenere. Tali accordi saranno portati a conoscenza di tutti gli Stati parte mediante la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e saranno oggetto d'esame da parte della Commissione. In particolare, la Commissione valuterà se gli accordi in questione o le disposizioni ivi contenute violino il diritto dell'Unione, pregiudichino i negoziati o gli accordi conclusi tra l'Unione e Paesi terzi sugli investimenti o compromettano l'esito delle politiche dell'Unione in materia di investimenti, in particolare della politica commerciale comune. L'autorizzazione a mantenere in vigore tali accordi potrà essere revocata se l'accordo esaminato coincide in parte o in tutto con un accordo vigente tra l'Unione e lo stesso Paese terzo senza che sia specificamente risolta la questione della sovrapposizione.

⁴⁹ Ai fini dell'adeguamento dei rispettivi obblighi internazionali alla normativa interna dell'Unione europea gli Stati membri dovranno infatti chiedere una autorizzazione ad avviare negoziati al fine di modificare un accordo esistente con un Paese terzo in materia di investimenti o di concludere un nuovo accordo secondo una procedura dettagliatamente descritta nella proposta di regolamento (proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, cit., articoli 7-12).

l'applicazione delle disposizioni convenzionali ostacoli il raggiungimento degli obiettivi comuni e condizioni l'attuazione delle competenze interne dell'Unione europea⁵⁰.

Un tale approccio interpretativo dovrebbe valere a maggior ragione con riferimento ad accordi internazionali che vengano ad incidere sul settore dell'energia data la rilevata difficoltà di delineare gli ambiti di competenza dell'Unione europea e degli Stati membri. La politica dell'Unione europea in materia di energia mira a garantire il funzionamento del mercato dell'energia e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione nonché a promuovere il risparmio e l'efficienza energetica, lo sviluppo di energie rinnovabili e l'interconnessione delle reti energetiche. In tale ambito, la creazione di un quadro giuridico stabile e prevedibile per gli investimenti e la tutela del legittimo affidamento degli investitori provenienti da Stati terzi assume un rilievo fondamentale per la realizzazione degli obiettivi citati⁵¹.

Gli accordi internazionali stipulati dagli Stati membri in materia di protezione e promozione degli investimenti risultano in tal senso giuridicamente funzionali alla preservazione di un ambiente propizio per gli investimenti. Per questa ragione essi dovrebbero conservare la propria efficacia normativa nella misura in cui non contrastino con gli obiettivi perseguiti a livello europeo. In tal senso sembra peraltro orientarsi anche il terzo pacchetto europeo per la riforma del mercato interno dell'energia. Il rilascio delle certificazioni ad operatori economici provenienti da Stati terzi viene, infatti, subordinato ad una analisi delle relazioni tra gli Stati membri e lo Stato terzo di nazionalità del richiedente alla luce del diritto internazionale convenzionale⁵².

L'emergere di possibili frizioni tra gli obiettivi di liberalizzazione degli investimenti perseguiti da tali accordi e gli obiettivi di prevenzione di una eccessiva ingerenza degli investimenti esteri diretti in un settore economico avente un particolare rilievo sociale può, dunque, trovare una equa soluzione proprio nell'orientamento giurisprudenziale recentemente prospettato dalla Corte. Esso, infatti, potrebbe adeguatamente contemperare l'autonomia degli Stati membri di decidere sulla struttura generale del proprio approvvigionamento energetico e le esigenze di tutela del legittimo affidamento degli investitori stranieri.

⁵⁰ Per un primo commento alla proposta in questione vedi FROM THE BOARD, *Foreign Direct Investment: The First Test of the Lisbon Improvements in the Domain of Trade Policy*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2010, p. 261.

⁵¹ A questo riguardo vedi la comunicazione della Commissione, *Verso una politica globale europea degli investimenti*, cit., punto 2.

⁵² Nel par. 7 dell'art. 11 delle direttive 2009/72 e 2009/73 si precisa infatti che nell'esaminare le richieste di certificazioni "l'autorità di regolamentazione o l'altra autorità competente a tal fine designata tiene conto: i) dei diritti e degli obblighi della Comunità in relazione a tale Paese terzo che discendano dal diritto internazionale, incluso qualsiasi accordo concluso con uno o più Paesi terzi di cui la Comunità è parte e che tratta le questioni della sicurezza dell'approvvigionamento energetico; ii) dei diritti e degli obblighi dello Stato membro in relazione a tale paese che discendono da accordi conclusi con lo stesso, nella misura in cui sono conformi al diritto comunitario; iii) di altre circostanze specifiche del caso e del Paese terzo interessato".

Un tale approccio interpretativo, d'altro canto, non potrebbe pregiudicare la realizzazione di condizioni uniformi di trattamento degli investimenti esteri diretti a livello dell'Unione europea. L'applicazione del principio di leale cooperazione, infatti, dovrebbe essere intesa come un obbligo generale di interpretazione degli impegni internazionali degli Stati membri conforme alle esigenze di tutela del mercato interno dell'energia.

Abstract

The Investments in the Internal Energy Market: Issues of Compatibility with Member States' International Obligations

The third package on the internal energy market provides measures that could prevent the access of foreign direct investments in the European Union. In particular, the provision of “unbundling” could be considered a “performance requirement” forbidden by the international law. The European Union's Member States are bound by bilateral treaties on investment protection. Therefore they could incur international responsibility in case of incompatibility between EU law and their international obligations. The Court of Justice's case-law tended to preserve the uniform application of the EU law. It provided the Member States' duty to amend their previous international obligations. The recent judgment *Commission v. Slovakia* seems to suggest a different view. In this case, the Court of Justice recognized the Member State's right to preserve its international obligations that could result in contrast with EU law. The *ratio* of this judgement may be found in the difficulty to draw a line between the Member States' competences and the new EU's competences in the energy and investment fields under the Lisbon Treaty.

Elisabetta Bergamini*

Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'introduzione di norme di conflitto in materia di separazione e divorzio e la riforma del regolamento 2201/2003: la proposta del 2006. – 3. Critiche e opposizioni alla riforma: la scelta della cooperazione rafforzata. – 4. I criteri di collegamento contenuti nel regolamento 1259/2010: la scelta delle parti e i relativi criteri applicativi. – 5. *Segue*: la legge applicabile in assenza di scelta. – 6. Recenti proposte di regolamenti in materia familiare. – 7. Conclusioni e considerazioni critiche.

1. L'interesse del diritto comunitario (e ora del diritto dell'Unione europea) nei confronti del diritto di famiglia, al di là dei profili connessi alla libera circolazione delle persone, ha avuto una notevole evoluzione a seguito della c.d. “comunitarizzazione” del terzo pilastro operata dal Trattato di Amsterdam, in particolare grazie alla correlata possibilità di adottare atti, come il regolamento 1347/2000¹

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Udine.

¹ Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (c.d. “Bruxelles II”), *GUCE* L 160, 30 giugno 2000, p. 19 ss. Sul regolamento, all'interno dell'ampia dottrina, si vedano A. BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 299 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 376 ss.; ID., *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 545 ss.; A. DAVÌ, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 861 ss.

(poi sostituito dal regolamento 2201/2003)², direttamente connessi al diritto di famiglia³.

Se il Trattato di Lisbona non introduce modifiche sostanziali sul punto⁴, il diritto derivato sembra sempre più improntato a garantire ulteriori evoluzioni in materia, anche grazie alla possibilità concessa già da tempo agli Stati di utiliz-

² Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, *GUUE* L 338, 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

³ Solo con la comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria civile si è resa possibile l'adozione di atti comunitari strettamente collegati al diritto di famiglia. Per questa opinione vedi P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 506. Su questi aspetti, per un'analisi dettagliata vedi S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, e i contributi ivi contenuti. Per approfondimenti sulla disciplina del regolamento 2201/2003 si rinvia a B. NASCIBENE, *Sezione IV: divorzio e diritto internazionale privato*, in G. BONILINI, F. TOMMASEO (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, 2010, III ed., p. 217 ss. Sul punto vedi anche, all'interno della copiosa dottrina: L. GAROFALO, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (regolamento (CE), n. 2201/2003)*, in G. CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 21 ss.; F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 63 ss.; S. M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, e in particolare i contributi, ivi contenuti, di R. BARATTA, *Lo scioglimento del vincolo coniugale nel diritto comunitario* (p. 257 ss.), M. C. BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II* (p. 169 ss.), B. NASCIBENE, *La proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003 nel quadro della libera circolazione delle persone* (p. 207 ss., anche in *Int'l Lis*, 2008, p. 57 ss., con il titolo *Revisione del Regolamento "Bruxelles II" (n. 2201/2003) e libera circolazione delle persone*), e I. QUEIROLO, *L'intervento comunitario in materia di separazione e divorzio: la proposta Bruxelles II-bis e le ricadute sul diritto internazionale privato italiano* (p. 219 ss.). Sul punto vedi anche i commenti di M. C. BARUFFI, C. RICCI, R. CAFARI PANICO, L. TOMASI, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2008, p. 2450 ss.; e B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011. Per un commento ai singoli articoli del regolamento 2201/2003 ci si permette di rinviare a E. BERGAMINI, *Regolamento CE n. 2201/2003*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, 3, Milano, 2009, p. 4643 ss.

⁴ La scelta di differenziare la materia "famiglia" rispetto alle altre contenute nella cooperazione giudiziaria civile permane anche nel nuovo testo del TFUE, che all'art. 81 prevede che le "misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali" siano soggette ad una procedura legislativa speciale, con delibera all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo. La determinazione di quali siano gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali è lasciata al Consiglio, che delibera all'unanimità su proposta della Commissione e previo parere consultivo del Parlamento europeo, con la possibilità per i parlamenti nazionali, che devono essere informati della proposta, di comunicare la propria opposizione (e bloccare così la procedura) entro sei mesi dalla ricezione dell'informazione. Per un approfondimento sul punto si rinvia a S. M. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010 p. 301 ss. Per una panoramica sulle modifiche introdotte da tale Trattato e per ulteriori approfondimenti si rinvia a R. BARATTA, *Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au Traité de Lisbonne*, in G. VENTURINI, S. BARIAT-

zare lo strumento della cooperazione rafforzata. Il 13 dicembre 2010, infatti, con un'accelerazione nei tempi per lo più inaspettata vista la lentezza che aveva caratterizzato le precedenti fasi dell'iter di riforma, il Consiglio ha adottato il regolamento 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale⁵. Il testo in oggetto riveste un particolare interesse sia per la materia trattata, essendo la prima volta che si introducono norme di diritto internazionale privato in un settore così delicato come quello del diritto di famiglia, sia per la forma utilizzata, trattandosi del primo caso di uso della cooperazione rafforzata nel settore della cooperazione giudiziaria civile⁶.

Il nuovo regolamento, infatti, stabilisce norme uniformi in tema di legge applicabile alle ipotesi di divorzio e separazione personale, valide per i quattordici Stati al momento vincolati dallo stesso (Austria, Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna e Ungheria), riconoscendo ampia rilevanza alla volontà delle parti e facendo uso, in mancanza di questa, di una pluralità di criteri di collegamento basati sul principio del collegamento più stretto fra i coniugi e l'ordinamento applicabile.

Prima di affrontare nel dettaglio i contenuti di questo regolamento, risulta però interessante soffermarsi brevemente sul quadro normativo preesistente, e in particolare sul regolamento 2201/2003 (anche conosciuto come regolamento "Bruxelles II-bis"), oltre a valutare l'iter che ha portato all'approvazione di questo nuovo testo e alla sua formulazione nei termini attuali.

2. A dieci anni dall'approvazione del regolamento 1347/2000 e alla luce delle recenti sentenze da parte della Corte di giustizia che finalmente, anche grazie

TI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 3 ss.

⁵ Regolamento (UE) 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, *GUUE* L 343, 29 dicembre 2010, p. 10 ss. Per un primo breve commento si veda P. FRANZINA, *Una "cooperazione rafforzata" fra l'Italia e altri tredici Stati membri dell'UE per determinare la legge applicabile alla separazione e al divorzio*, in *Int'l Lis*, 2011, p. 7 ss. Per alcune prime osservazioni, relative alla futura applicazione delle previsioni del regolamento in tema di ordinamenti plurilegislativi, v. C. RICCI, *La legge applicabile al divorzio tra cittadini di Stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 55 ss. Più in generale sul regolamento vedi R. CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 1053 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Statuto personale e diritti reali*, II, Torino, 2011, III ed., p. 156 ss.; B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato*, cit., p. 34 ss.; I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 113 ss.

⁶ In generale, per alcuni commenti sull'istituto della cooperazione rafforzata, v. L. S. ROSSI, *Art. 11*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 228 ss. Sempre sul punto anche E. PISTOIA, *Il ruolo della cooperazione rafforzata nell'Unione europea: meccanismo di propulsione dell'integrazione o elemento di divario tra Stati membri?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1885 ss.

all'introduzione del procedimento pregiudiziale d'urgenza⁷, ha avuto modo di pronunciarsi sull'interpretazione del regolamento 2201/2003, è evidente che la presenza di regole uniformi di diritto internazionale processuale si è dimostrata necessaria ma non sufficiente a garantire la libera circolazione nello spazio giudiziario interno⁸. Pur nella sfiducia opposta da larga parte della dottrina circa la possibilità di porre in essere norme uniformi di diritto internazionale privato in materia⁹, il diritto dell'Unione europea non sembra intenzionato a fermare il suo intervento ai soli aspetti di diritto processuale in materia familiare.

È vero che la previsione di un sistema di mutuo riconoscimento delle decisioni, che non consenta un controllo sulla legge applicata nello Stato che ha adottato la decisione sulla base del suo sistema di diritto internazionale privato, rende la diversità dei sistemi di conflitto meno rilevante. Non per questo però è pensabile che un sistema di riconoscimento possa porsi in alternativa e sostituzione rispetto ad un'armonizzazione delle regole di conflitto¹⁰.

⁷ Il procedimento d'urgenza (PPU), inserito con l'art. 104-ter del regolamento di procedura della Corte di giustizia, trova applicazione esclusivamente nei rinvii pregiudiziali relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ed ha la finalità di fornire velocemente risposte ai giudici nazionali in settori particolarmente delicati, nei quali si rende necessaria una drastica accelerazione dei tempi. La sua prima applicazione è stata proprio relativa ad un rinvio per interpretazione del regolamento 2201/2003, nella sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2008, causa C-195/08 PPU, *Inga Rinau, Raccolta*, p. I-5271 ss. Nel caso di specie la richiesta del giudice del rinvio era motivata, sia per le ragioni di tutela del minore, sia dal tenore del "diciassettesimo 'considerando' del regolamento, che concerne il ritorno immediato di un minore sottratto, [e dell'] art. 11, n. 3, dello stesso regolamento, che fissa al giudice, al quale è stata presentata una domanda per il ritorno del minore, un termine di sei settimane per emanare la sua decisione" (*ivi*, punto 44). Secondo il giudice *a quo* la necessità di agire con urgenza rileva "in quanto qualsiasi indugio sarebbe molto pregiudizievole ai rapporti tra la minore ed il genitore dal quale è separata. Il degradarsi di tali rapporti potrebbe essere irreparabile" (*ibidem*). Sempre sul procedimento di urgenza si veda anche quanto affermato dalla Corte nella sentenza della Corte di giustizia del 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Detiček*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Per approfondimenti sul procedimento pregiudiziale di urgenza si rinvia a M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 437 ss.

⁸ Sull'armonizzazione comunitaria nel settore del diritto di famiglia vedi M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in M. SESTA (a cura di), *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa?*, Milano, 2000, p. 3 ss. Più in generale sulla necessità di armonizzazione v. F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una European conflict of laws revolution?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 73; P. PICONE (a cura di), *op. cit.*; L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 80.

⁹ In tal senso v. G. DE OLIVEIRA, *A European Family Law?*, in *Familia*, 2002, p. 1093. In senso contrario A. RIEG, *L'harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou réalité? Conflits et harmonisation*. Liber Amicorum A. E. von Overbeck, Fribourg, 1990, p. 21.

¹⁰ Per una definizione dei due sistemi come alternativi si rinvia a E. CALÒ, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Studi e materiali, Quaderni semestrali, Consiglio nazionale del notariato*, 2005, p. 627. Più in generale per il dibattito sul punto vedi M. MARESCA, *Artt. 64-66, Commento alla legge 218/95*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1463 ss.

D'altronde, la necessità di procedere ad una riforma del regolamento 2201/2003 per individuare la legge applicabile alla separazione/divorzio era un'esigenza sentita già da tempo, alla luce della migliore attuazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, obiettivo del Piano d'azione del 1998¹¹, nel quale si prevedeva il c.d. "progetto Roma III", che avrebbe dovuto completare l'armonizzazione iniziata nel 1980 con la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e portata avanti con il regolamento che l'ha sostituita (c.d. "Roma I")¹² e quello sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. "Roma II")¹³.

La Commissione aveva quindi avviato una consultazione tramite il libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio (c.d. "Roma III") nella quale sottolineava le divergenze ancora esistenti nei sistemi di conflitto nazionali e la conseguente mancanza di certezza giuridica, in particolare nel caso di coniugi non aventi residenza abituale comune e cittadini di Stati diversi¹⁴. La soluzione poteva essere quella di armonizzare le norme sui conflitti di legge introducendo criteri atti a far regolare il divorzio dall'ordinamento giuridico con cui abbia il collegamento più stretto: ad esempio tramite l'uso del criterio dell'ultima residenza abituale comune o della cittadinanza comune (se uno dei coniugi ancora la possiede), o della *lex fori*. Particolare interesse rivestiva poi l'ipotesi di consentire ai coniugi una, seppur limitata, facoltà di *professio iuris*, lasciandoli liberi di scegliere fra alcuni ordinamenti coi quali essi abbiano un collegamento particolare¹⁵.

¹¹ Piano d'azione del Consiglio e della Commissione, del dicembre 1998, concernente le modalità ottimali di attuazione delle disposizioni del trattato di Amsterdam relative alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, *GUCE C* 19, 23 gennaio 1999, p. 1 ss.

¹² 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.

¹³ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, concernente la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), *GUUE L* 199, 31 luglio 2007, p. 40 ss.

¹⁴ Libro verde della Commissione, del 14 marzo 2005, sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio, COM(2005)82 def. Per un primo commento sul progetto Roma III vedi M. TREZZA, *Il progetto "Roma III": verso uno strumento comunitario in materia di divorzio*, in *Familia*, 2001, p. 221 ss. Per un collegamento fra il progetto Roma III e il regolamento Bruxelles II vedi B. ANCEL, H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 409. In senso favorevole alla creazione di norme di conflitto comunitarie in materia di divorzio vedi P. LAGARDE, *Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, in *Rabels Zeitschrift*, 2004, p. 225 ss.

¹⁵ Ipotesi questa che richiama la scelta lasciata dall'ordinamento italiano (l. 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, *GURI* 128, 3 giugno 1995) agli stessi coniugi in materia di legge applicabile ai rapporti patrimoniali. In generale, per un commento a questa previsione contenuta nell'art. 30 della l. 218/95 vedi I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali fra coniugi, nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996; e L. GAROFALO, *I rapporti patrimoniali fra coniugi nel diritto internazionale privato*, Torino, 1997. Ovviamente la *professio iuris* in materia di legge applicabile al divorzio escluderebbe la possibilità del rinvio. In generale sulla *professio iuris* e il coordinamento fra ordinamenti vedi P. PICONE,

La mancanza di armonizzazione delle regole di conflitto influiva anche sull'applicazione del regolamento 2201/2003 in quanto poteva incentivare quella che la Commissione definisce "corsa al tribunale", ossia il tentativo da parte del coniuge che vuole evitare l'applicazione di una certa legge nazionale di presentare per primo la domanda di divorzio al fine di far operare il principio della litispendenza¹⁶. Inoltre, si deve ricordare che il regolamento Bruxelles II-*bis* non risolveva tutti i problemi in materia di giurisdizione, lasciando scoperta la situazione del divorzio fra una coppia di cittadini dell'Unione europea di nazionalità fra loro diversa che vivano in uno Stato terzo: infatti, in questo caso ci si potrebbe trovare nella situazione in cui nessun tribunale (in uno Stato membro, ma ipoteticamente anche in uno Stato terzo) sia in possesso della giurisdizione per poter dichiarare il divorzio.

Si prospettava pertanto la necessità di modificare il regolamento 2201/2003 rivedendo la norma sulla giurisdizione residuale prevista dall'art. 7¹⁷, consentendo ai coniugi di scegliere il tribunale competente in base alla c.d. "proroga della giurisdizione"¹⁸ e rendendo più flessibili le norme sulla litispendenza¹⁹.

Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, in *Recueil des cours*, 2000, p. 198.

¹⁶ Non manca in dottrina chi rileva come il rischio di *forum running* sia in realtà tenue. Per questa opinione vedi A. BONOMI, *Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di regolamento comunitario*, in S. BARIATTI, C. RICCI (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007, p. 91 ss., in particolare p. 93.

¹⁷ L'art. 7 regolamento 2201/2003 prevede l'ipotesi di impossibile applicazione dei criteri del regolamento, ipotesi che si verifica nel caso in cui nessun giudice risulti competente ai sensi delle tre disposizioni che contengono i diversi titoli di giurisdizione (articoli 3, 4 e 5). In questo caso sarà la legge di ciascuno Stato membro a valutare se esista, in base al diritto interno, un valido titolo di competenza sulla base del quale consentire il procedimento davanti al giudice nazionale. Ove questo non risulti esistente, si crea quella situazione problematica sopra accennata, poiché nessun giudice di uno Stato membro potrà risultare competente, in una situazione nella quale potrebbe contemporaneamente non sussistere nemmeno la giurisdizione di un giudice di uno Stato terzo. Se anche vi fosse un giudice di uno Stato terzo competente potrebbero poi sorgere problemi nel riconoscimento della sentenza, che dovrà essere effettuato in base al diritto nazionale o ai trattati esistenti in materia, e non in applicazione del regolamento.

¹⁸ La proroga della giurisdizione potrebbe servire a dare maggiore certezza giuridica e anche a risolvere il problema sopra enunciato del caso in cui nessun giudice risulti competente. Al momento la proroga è ammessa dal regolamento 2201/2003 solo in relazione alla responsabilità genitoriale ed entro i limiti previsti dall'art. 12.

¹⁹ Per evitare la "corsa al tribunale", si potrebbe introdurre la possibilità di spostare il procedimento davanti a un giudice diverso da quello adito per primo in ipotesi in cui tale spostamento risulti giustificato: ad esempio, quando lo spostamento avvenga verso il giudice dello Stato dove la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata. Attualmente una limitata deroga alla litispendenza è prevista dal regolamento 2201/2003 in materia di potestà dei genitori: l'art. 15 prevede il trasferimento delle competenze a un'autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso. Sui limiti all'applicazione del principio di litispendenza per tutelare l'interesse del minore in procedimenti ai sensi del regolamento 2201/2003 si veda la sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2010, causa C-296/10, *Purrucker*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Sul tema della litispendenza nel regolamento 1347/2000 v. F. MARONGIU BUONAIUTI, *Obbligazioni alimentari, rapporti patri-*

A tale fine la Commissione, nel 2006, aveva presentato una proposta che avrebbe dovuto modificare il regolamento 2201/2003 per alcuni profili di competenza giurisdizionale, introducendo al contempo delle norme sulla legge applicabile²⁰, così rafforzando la certezza del diritto e aumentando la flessibilità tramite un maggiore risalto all'autonomia delle parti, oltre a garantire un migliore accesso alla giustizia²¹.

La proposta originaria, che, come già anticipato, non ha riscosso particolare successo ed è stata quindi abbandonata, prevedeva che fosse inserito un art. 3-*bis* grazie al quale le parti avrebbero potuto concludere un accordo di scelta del foro competente nei procedimenti di divorzio e separazione personale, purché questo foro avesse un collegamento con la loro situazione. La scelta sarebbe stata così possibile se si fosse rientrati in una delle ipotesi di cui all'art. 3 del regolamento 2201/2003, se si trattava dell'ultima residenza abituale comune (avente una durata minima di tre anni), o se la scelta fosse caduta sullo Stato di cittadinanza di uno dei due coniugi²². Inoltre, si creava una clausola di competenza residuale che andava a coprire il caso sopra esposto in cui nessun giudice fosse competente, eliminando il rinvio attualmente esistente alle norme nazionali di competenza internazionale²³.

moniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti «Bruxelles I» e «Bruxelles II», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 699 ss.

²⁰ Proposta di regolamento del Consiglio, del 17 luglio 2006, che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, COM(2006)399 def. La base giuridica della proposta era, al tempo, l'art. 61, lett. c), TCE. Su tale proposta e sul prodromico libro verde COM(2005)82 def. v. M. TREZZA, *op. cit.*, 221 ss.; S. TONOLO, *Il libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 767. Per un collegamento fra il progetto Roma III e il regolamento Bruxelles II vedi B. ANCEL, H. MUIR WATT, *op. cit.* In senso favorevole alla creazione di norme di conflitto comunitarie in materia di divorzio vedi P. LAGARDE, *op. cit.* Più nello specifico sulla proposta di regolamento vedi F. POCAR, *Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia*, cit., p. 267; e, più recentemente, J. CARRASCOSA GONZALEZ, F. SEATZU, *La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento "Roma III"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 49 ss.

²¹ Sulla proposta di regolamento si veda anche il documento di lavoro dei servizi della Commissione, Sintesi, Valutazione d'impatto della proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, COM(2006)399 def.; nonché EUROPEAN POLICY EVALUATION CONSORTIUM, *Study to Inform a Subsequent Impact Assessment on the Commission Proposal on Jurisdiction and Applicable Law in Divorce Matters*, reperibile online. Per alcuni approfondimenti si rinvia anche a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F. SEATZU, *op. cit.*, p. 49 ss.

²² Come già nel regolamento 2201/2003, il riferimento alla cittadinanza è sempre affiancato da quello al *domicile* per il Regno Unito e l'Irlanda.

²³ La proposta prevedeva di abrogare l'art. 6 e inserire un nuovo art. 7 grazie al quale, nel caso di cittadini che non abbiano la residenza abituale in uno Stato membro e non siano cittadini dello stesso Stato membro, la competenza residuale sarebbe stata attribuita al giudice dello Stato membro nel quale abbiano avuto una residenza comune per almeno tre anni o al giudice dello Stato di cittadinanza di uno dei due.

Come già detto, la proposta del 2006 prevedeva anche l'introduzione di regole sulla legge applicabile, con la possibilità di operare una scelta da parte dei coniugi o l'applicazione, in assenza di scelta, di criteri di collegamento quali la residenza abituale, la cittadinanza o la legge dello Stato ove è presentata la domanda²⁴. Sui contenuti di dette previsioni, riprese, almeno in parte, dal regolamento 1259/2010, si rinvia alle considerazioni comparative che verranno fatte nell'analisi di detto regolamento.

3. La proposta di riforma del regolamento 2201/2003 presentata nel 2006 non ha, sin dal principio, incontrato il consenso di alcuni Stati, tanto che ci si chiedeva se non sarebbe stato meglio prevedere separatamente la questione dell'aggiornamento e miglioramento delle regole sulla giurisdizione presenti nel regolamento 2201/2003 e la creazione di un sistema armonizzato di regole di diritto internazionale privato. Si valutava quindi se fosse preferibile dare la priorità al primo aspetto, volto a migliorare il sistema già operativo, lasciando spazio per il dibattito relativamente al secondo aspetto, per il quale la creazione di nuove regole diverse da quelle attualmente operanti a livello nazionale poteva porre ostacoli al raggiungimento di un consenso.

Questa visione era confermata anche dall'opposizione di alcuni Stati nei confronti dell'armonizzazione delle regole di diritto internazionale privato, in particolare di quelli maggiormente legati all'applicazione della legge del foro²⁵. Per queste ragioni, dopo aver tentato inutilmente di trovare un consenso, il Consiglio, il 5 e 6 giugno 2008, ha dovuto prendere atto della mancanza di unanimità e "dell'esistenza di difficoltà insormontabili che rendevano impossibile l'approvazione, constatando

²⁴ Il nuovo art. 20-ter regolamento 2201/2003, come sarebbe derivato dalla proposta del 2006, sembrava consentire che quest'ultimo criterio operasse anche quando il giudice si fosse ritenuto incompetente a pronunciarsi, perdendo così la possibile giustificazione dell'unità tra *forum* e *ius*. È evidente che l'interpretazione teleologica deve portare a ritenere impossibile il radicamento della scelta implicita di legge nel momento in cui il giudice adito ritenga di non pronunciarsi perché incompetente.

²⁵ In particolare Regno Unito e Irlanda, che tradizionalmente prevedono l'applicazione della legge del foro, si erano espressi in senso contrario nelle risposte al libro verde COM(2005)82 def., lasciando così supporre la loro possibile mancata partecipazione al testo riformato, situazione che avrebbe aperto problemi in rapporto alla disciplina loro applicabile a seguito della modifica del regolamento 2201/2003. In senso contrario alla necessità di armonizzare si erano posti anche Svezia e Paesi Bassi, che però aprivano verso la scelta di legge ove si ritenesse di procedere all'armonizzazione. La Finlandia, invece, pur dimostrando apertura verso la scelta di legge, proponeva di limitarla alla *lex fori*, escludendo scelte di leggi diverse; nella stessa ottica si poneva anche la Repubblica slovacca, che partiva però dal presupposto della non necessità di prevedere una scelta di legge. Più in generale, erano molti i Paesi che non vedevano con favore la possibilità di una scelta di legge in un settore così delicato, o almeno suggerivano la necessità di limitazioni. L'Italia, ad es., proponeva di limitarla ai diritti disponibili (escludendola per le questioni relative ai figli). Similmente si poneva la risposta della Repubblica ceca che, nello schierarsi a favore della scelta (limitata) di legge, faceva riferimento a matrimoni "possibly childless". Tra i Paesi che vedevano con più favore l'apertura alla scelta di legge (seppure con limitazioni per evitare il richiamo di leggi non collegate con il sottostante rapporto) possiamo indicare la Francia e il Belgio (che era citato come esempio nello stesso libro verde), l'Estonia e la Lettonia (favorevole nonostante il quadro legislativo nazionale non prevedesse al momento questa possibilità).

che gli obiettivi del regolamento Roma III non potevano essere conseguiti entro un termine ragionevole applicando le pertinenti disposizioni dei trattati”²⁶.

Paradossalmente l'aspetto che poteva sembrare più semplice e immediato – ossia quei piccoli “aggiustamenti” al regolamento 2201/2003 sotto il profilo delle regole sulla competenza giurisdizionale – è passato in secondo piano ed è stato, almeno per il momento, abbandonato, mentre il secondo profilo – quello relativo alla legge applicabile – è stato oggetto di una richiesta di autorizzazione alla cooperazione rafforzata, presentata dalla Commissione il 24 marzo 2010 su richiesta, inizialmente, di nove Stati (Austria, Bulgaria, Francia, Italia, Lussemburgo, Romania, Slovenia, Spagna e Ungheria)²⁷. Al fine di procedere all'evoluzione della materia nonostante il disinteresse da parte di alcuni Stati membri, che avrebbe impedito di conseguire gli obiettivi del regolamento da parte dell'Unione europea nel suo complesso, il Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo, ha autorizzato i nove Stati originari (ai quali si erano nel frattempo associati altri cinque Stati: Belgio, Germania, Lettonia, Malta e Portogallo) a procedere alla cooperazione rafforzata con decisione in data 12 luglio 2010²⁸.

Trattandosi di cooperazione rafforzata, ai sensi dell'art. 328 TFUE, il testo approvato (come prima di questo la proposta) è aperto a tutti gli Stati che vorranno aderirvi. La richiesta di adesione dovrà essere presentata al Consiglio e alla Commissione. Quest'ultima, entro quattro mesi, adotterà una decisione di conferma della partecipazione, specificando eventuali misure transitorie, o, se ritiene che le condizioni di partecipazione non siano soddisfatte, posticiperà l'esame della domanda al soddisfacimento delle condizioni stesse, salva la possibilità per lo Stato, in caso di esito negativo del riesame, di sottoporre la questione al Consiglio²⁹.

²⁶ Cfr. il doc. 10383/08 PV/CONS 36 GAI 311, del 10 luglio 2008.

²⁷ Proposta di decisione del Consiglio, del 24 marzo 2010, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, COM(2010)104 def.

²⁸ Decisione 405/2010/UE del Consiglio, 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, p. 12 ss. Per approfondimenti v. A. FIORINI, *Harmonizing The Law Applicable To Divorce And Legal Separation – Enhanced Cooperation As The Way Forward?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 1143 ss.; e S. PEERS, *Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 339 ss. Sul punto v. anche I. QUEIROLO, *Separazione, divorzio e annullamento del matrimonio tra regolamento n. 2201/2003, proposta di cooperazione rafforzata e diritto interno*, in I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2010. Sulla scelta di procedere a una cooperazione rafforzata v. S. PEERS, *op. cit.*, p. 339 ss.; F. POCAR, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 297 ss. Più in generale sul regolamento 1259/2010, per approfondimenti sulla scelta della cooperazione rafforzata, v. P. FRANZINA, *The Law Applicable to Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 88; e B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato*, cit. p. 34 ss.; I. OTTAVIANO, *op. cit.*, p. 125 ss.

²⁹ Si tenga presente che la Grecia, che aveva inizialmente manifestato la propria disponibilità, ha successivamente ritirato la richiesta nel marzo 2010.

4. Il regolamento 1259/2010, che troverà applicazione a partire dal 21 giugno 2012³⁰, si occupa dei casi di divorzio e separazione personale nei quali sia presente un conflitto di leggi, differenziandosi quindi, quanto al campo di applicazione, dal regolamento 2201/2003 che trovava applicazione anche alle altre ipotesi di scioglimento del vincolo matrimoniale (annullamento)³¹, nonché alla responsabilità genitoriale³². Proprio quest'ultima esclusione potrà creare problemi nella sua applicazione futura, quanto meno con riferimento ai procedimenti di scioglimento del vincolo nei quali si discute anche dell'affidamento dei figli, che potranno quindi essere oggetto della contemporanea applicazione di leggi diverse.

Una soluzione poteva essere quella di ricalcare le orme del regolamento 1347/2000 che prevedeva l'estensione dell'ambito di applicazione anche a questi procedimenti³³, soluzione che però è sembrata, forse, prematura alla luce

³⁰ Una deroga è prevista per l'art. 17, che si applica a decorrere dal 21 giugno 2011. L'articolo prevede, al fine di garantire un corretto funzionamento del regolamento, l'obbligo per gli Stati di comunicare alla Commissione, entro quella stessa data, i requisiti di forma previsti dal proprio diritto interno per gli accordi di scelta di legge e le norme nazionali sulla possibilità di designare la legge applicabile. Tutte le informazioni (ed eventuali modifiche) saranno rese pubbliche dalla Commissione, anche tramite il sito della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale (ec.europa.eu/civiljustice). Interessante è anche la disciplina transitoria prevista dall'art. 18, in base al quale si stabilisce una sorta di applicazione anticipata del regolamento grazie alla quale gli accordi conclusi conformemente alle sue regole prima del 21 giugno 2012 devono ritenersi validi (anche se eventualmente non sarebbero stati tali in base al diritto internazionale privato degli Stati membri, al tempo applicabile). Viceversa, tale articolo sembra prevedere che gli accordi conclusi prima della sua entrata in vigore (sulla base della legge di uno Stato membro) siano da ritenersi validi sono nel caso in cui venga instaurato un procedimento davanti all'autorità giurisdizionale di tale Stato prima dell'entrata in vigore del regolamento, dovendosi quindi ritenere implicitamente non più validi gli accordi conclusi prima di tale data (salvo il caso in cui rispettino le previsioni del regolamento), in deroga al generale principio *tempus regit actum*.

³¹ Anche nella precedente proposta nessuna possibilità di scelta, né altro criterio di collegamento, erano previsti per l'ipotesi di annullamento di matrimonio: la consultazione generata dal libro verde COM(2005)82 def. aveva portato alla conclusione di ritenere preferibile la delega ai criteri previsti dai diversi ordinamenti nazionali, che in genere fanno riferimento alla legge del luogo di celebrazione o a quella nazionale comune dei coniugi.

³² Quanto al campo di applicazione, valgono le stesse esclusioni previste per il regolamento 2201/2003, allo stesso art. 1, in materia di obbligazioni alimentari, trust e successioni. Il nuovo testo prevede però esclusioni specifiche in tema di nome dei coniugi, effetti patrimoniali del matrimonio, capacità giuridica delle persone fisiche ed esistenza, validità e riconoscimento di un matrimonio. È evidente che comunque il regolamento trova applicazione solo allo scioglimento del matrimonio qualificato come tale da uno Stato membro, e non alle unioni registrate. Sulla nozione di matrimonio e di unione registrata come definita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ci si permette di rinviare a E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto internazionale privato dell'Unione europea: i recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di unioni di fatto e registrate*, in L. S. ROSSI, E. BARONCINI (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli, Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Napoli, 2010, p. 281 ss. Sul punto v. anche L. TOMASI, C. RICCI, S. BARIATTI, *Characterisation in Family Matters for Purposes of European Private International Law*, in G. MEEUSEN e al. (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen, 2007, p. 342; e I. OTTAVIANO, *op. cit.*, p. 132 ss.

³³ Il regolamento 1347/2000 si applicava infatti alle decisioni in tema di responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune, emesse in occasione di procedimenti matrimoniali. La formulazio-

delle difficoltà sorte nell'approvazione del testo, che hanno reso preferibile la scelta di restringere l'armonizzazione anche a rischio della frammentazione di leggi applicabili nello stesso procedimento. Sul punto ha certamente influito anche la necessità di tutelare l'interesse del minore in quanto il regolamento ha carattere universale e potrebbe quindi portare anche all'applicazione di leggi di Stati non partecipanti allo stesso (ivi compresi quelli non appartenenti all'Unione europea), leggi che potrebbero, forse, non garantire un adeguato livello di tutela del minore.

In relazione alla legge applicabile si tenga presente, comunque, che già ora il 16° 'considerando' precisa che "[l]a legge scelta dai coniugi deve essere conforme ai diritti fondamentali riconosciuti dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", eliminando quindi la possibilità che si scelga una legge che violi tali diritti o meglio prevedendo la possibilità per il giudice di rifiutare l'applicazione di una tale legge in base al limite dell'ordine pubblico del foro (come previsto dall'art. 12 regolamento 1259/2010), ordine pubblico che non potrebbe non comprendere i principi di tutela dell'interesse del minore.

D'altronde, bisogna tenere presente che esulano dal campo di applicazione del regolamento anche i rapporti patrimoniali fra coniugi (come vedremo, oggetto di una recente proposta) nonché le obbligazioni alimentari, e quindi il rischio di una eccessiva frammentazione della legge applicabile (nonché, in certi casi, il rischio dell'attribuzione di competenza ad autorità giurisdizionali diverse) è uno dei problemi concreti più gravi che potranno derivare dall'applicazione del regolamento in esame e degli ulteriori strumenti che l'Unione europea sta predisponendo sul punto.

Quanto alla legge applicabile, il regolamento, come già la proposta del 2006, prevede la possibilità di effettuare una scelta da parte dei coniugi, di comune accordo, purché la scelta ricada sulla legge dello Stato di (ultima) residenza abituale comune (se uno dei due vi risieda ancora al momento della conclusione dell'accordo), sulla legge dello Stato di cittadinanza, anche di uno solo dei due, o su quella del giudice adito.

Non è stata mantenuta la formulazione prevista dalla proposta del 2006 in base alla quale si dava rilievo anche alla residenza comune non più attuale, purché di lunga durata (per almeno cinque anni), consentendo così ai coniugi di scegliere una legge strettamente collegata alla loro vita matrimoniale anche nel caso in cui entrambi (come è ben possibile avvenga in caso di scelta operata nel momento di crisi del vincolo matrimoniale) abbiano spostato la residenza³⁴. Questo significa consentire la scelta di una legge tenuamente collegata con la situazione concreta

ne del regolamento 1347/2000 ha portato però a una situazione di incertezza quanto, ad esempio, alla possibilità di comprendervi le domande di modifica di provvedimenti riguardanti la prole e le questioni in materia di diritto di visita. Sul punto, anche per approfondimenti sul regolamento 2201/2003, si rinvia a P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011, p. 175 ss.

³⁴ Per un commento alla precedente proposta e ai criteri ivi contenuti si rinvia a B. NASCIMBENE, *La proposta di modifica*, cit., p. 207 ss.

(come potrebbe essere quella di cittadinanza di uno dei due o quella del giudice adito), a scapito della scelta della legge dello Stato in cui i coniugi hanno trascorso l'intera vita matrimoniale, ove si siano entrambi già trasferiti in altro Stato³⁵, limitando quindi notevolmente l'interesse concreto verso l'*optio iuris*, visto che il momento della scelta di legge, salvo una speciale lungimiranza dei coniugi, è verosimile avvenga in un momento vicino all'introduzione della domanda di separazione o divorzio e quindi alla cessazione della residenza comune³⁶.

Sotto il profilo temporale, lo stesso regolamento pone dei limiti prevedendo che la scelta di legge debba essere di regola effettuata al più tardi nel momento in cui è adito il giudice, salvo la legge del foro non lo consenta anche successivamente, nel corso del procedimento.

Un problema fondamentale è quello dei requisiti formali per l'accordo di scelta, la cui esistenza e validità sostanziale è regolata dalla legge che sarebbe applicabile se l'accordo fosse valido, salva la possibilità per il coniuge di riferirsi alla legge della sua residenza abituale per dimostrare di non aver dato il suo consenso³⁷. Lascia in dubbio la previsione (già contenuta nella precedente proposta), secondo la quale la scelta deve avvenire in forma scritta con firma di entrambi, senza ulteriori requisiti, né forme pubblicitarie, comprendendosi addirittura "le comunicazioni elettroniche che permettano una registrazione durevole dell'accordo". Se la libertà di forme ha l'apprezzabile scopo di garantire ai coniugi maggiore flessibilità circa la scelta di legge, e quindi di incentivarne il ricorso, il rischio è che le parti formulino una scelta nel momento in cui vi è ancora accordo fra di loro (al momento del matrimonio o comunque prima di presentare la domanda di scioglimento del vincolo) ma che questa non possa poi essere dimostrata se il coniuge in possesso del documento si rifiuta di presentarlo o che vi possano essere dubbi sull'effettività di tale scelta.

A parziale correzione, il regolamento prevede che gli Stati possano introdurre requisiti di forma supplementari, che devono essere rispettati dai coniugi abitualmente residenti sul loro territorio al momento della conclusione dell'accordo. Nel caso di residenza dei coniugi in Stati membri (e partecipanti al regolamento) diversi, è sufficiente il rispetto dei requisiti di forma di uno dei due Stati³⁸. Al fine di garantire la certezza del diritto, è verosimile ipotizzare che gli

³⁵ È vero che i coniugi potrebbero scegliere indirettamente la legge di tale residenza abituale di lunga durata rivolgendosi al giudice di tale Paese, ossia in quanto *lex fori*, ma questo significa obbligarli a rivolgersi a tale giudice al solo scopo di ottenere l'applicazione di detta legge.

³⁶ Per una sottolineatura circa il *favor* contenuto nel regolamento 1259/2010 per l'*optio iuris*, si rinvia a P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 489 ss.

³⁷ Questa previsione, contenuta nell'art. 6, par. 2, trova applicazione "se dalle circostanze risulta che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del suo comportamento" in base alla legge applicabile se l'accordo fosse valido, e rappresenta quindi una trasposizione dall'ambito contrattuale del principio già contenuto nel sistema Roma I, e quindi, da ultimo, nell'art. 10, par. 2, regolamento 593/2008.

³⁸ Se uno solo dei coniugi risiede in uno Stato partecipante sarà sufficiente, ovviamente, il rispetto dei requisiti previsti da tale Stato.

Stati introducano forme ulteriori rispetto alla forma scritta, anche a garanzia dell'autenticità delle sottoscrizioni e della effettività della scelta, con possibilità di rendere tale scelta pubblica, e quindi conoscibile (ad es., nella situazione italiana, nei registri di stato civile), in modo da tutelare entrambi i coniugi rispetto all'eventuale disaccordo successivo sulla scelta già effettuata.

Un ulteriore problema interpretativo che potrebbe porsi nell'applicazione delle norme sulla scelta di legge è relativo alla possibilità di scegliere l'applicazione della legge del foro. Da una lettura del dato normativo, il regolamento sembrerebbe consentire l'effettuazione di tale scelta in qualsiasi momento, e quindi non solo a giudizio già instaurato o contestualmente alla domanda di divorzio. Una tale applicazione però, ad avviso di chi scrive, porterebbe a snaturare il regolamento stesso, almeno fino a che non sia corrispondentemente prevista una possibilità di scelta del giudice competente (possibilità che la proposta del 2006, come già detto, consentiva). Infatti, la scelta svincolata da un procedimento in essere potrebbe, se generica, ossia riferita a qualunque giudice davanti al quale fosse in futuro instaurato un procedimento di divorzio, implicare la scelta di una legge non predeterminata e quindi la semplice scelta di un principio di unità fra *forum* e *ius*, certo apprezzabile secondo la tradizione di alcuni Stati (*in primis*, però, quelli che non fanno parte della cooperazione rafforzata), ma che non sembra trovare riscontro immediato nel regolamento.

Se invece la scelta fosse da ritenersi specifica (ad es., scelta della legge tedesca in quanto legge del futuro giudice), ciò da un lato determinerebbe una implicita scelta anche del giudice competente, in contrasto con quanto attualmente consentito dal regolamento 2201/2003, e dall'altro porrebbe dubbi circa la sua applicazione nel caso in cui a tale scelta segua, come possibile ai sensi del regolamento 2201/2003, l'instaurazione della causa davanti a un giudice diverso³⁹.

Sembra quindi preferibile ritenere che la mancata limitazione della scelta della legge del foro sotto il profilo temporale sia da imputarsi, quanto meno, a un difetto di coordinamento rispetto alla precedente proposta, e che la scelta della *lex fori* debba ritenersi comunque limitata, al più presto, al momento di presentazione della domanda di scioglimento del vincolo.

5. In mancanza di scelta della legge applicabile, il regolamento 1259/2010 prevede una serie di criteri alternativi, con la prevalenza del contatto più stretto

³⁹ Il regolamento 2201/2003 non consente una vera e propria scelta del giudice competente, pur derogando al generale principio di determinazione della competenza in base al soggetto convenuto, grazie all'attribuzione di competenza al giudice della residenza abituale del coniuge attore nel caso in cui questi continui a risiedere nello Stato dell'ultima residenza abituale comune, nel caso vi abbia risieduto per un anno immediatamente prima della domanda, o se vi ha risieduto anche solo per sei mesi, ma ne è cittadino (o vi ha il *domicile* per Regno Unito e Irlanda). In questi ultimi casi, il coniuge ricorrente, che sposti la residenza a seguito del fallimento del matrimonio, può rivolgersi all'autorità giurisdizionale del Paese dove si è trasferito. Sulla rilevanza del *forum actoris* nella materia trattata dal regolamento 2201/2003 e dal precedente regolamento 1347/2000, vedi A. DAVÌ, *op. cit.*, in particolare p. 879.

con la vita matrimoniale e quindi della legge dello Stato di residenza abituale comune al momento del giudizio o, in mancanza, dell'ultima residenza abituale purché uno vi risieda ancora e (modifica introdotta rispetto alla proposta del 2006) a condizione che non sia passato più di un anno dallo spostamento di residenza dell'altro. In assenza di questi elementi di collegamento, il divorzio e la separazione devono essere regolati dalla legge di cittadinanza di entrambi, o da quella dello Stato dove è presentata la domanda.

Come vedremo, quest'ultima possibilità (già contenuta nella proposta del 2006), pur essendo utile e necessaria clausola di chiusura, finalizzata ad evitare che ci si trovi in assenza di criteri di collegamento applicabili, pone problemi nel punto in cui consente implicitamente alla parte che propone la domanda di scegliere anche la legge applicabile in maniera unilaterale tutte le volte in cui non possano trovare applicazione i precedenti criteri. In questo modo, il rischio è quello di incentivare la c.d. "corsa al tribunale" (nei limiti in cui il giudice sia competente ai sensi del regolamento 2201/2003, regolamento che, non va dimenticato, continua a trovare applicazione per i profili di competenza giurisdizionale).

Anche il nuovo regolamento 1259/2010 pone in essere un sistema di *favor* per lo scioglimento del vincolo, come già avveniva in base al regolamento 2201/2003⁴⁰. L'art. 10 prevede infatti una deroga ai generali criteri previsti dagli articoli 5 e 8 (rispettivamente applicabili in caso di scelta o assenza di scelta), garantendo l'applicazione della legge del foro nel caso in cui quella applicabile ai sensi di dette previsioni non preveda il divorzio⁴¹ o discrimini uno dei coniugi nell'accesso al divorzio o alla separazione.

Un ultimo spunto interessante è quello offerto dalle previsioni in materia di ordine pubblico e divergenza fra le legislazioni nazionali (rispettivamente, arti-

⁴⁰ A suo tempo, la scelta adoperata dal regolamento 2201/2003 di prevedere unicamente un sistema di fori alternativi, tassativi, tutti posti sullo stesso livello, è stata accusata di incentivare il fenomeno del *forum shopping* a causa della mancata armonizzazione dei sistemi di conflitto di legge nazionali e di consentire la presentazione della domanda di scioglimento del vincolo matrimoniale davanti al giudice dello Stato il cui diritto internazionale privato porti ad applicare la normativa più favorevole, portando così ad un'implicita posizione di *favor* verso il divorzio per la parte ricorrente/ richiedente. Per alcune osservazioni sul pericolo di *forum shopping* derivante dalla formulazione del regolamento 2201/2003 o del precedente regolamento 1347/2000 si rinvia a R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato*, cit., p. 169; P. BIAVATI, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2003, p. 1246 ss.; R. ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de "Bruselas II, bis"*; *entre el interés del menor y la cooperacion judicial interestatal*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 757 ss.; P. PICONE, *Modalità di designazione della legge applicabile nel diritto internazionale privato della famiglia*, in P. PICONE, *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, p. 695; ID., *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, *ivi*, p. 713.

⁴¹ L'unico Stato europeo a non prevedere il divorzio era Malta: tuttavia, a seguito del *referendum* del maggio 2011 e della legge conseguentemente approvata il successivo 25 luglio, anche in tale Stato è stata introdotta la possibilità di divorziare.

coli 12 e 13). Se il primo non presenta caratteristiche peculiari rispetto all'equivalente limite previsto anche dal nostro ordinamento⁴², diverso è il caso dell'art. 13 ove si prevede che le autorità giurisdizionali non siano obbligate ad emettere una decisione di divorzio se la loro legge nazionale non considera valido il matrimonio in questione⁴³. Tale articolo – letto in combinazione con l'art. 1 sul campo di applicazione, nel punto in cui esclude l'applicazione del regolamento all'esistenza, validità e al riconoscimento di un matrimonio – è stato inserito a seguito del dibattito avutosi in seno al Parlamento europeo durante l'iter di approvazione. L'obiettivo è quello di fronteggiare le diverse ipotesi che si potranno verificare nella pratica a causa delle divergenze di legislazione esistenti negli Stati membri (si pensi alla possibilità di emettere una sentenza di divorzio fra due coniugi dello stesso sesso, con implicito riconoscimento del relativo matrimonio, quale ammesso in alcuni ordinamenti)⁴⁴.

Sarà interessante vedere come verrà applicato l'implicito margine discrezionale lasciato agli Stati, in quanto, nel punto in cui si afferma, all'art. 13, che non vi è un obbligo per le autorità giurisdizionali di procedere, si lascia aperta la facoltà di intervenire in senso positivo sia al legislatore, sia, sembrerebbe, alle stesse autorità giurisdizionali alle quali venga richiesto di pronunciarsi.

6. L'evoluzione del diritto dell'Unione europea in tema di famiglia passa anche attraverso le due recenti proposte di regolamento presentate il 16 marzo 2011 dalla Commissione europea in tema di regimi patrimoniali: la prima pensata per i coniugi e la seconda per i soggetti che abbiano concluso un'unione stabile registrata⁴⁵.

⁴² Sulle conseguenze dell'operare della clausola dell'ordine pubblico vedi P. FRANZINA, *The Law Applicable to Separation*, cit., p. 125, e I. OTTAVIANO, *op. cit.* p. 139 ss.

⁴³ Sul punto si rinvia anche al 26° 'considerando' in base al quale "[I]addove il presente regolamento si riferisce al fatto che la legge dello Stato membro partecipante in cui è adita l'autorità giurisdizionale non considera valido il matrimonio in questione ai fini del procedimento di divorzio, ciò dovrebbe essere interpretato, inter alia, nel senso che tale matrimonio non esiste secondo la legge di tale Stato membro. In tal caso, l'autorità giurisdizionale non dovrebbe essere obbligata a emettere una decisione di divorzio o di separazione personale in virtù del presente regolamento". Lo stesso art. 13 e il 26° 'considerando' prendono anche in considerazione l'ipotesi che la legge dello Stato partecipante non preveda il divorzio (come avveniva, al tempo per Malta), precisando che, in tal caso, l'autorità giurisdizionale non deve risultare obbligata ad adottare una decisione di divorzio in base al regolamento.

⁴⁴ Sulla questione del riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso, si rinvia a G. ROSSILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 363 ss.; e N. BOSCHIERO, *Les unions homosexuelles à l'épreuve de droit international privé italien*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 77 ss. Più in generale, sul tema delle unioni civili concluse in altri ordinamenti, v. S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto privato italiano*, Milano, 2007, p. 90 ss.; e F. MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 347 ss.

⁴⁵ V. la proposta di regolamento, del 16 marzo 2011, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, COM(2011)126 def.; e la proposta di regolamento, del 16 marzo 2011, relativo alla com-

È evidente che anche in questo settore del diritto di famiglia un intervento armonizzatore diventa sempre più opportuno, sia per creare regole di conflitto comuni da applicarsi alle famiglie “tradizionali”, sia, ancor di più, per regolare la legge applicabile ai regimi patrimoniali delle coppie che hanno concluso un’unione registrata.

La Commissione è dapprima intervenuta con un libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco⁴⁶, nel quale si affrontava non solo la questione del regime patrimoniale fra i coniugi ma anche quello relativo alle unioni registrate e alle coppie di fatto, ponendosi il quesito se estendere il futuro strumento normativo anche a queste situazioni e, in caso positivo, chiedendosi se adottare le stesse regole previste per le coppie unite in matrimonio.

Sotto il primo profilo, dalla consultazione emergeva la necessità di applicare il futuro regolamento sia agli effetti patrimoniali dei regimi in costanza di matrimonio, sia a quelli in caso di scioglimento dello stesso, con la creazione di più criteri di collegamento applicabili in entrambe ipotesi⁴⁷.

petenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, COM(2011)127 def. Entrambe le proposte prendono il via dalla studio svolto dal *Consortium Asser-UCL* relativo ai regimi patrimoniali delle coppie coniugate e di quelle conviventi, sia sotto il profilo del diritto internazionale privato che di quello interno, studio che indica quale principale criterio di collegamento quello della prima residenza comune dei coniugi, criterio che se da un lato consente di raggiungere la certezza del diritto, dall’altro potrebbe imporre ai coniugi l’applicazione di un ordinamento con il quale essi non hanno più alcun collegamento da anni. Per approfondimenti si veda lo studio commissionato dalla Commissione europea dal titolo *Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres de l’Union européenne*, predisposto dal Consortium ASSER-UCL, 2003, ec.europa.eu/civiljustice. Per alcune considerazioni v. E. CALÒ, *op. cit.*, p. 625 ss. Sulle due proposte, per un primo commento, si rinvia a B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato*, cit., p. 54 ss. Per alcuni rilievi si rinvia anche a P. DE CESARI, *op. cit.*, p. 222 ss.; e F. MOSCONI, C. CAMPAGLIO, *op. cit.* p. 120 ss.

⁴⁶ Del 17 luglio 2006, COM(2006)400 def. Sull’iter evolutivo in materia v. S. BARIATTI, I. VIARENGO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 603 ss.

⁴⁷ Il problema è di estremo rilievo se si pensa al caso di due coniugi aventi diversa cittadinanza che localizzano la loro vita matrimoniale in Italia e quivi procedano ad un acquisto immobiliare. Per il nostro diritto internazionale privato, la legge applicabile sarebbe quella italiana e quindi, salvo diversa scelta di regime, il bene cadrebbe in comunione (anche se acquistato da uno solo di essi). Nel momento in cui decidessero di separarsi, magari rivolgendosi al giudice di uno Stato diverso dall’Italia, non è detto che il diritto internazionale privato di detto giudice concordi con la soluzione italiana e quindi si potrebbe verificare una situazione di conflitto fra quanto a suo tempo previsto nel nostro ordinamento e la soluzione adottata dal giudice straniero. Ipotesi di questo tipo possono essere risolte solo tramite la previsione di criteri uniformi di collegamento, che portino, quindi, ad una maggiore certezza del diritto. Fra questi criteri, dalla consultazione derivante dal libro verde COM(2006)400 def. emergeva il consenso circa la possibilità di fare riferimento alla residenza abituale della coppia e alla nazionalità comune, affiancati da una limitata possibilità di scelta (sia di legge applicabile che di giurisdizione) in forma scritta. Per i risultati della consulta-

Sotto un secondo profilo, la sempre maggiore diffusione dei partenariati registrati negli Stati membri dell'Unione europea porta necessariamente a ritenere preferibile procedere all'individuazione di regole di conflitto specifiche anche per queste ipotesi. Non sembra, infatti, un'alternativa accettabile l'estensione per analogia delle regole previste per il caso di matrimonio per due ordini di ragioni. Da un lato, un tentativo di questo tipo potrebbe portare ad una reazione da parte di quegli Stati che ancora non prevedono questo tipo di istituto e che, in molti casi, temono l'assimilazione di questo al matrimonio. Dall'altro, le famiglie nascenti da partenariati registrati presentano caratteristiche peculiari diverse da quelle derivanti da matrimonio che portano alla necessità di prevedere regole specifiche.

D'altronde, al momento della creazione di uno strumento come quello in oggetto, non risulta possibile prescindere dall'inserimento di regole specifiche di fronte ad una realtà che è sempre più diffusa nel territorio degli Stati membri: a conferma di questo, valgono i problemi interpretativi sollevati da parte della dottrina circa la possibile applicazione del regolamento 2201/2003 allo scioglimento di unioni registrate⁴⁸, problemi che si ripropongono per il regolamento 1259/2010.

zione lanciata col libro verde vedi il documento della Commissione, del 5 febbraio 2008, Summary of replies to the Green Paper on the conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the questions of jurisdictions and mutual recognition, reperibile *online*.

⁴⁸ Sull'applicazione del 2201/2003 alle coppie non sposate vedi R. CAFARI PANICO, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale nel nuovo regolamento Bruxelles II*, in S. BARIATTI, C. RICCI (a cura di), *op. cit.*, p. 29 ss., specialmente p. 31 s., il quale ritiene che il regolamento sia applicabile sia ai divorzi fra coppie omosessuali sposate, sia agli scioglimenti di unioni registrate, escludendo dal campo di applicazione solo le convivenze di fatto. L'opinione dell'A. trova il fondamento nella scelta di Belgio e Olanda di riconoscere reciprocamente le decisioni di scioglimenti di tali unioni ai sensi del regolamento. Ad avviso di chi scrive, il regolamento 2201/2003 (e il nuovo regolamento 1259/2010) troverebbero applicazione solo per quelle unioni registrate equiparate a livello interno al matrimonio e quindi non per tutte le forme esistenti nei diversi Paesi, salvo per la possibilità dei singoli Stati di ritenere applicabili analogicamente le previsioni regolamentari anche a situazioni "non matrimoniali". In senso contrario, relativamente al regolamento 2201/2003, vedi R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 156, che ritiene il regolamento non applicabile ai matrimoni di coppie dello stesso sesso. Questa interpretazione è altresì confermata dalla posizione espressa dal Consiglio in una seduta del 19-20 aprile 2007, nella quale, con riferimento alla proposta di modifica del regolamento 2201/2003, ha ribadito come la definizione del matrimonio debba essere considerata come materia di competenza del diritto nazionale. Per una critica di tale posizione v. M. BONINI BARALDI, *Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, in F. BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano-Udine, 2008, p. 119, in cui l'A. contesta la possibilità di fare riferimento alla legge del giudice per valutare il possibile rifiuto di applicazione ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, sostenendo che il riferimento dovrebbe essere alla sola *lex loci actus* che consentiva l'unione omosessuale. Tale posizione non sembra condivisibile in quanto, nei sistemi di diritto internazionale privato e processuale, il giudice fa riferimento ai valori del foro per valutare l'eventuale contrasto con l'ordine pubblico e non certo ai valori dell'ordinamento di provenienza. Resta comunque da chiedersi quale potrebbe essere la soluzione in caso di sentenza straniera che, oltre a prevedere il divorzio della coppia omosessuale, detti anche regole in materia di responsabilità

La Commissione europea, anche alla luce di quanto affermato nella relazione 2010 sulla cittadinanza dell'Unione⁴⁹, ha quindi deciso di procedere a due distinte proposte, per il caso di matrimonio o di unione registrata, senza invece prendere in considerazione le unioni di fatto⁵⁰.

Entrambe le proposte lasciano impregiudicato il quadro preesistente, ossia il regolamento 539/2008⁵¹, che continuerà ad applicarsi alle donazioni; il futuro regolamento sulle successioni⁵²; il regolamento 4/2009 sulle obbligazioni alimentari⁵³; nonché lo stesso regolamento 2201/2003.

Proprio alla luce del coordinamento con queste previsioni, e per ovvie ragioni di economia processuale, le due proposte prevedono la proroga di competenza a favore del giudice eventualmente adito per occuparsi della successione del coniuge/partner (competenza attribuita d'ufficio)⁵⁴ o dello scioglimento del vincolo (se i soggetti parte della coppia concordano). In caso di unioni registrate, però, le autorità giurisdizionali dello Stato che si occupano della successione

genitoriale sui figli (naturali o adottivi) della coppia. In questo caso, il giudice italiano non potrebbe esimersi dal riconoscere almeno la parte di sentenza sulla responsabilità genitoriale (che d'altro canto può sussistere a prescindere dall'esistenza del vincolo matrimoniale), salvo che dal contrasto con l'ordine pubblico non derivi una violazione dell'interesse del minore.

⁴⁹ Del 27 ottobre 2010, Eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei cittadini dell'Unione, COM(2010)603 def.

⁵⁰ Per queste, la dottrina ritiene si debba ricorrere all'applicazione analogica delle categorie esistenti. Vi è chi ritiene che ai c.d. contratti di concubinato o di convivenza (considerati come espressione dell'autonomia privata fra due soggetti legati affettivamente ma non civilisticamente) dovrebbe risultare applicabile il regolamento 593/2008, in quanto non rientranti nei "rapporti che secondo la legge applicabile a tali rapporti hanno effetti comparabili" ai rapporti di famiglia (*ex art. 1, par. 2, lett. b*). Per questa tesi v. F. TASSINARI, *Funzione e limiti dello strumento negoziale nella disciplina dei rapporti tra familiari di fatto*, in *La famiglia di fatto ed i rapporti patrimoniali tra conviventi*, Roma, 1994, p. 92 ss. Sul punto vedi anche G. OBERTO, *Contratti di convivenza. Tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2004, p. 749 ss.

⁵¹ V. nota 47.

⁵² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 ottobre 2009, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, COM(2009)154 def.

⁵³ Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, *GUUE L 7*, 10 gennaio 2009. Per un primo commento vedi M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, *Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 1051 ss.; e F. POCAR, I. VIARENGO, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 805 ss. Per approfondimenti sul quadro normativo preesistente in materia cfr. A. DAVÌ, *op. cit.*, p. 866 ss.

⁵⁴ I rispettivi articoli 3 delle due proposte prevedono la proroga in caso di successione, mentre gli articoli 4 prevedono la proroga in caso di scioglimento del vincolo. In quest'ultimo caso, il giudice sarà quello competente ai sensi del regolamento 2201/2003 per lo scioglimento del matrimonio, mentre la proposta in tema di unioni registrate non specifica la fonte della competenza, lasciando così aperto il dibattito se il regolamento in questione possa trovare applicazione, in certe ipotesi, anche alle unioni registrate, o meno.

potranno “rifiutare” la competenza se il loro diritto nazionale non contempla l’istituto dell’unione registrata, previsione giustamente inserita per evitare di porre in difficoltà quegli ordinamenti che non riconoscono tali unioni e i cui giudici, in caso contrario, potrebbero appellarsi alla clausola di ordine pubblico, che, come vedremo, dovrebbe avere una portata molto limitata.

Nel caso in cui non vi siano procedimenti già instaurati, entrambe le proposte prevedono l’attribuzione di competenza secondo un elenco di criteri in ordine di applicazione: la residenza abituale comune, l’ultima residenza comune (se ancora attuale per uno dei due), o la residenza abituale del convenuto. Nel caso di unioni registrate è però prevista, come clausola di chiusura, l’attribuzione di competenza al giudice dello Stato in cui l’unione è registrata: ciò allo scopo di evitare l’assenza di giudici competenti, anche alla luce della possibilità, già esposta, che il giudice rifiuti di pronunciarsi in base alla sua legislazione nazionale.

Lascia comunque perplessi la formulazione usata circa la facoltà delle autorità giurisdizionali di dichiararsi incompetenti, che sembra quindi lasciare tale facoltà in capo ai singoli giudici, salvo che non si possa ritenere esistente anche in questo caso, come già visto sopra per il regolamento 1259/2010, un implicito margine discrezionale in capo agli Stati circa la facoltà di fornire indicazioni vincolanti ai propri giudici in sede di applicazione del futuro regolamento.

Entrambi i regolamenti prevedranno poi delle clausole di chiusura in base alle quali, nel caso dalle previsioni che precedono non discenda la competenza di alcuno Stato, sarà possibile alla coppia (o ai terzi interessati) rivolgersi al giudice dello Stato sul cui territorio siano situati i beni di uno o entrambi i partner, o al giudice di cittadinanza di entrambi i membri della coppia (art. 6 sulla competenza sussidiaria) o a qualunque giudice di uno Stato membro che abbia un collegamento sufficiente (art. 7, *forum necessitatis*)⁵⁵.

Sotto il profilo della legge applicabile i due futuri regolamenti presentano invece soluzioni molto diverse: se quello sui coniugi lascia spazio all’autonomia delle parti, conferendo a questi la possibilità di scegliere, in qualunque momento, la legge di residenza abituale o cittadinanza di uno dei due (con soluzione quindi analoga a quella attualmente prevista dal nostro diritto internazionale privato)⁵⁶, ai partner che abbiano concluso un’unione registrata è negata ogni scelta, preve-

⁵⁵ Quest’ultima previsione è limitata al caso in cui, in uno Stato terzo, il procedimento non possa ragionevolmente essere intentato o svolgersi o si riveli impossibile.

⁵⁶ Sull’art. 31 della l. 218/95, e in particolare sulla scelta di legge applicabile ai rapporti patrimoniali nel nostro ordinamento, si veda R. CLERICI, *Rapporti patrimoniali fra coniugi*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Milano 1996, p. 159 ss. In assenza di scelta, il futuro regolamento prevede che il regime patrimoniale dei coniugi sia regolato dalla legge di residenza abituale comune o di cittadinanza comune o dello Stato con cui i coniugi presentano il collegamento più stretto, con criteri, anche in questo caso, analoghi a quelli previsti dal nostro ordinamento, pur se in diverso ordine. Sulla normativa italiana in materia v. anche la bibliografia indicata alla nota 15. In particolare, sul criterio della localizzazione prevalente come esplicazione del criterio di collegamento più stretto, v. L. S. ROSSI, *La disciplina internazionale privatistica dei rapporti fra coniugi: i paradossi del criterio della ‘localizzazione prevalente’*, in *Famiglia*, 2002, p. 161 ss.

dendo che, in base a quanto già previsto dalla maggior parte degli Stati dell'Unione europea, l'unione sia necessariamente sottoposta alla legge dello Stato di registrazione. Ciò, stante la diversità di regole applicabili a dette unioni anche negli Stati che le prevedono, evita il problema che deriverebbe dalla scelta di applicare la legge di un altro Stato, che potrebbe eventualmente rivelarsi inconciliabile con le caratteristiche dell'unione in essere.

Resta da vedere quale sarà l'iter del processo di approvazione di questi due futuri strumenti: anche in considerazione di quanto accaduto col regolamento 1259/2010, la domanda che sorge spontanea è se la scelta di presentare due proposte non possa derivare anche dal timore che il regolamento sulle unioni registrate non trovi il consenso di tutti gli Stati e possa quindi rappresentare un nuovo caso di cooperazione rafforzata, senza bloccare l'approvazione dell'altro regolamento, per il quale forse può essere più facile ottenere un consenso in seno al Consiglio. In questa prospettiva, è evidente che la scelta di presentare due proposte presenta l'indubbio vantaggio di impedire all'origine un iter di approvazione lungo e travagliato come quello del recente regolamento sulla legge applicabile al divorzio.

7. Il regolamento in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale introdurrà nel nostro ordinamento una modifica sostanziale alla disciplina attualmente esistente nella l. 218/95 e contenuta al suo art. 31⁵⁷, che prevede quali criteri di collegamento la cittadinanza comune e, solo in sua assenza, la prevalente localizzazione della vita matrimoniale, senza riconoscere alcuna possibilità di scelta da parte dei coniugi (contrariamente a quanto accade in tema di rapporti patrimoniali fra coniugi). Pur trattandosi di normativa direttamente applicabile, e quindi non necessitante di un recepimento con legge nazionale, il regolamento potrà anche dare l'impulso al nostro legislatore per adottare una normativa relativa alla forma degli accordi di scelta di legge, auspicandosi che, come già detto sopra, detta forma venga meglio regolata al fine di garantire una maggiore certezza del diritto. Lo stesso iter potrà essere seguito al momento in cui fossero approvati ed entrassero in vigore i due regolamenti sui regimi patrimoniali e in particolare quello pensato per i coniugi, che contiene norme analoghe a quelle contenute nel regolamento 1259/2010 sulle modalità formali di scelta della legge applicabile.

Il problema fondamentale ancora aperto è quello della necessaria riforma dei profili problematici relativi alla competenza giurisdizionale, per i quali la modi-

⁵⁷ L'art. 31 l. 218/95 prevede che la legge applicabile sia la stessa richiamata anche in materia di rapporti personali (e patrimoniali) fra coniugi, ossia la legge nazionale comune degli stessi al momento della domanda o la legge di prevalente localizzazione della vita matrimoniale per il caso in cui i coniugi non abbiano cittadinanza comune (o abbiano più cittadinanze straniere comuni). Per approfondimenti in materia si rinvia a R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio*, cit.; R. CLERICI, *Le norme di diritto internazionale privato in materia di famiglia*, in T. AULETTA (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2010, p. 117 ss.; B. NASCIBENE, *Sezione IV: divorzio e diritto internazionale privato*, cit., p. 217 ss.

fica del regolamento 2201/2003, come già visto, si fa sempre più necessaria, nonché il problema derivante dai due diversi ambiti territoriali di applicazione relativi ai due regolamenti in materia di divorzio. Vista l'impossibilità di ipotizzare che in tempi brevi il regolamento 1259/2010 venga accettato da tutti gli Stati membri, superando così l'attuale *status* di cooperazione rafforzata, non resta che auspicare un intervento sempre più urgente del legislatore dell'Unione europea (e quindi, nella specie, una proposta della Commissione) per riformare il regolamento 2201/2003 al fine di risolvere le problematiche ancora aperte e meglio coordinarlo con il nuovo strumento.

Solo così si potrà garantire il giusto equilibrio fra le posizioni dei singoli Stati e la spinta armonizzatrice che sempre più sembra caratterizzare l'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di famiglia.

Abstract

Developments of Family Law in EU: Regulation 1259/2010 on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation

This paper analyses EU Regulation 1259/2010 (coming into force on June 21, 2012), which represents the first case of enhanced cooperation in the field of judicial cooperation in civil matters. It starts from the difficult reform process of EC Regulation 2201/2003 with particular reference to the 2006 proposal – strongly censured by many Member States – and then investigates EU Regulation 1259/2010 provisions applying to divorce and separation (*inter alia*, the choice of law and applicable law in its absence, the application of the law of the forum, the public policy exception). The author identifies lacks and problems of the new discipline – making a comparison with the new proposals on matrimonial property regimes and on the property consequences of registered partnerships – and underlines the necessity to reform EC Regulation 2201/2003 in order to coordinate a too composite discipline.



Recensioni

Ennio Triggiani (a cura di)

Le nuove frontiere della cittadinanza europea

Bari, Cacucci, 2011, pp. XXIX-492



Il volume *Le nuove frontiere dell'Unione europea*, a cura di Ennio Triggiani, raccoglie i contributi elaborati nell'ambito di un progetto PRIN su *Cittadinanza europea e diritti fondamentali nell'attuale fase del processo di integrazione*. L'interesse e l'originalità dell'opera, che affronta un tema centrale dello sviluppo dell'Unione, consistono, oltre che nel valore dei singoli lavori, nella coerenza e nella completezza con cui è stato perseguito l'obiettivo di rendere conto dello stato attuale e della possibile evoluzione dell'istituto, mirando soprattutto, come ben evidenziato dal curatore nella sua ampia Introduzione, a “esprimerne il significato complessivo” nel processo di integrazione. Dall'articolazione dei saggi nel volume, e all'interno degli stessi, è sempre presente l'intento di finalizzare l'analisi dei singoli temi alla costruzione di un concetto quanto più pregnante possibile di cittadinanza e di verificarne le connessioni non solo, come accennato, con l'evoluzione dell'Unione europea, ma anche con rilevanti tematiche internazionalistiche, quali la tutela dei diritti dell'uomo e i fenomeni migratori.

L'opera si divide in due parti, nella prima delle quali sono analizzati i profili generali e politici della cittadinanza. Nei vari saggi si danno oramai per presupposte sia l'istituzione che le peculiarità di una cittadinanza senza nazionalità, tema quest'ultimo affrontato invece nell'Introduzione, che ne sottolinea l'interazione con l'intero processo di integrazione europea; l'attenzione si sposta quindi sul modo in cui si esercitano i relativi diritti e sui principali problemi che si pongono in proposito. I lavori di questa prima parte vertono su un'ampia congerie di tematiche, non tutte immediatamente riconducibili alla cittadinanza europea – come invece i temi “classici” del Mediatore europeo o della protezione diplomatica dei cittadini negli Stati terzi – ma ad essa funzionalmente collegate, quali la progressiva democratizzazione dell'Unione, anche negli aspetti della democrazia partecipativa, l'ingresso e il trattamento dei migranti, la legge italiana sulla cittadinanza. Da segnalare, per l'interesse dell'argomento trattato e l'originalità dell'approccio, sembrano in particolare i contributi rispettivamente sull'opera svolta dalla giurisprudenza comunitaria nel concorrere, attraverso la rigorosa tutela del ruolo del Parlamento europeo, al processo di democratizzazione dell'Unione e sull'eguaglianza tra i cittadini stessi. In tale ultimo saggio, si prende tra l'altro in considerazione un problema la cui attualità è dimostrata

anche da recenti sentenze della Corte, e cioè i limiti in cui i diritti derivanti dalla cittadinanza europea vigano anche nei confronti dello Stato di origine. Laddove infatti una prassi sia normativa che, soprattutto, giurisprudenziale ha sufficientemente chiarito come operi il principio di non discriminazione fondata sulla cittadinanza nei confronti dei cittadini che si siano avvalsi del diritto di circolare e soggiornare in altri Stati membri, più complessa risulta la posizione dei cittadini stanziali. Appare questa, del resto, la questione centrale dell'evoluzione della cittadinanza europea, che, secondo il recente Trattato, si aggiunge a quella nazionale, creando un nuovo *status* giuridico destinato a permeare sempre più in profondità la vita degli individui: in quale modo si contemperino i diritti derivanti dalla cittadinanza europea con il rispetto dell'ambito di applicazione dei Trattati. Nel saggio considerato, così come, del resto, anche in alcuni lavori della seconda parte, questo problema viene analizzato soprattutto alla luce della giurisprudenza, di cui si evidenzia, pur tra perduranti incertezze, una tendenza ad affermare, almeno nei confronti di un nucleo centrale di diritti di cittadinanza, la loro vigenza anche nei confronti di chi non presenti altri elementi di collegamento con il diritto dell'Unione. Ulteriori spunti di riflessione sul come l'autonomia del legislatore di fissare i criteri per la concessione della cittadinanza nazionale possa risultare influenzata dal suo costituire presupposto di quella europea derivano dal lavoro sulla riforma della legge italiana sulla cittadinanza; una progressiva confluenza da parte dei vari Stati sul criterio dello *jus soli* garantirebbe l'attribuzione della cittadinanza europea a quanti sono effettivamente inseriti nell'Unione e concorrono al suo sviluppo. L'azione delle istituzioni euro unitarie nello stimolare tale processo appare più consona all'attuale fase del processo di integrazione di quella volta a determinare autonomi criteri di attribuzione della cittadinanza, cui pure si fa cenno.

Più ampia risulta la seconda parte del volume, che concerne i diritti economici e soprattutto sociali. Torna qui attuale la questione del diverso *status* tra cittadini "attivi" e stanziali: nel bel saggio che apre il secondo capitolo si fa appunto questione della applicabilità dei diritti di cittadinanza, e soprattutto del diritto di soggiorno, a situazioni in cui non si riscontra l'elemento transfrontaliero, dimostrando come tuttora appaia migliore la posizione di quanti si siano avvalsi del diritto di libera circolazione. Il passaggio da uno *status* di straniero privilegiato che ha connotato all'origine, ma permea ancora, la costruzione della cittadinanza europea a una cittadinanza effettiva da far valere, pur nell'ambito di applicazione dei Trattati, anche nei confronti dello Stato nazionale, viene colto quindi nella sua evoluzione non ancora compiuta. La dipendenza funzionale dei diritti di cittadinanza alle esigenze del mercato e della circolazione dei fattori produttivi permane e si manifesta nella cura, riscontrabile soprattutto nella normativa secondaria, di perequare la posizione del cittadino europeo a quella dei nazionali dello Stato in cui questi si trovi e non nel garantire, attraverso appunto la cittadinanza europea stessa, uno *status* comune di cui si avvalgano anche gli individui stanziali. Resta, quindi, un percorso non facile da percorrere e il *focus* su cui concentrare l'attenzione per valutarne i progressi, più ancora degli aspetti civili e politici, concerne il modo con cui verranno garantiti i diritti sociali dei

cittadini europei. Proprio sull'esistenza e sui limiti di un'Europa sociale si concentra il saggio successivo, che mette in luce l'attività, talvolta pretoria, svolta dalla Corte per assicurare appunto un'integrazione anche in questo settore. Il riferimento giurisprudenziale all'obbligo della solidarietà finanziaria tra gli Stati membri quale canone ermeneutico per assicurare i diritti anche dei cittadini non economicamente attivi ha anticipato le innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona in ordine alla centralità del valore della solidarietà e all'obiettivo di un'economia sociale di mercato. Nel saggio in esame, e in quelli successivi, si sottolineano peraltro le permanenti difficoltà nel conseguire il risultato di una integrazione anche sociale, considerata la remora di non gravare eccessivamente sui sistemi assistenziali e previdenziali degli Stati membri in un momento di grave crisi economica. Così come nella prima parte, a saggi che concernono in modo esplicito la tematica in oggetto e le problematiche connesse, permettendo di seguirne le linee evolutive, se ne aggiungono altri che, pur affrontando argomenti solo in parte ad esso riconducibili, ne illuminano comunque aspetti importanti o concorrono a fornire un quadro dell'attuale fase dell'integrazione europea, come i lavori dedicati allo *status* giuridico dei cittadini turchi o alla direttiva sugli immigrati altamente qualificati. Interessante infine appare l'analisi della titolarità dei diritti sociali nelle costituzioni degli Stati membri, da cui emerge l'interazione tra diritti nazionali e diritto dell'Unione. Se ne evince una progressiva assimilazione degli stranieri ai cittadini, la cui completa attuazione presuppone però l'azione del legislatore statale ispirata alla normativa euro unitaria e alla CEDU.

E un richiamo alla necessità di una strategia politica "che saldi i vari sistemi nazionali all'Europa" è presente anche nella presentazione del volume, con particolare riferimento proprio alla dimensione sociale dell'integrazione europea che dovrebbe segnare una "discontinuità" rispetto alle mere logiche di mercato.

Sia nella prima che nella seconda parte, infine, la tematica della cittadinanza è esaminata tenendo sempre presente il suo collegamento con i diritti fondamentali: ai diritti di cittadinanza in senso proprio si sommano quindi, e ne costituiscono l'inquadramento, i diritti degli individui residenti nell'Unione.

In conclusione, è apprezzabile, in un volume a più voci, la coerenza strutturale dell'impianto che permette sia di approfondire specifici temi della cittadinanza europea sia di coglierne le linee di evoluzione e le problematiche più rilevanti. Il momento di sintesi, rappresentato dalla Introduzione del coordinatore scientifico del progetto PRIN, non solo permette di cogliere valore e significato dei vari contributi, ma contribuisce a sua volta a definire lo stato attuale della cittadinanza, con spunti significativi di originalità e passione.

Claudia Morviducci

Libri ricevuti

Pia Acconci, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2011, pp. XX-453.

Maria Acierno, Pietro Curzio, Alberto Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, Cacucci, 2011, pp. XVI-375.

Maurizio Arcari, Louis Balmond (dirs./eds.), *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. X-236.

Giandonato Caggiano, Gabriella Muscolo, Marina Tavassi (eds.), *Competition Law and Intellectual Property. A European Perspective*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, pp. 397.

Andrea Cannone, *Le grandi decisioni della Corte costituzionale in materia internazionale ed europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, II ed., pp. 261.

Dominique Carreau, Fabrizio Marrella, *Droit International*, Paris, Pedone, 2012, XI éd., pp. 733.

Giovanni Cellamare, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. XI-168.

Giuseppe Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, Cedam, 2011, pp. XXXII-478.

Alessia Di Pascale, *La responsabilità sociale dell'impresa nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. X-303.

Ugo Draetta, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 2010, III ed., pp. XXI-188.

Ugo Draetta, Marinella Fumagalli Meraviglia (a cura di), *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2011, III ed., pp. XX-405.

Elena Falletti, Valeria Piccone (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Bari, Cacucci, 2012, pp. XI-408.

Lorenzo Gradoni, Enrico Milano (a cura di), *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo. Un'analisi critica*, Padova, Cedam, 2011, pp. XIII-295.

Wilhelm Hofmeister (ed.), *Perceptions and Perspectives for Global Governance*, Singapore, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011, pp. XVI-169.

Sergio Marchisio, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, Il Mulino, 2012, II ed., pp. 389.

Roberto Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2011, II ed., pp. IX-217.

Pieralberto Mengozzi, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. VIII-131.

Marcello Montanari, Franca Papa, Giuseppe Vacca (a cura di), *Le forme e la storia. Scritti in onore di Biagio De Giovanni*, Napoli, Bibliopolis, 2011, pp. XI-459.

Giovanni Moro, con Lucia Mazzuca e Roberto Ranucci, *La moneta della discordia*, Roma, Banda Larga, 2011, pp. 136.

Franco Mosconi, Cristina Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, Torino, UTET, 2011, III ed., pp. XVI-342.

Bruno Nascimbene, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. XIV-307.

Lina Panella, Ersiliagrazia Spatafora (a cura di), *Scritti in onore di Claudio Zanghì*, Torino, Giappichelli, 2011, vol. I, *Diritto internazionale*, pp. LIX-685, vol. II, *Diritti umani*, pp. IV-671, vol. III, *Organizzazione Internazionale e Diritto dell'Unione europea*, pp. VI-958, vol. IV, *Diritto dello spazio e Miscellanea*, pp. V-692.

Nicoletta Parisi, Marinella Fumagalli Meraviglia, Dino Rinoldi, Andrea Santini (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. XVII-835.

Lucia Serena Rossi, Marco Mellone (a cura di), *Il diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea. Materiale normativo e giurisprudenziale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. XXVIII-399.

Teresa Russo, *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione europea*, Salerno, Bruno Libri, 2011, pp. XIII-456.

Francesco Salerno, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, Cedam, 2011, II ed., pp. XXXII-609.

Mirko Sossai, *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XIII-472.

Antonio Tarantino, *Natura umana e libertà in bioetica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 271.

Talitha Vassalli di Dachenhausen (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. XXIX-849.

Ugo Villani, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 149.

Alessandra Zanobetti, *Diritto internazionale del lavoro. Norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. X-328.

Indice degli autori



Biagio DE GIOVANNI

emerito di Filosofia della politica nell'Università degli studi di Napoli "L'Orientale"

Ugo DRAETTA

ordinario di Diritto internazionale nell'Università Cattolica di Milano

Nicoletta PARISI

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Catania

Angela Maria ROMITO

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Luca PALADINI

professore a contratto di Organizzazioni internazionali nell'Università IULM di Roma

Marco LOMBARDO

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna

Giannangelo MARCHEGIANI

avvocato, già direttore nella Direzione Affari Giuridici della BEI

Pieralberto MENGOZZI

professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna

Giuseppe MORGESE

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Teresa MOSCHETTA

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre

Elisabetta BERGAMINI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Udine

La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

Indipendente per carattere, popolare per passione.



Banca Popolare di Bari è diversa.

È diventata grande ma con orgoglio è rimasta indipendente.

È legata alla sua terra ma è figlia del suo tempo.

È intraprendente ma sa condividere.

È giovane ma solida.

È molto di più che una banca, è una come te.

www.popolarebari.it



**BANCA
POPOLARE
DI BARI**

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTEGRAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)	
	INDIRIZZO	N. CIVICO
	CAP LOCALITÀ	PROV.
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA) CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)	
	INDIRIZZO	N. CIVICO
	CAP LOCALITÀ	PROV.
ABBONAMENTI	ITALIA	ESTERO
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2012	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2012
	€ 60,00	€ 90,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite 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 2012).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



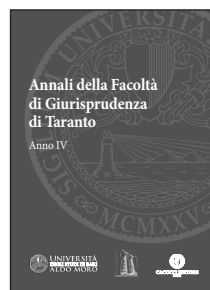
CACUCCI EDITORE
BARI

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)

Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto

Anno IV

792 Pagine | prezzo: 70,00 €



Sommario:

Introduzione di ANTONIO URICCHIO. Cenni sul convento di San Francesco nell'isola di Taranto di PIETRO MASSAFRA. Gianni Garofalo: maestro, studioso, compagno e amico di ROBERTO VOZA. MARIO ANGIULLI, Realtà reddituale e regime fiscale del contenzioso previdenziale. JAIME BONET NAVARRO, La posición excepcional del Monte Athos ante el derecho comunitario europeo. COSIMA ILARIA BUONOCORE, Sul pubblico ministero nel processo civile. MARIA CASOLA, Da *cives* a *subiecti*. ENZO CASOLINO, Scienza e insegnamento in ambito EU. Valori, diritti e funzioni tra istituzioni e mercato. DANILA CERTOSINO, Appunti sulla mediazione penale. ADRIANA CHIRICO, Comunicazione e persuasione nella Chiesa: problemi educativi. CATERINA COCO, La sostenibilità della sicurezza sociale. ANGELO FANELLI, Casa familiare in comodato tra recesso ad *nutum* e rilevanza dell'interesse protetto. DOMENICO GAROFALO, La formazione professionale come antidoto contro la precarietà. LUCIANO GAROFALO, Alcune considerazioni sul ricorso al procedimento analogico nel diritto internazionale contemporaneo. DOROTEA GIRARDI, *L'overruling* in materia processuale ed i suoi effetti sui procedimenti pendenti. MINO IANNE, Diritto positivo e giustizia universale: aspetti concettuali del *nomos* greco. ANTONIO INCAMPO, Due foto di Moro e il *Miserere*. Frammenti estetici sul diritto e sul terrore. ILIR KADUKU, Social security legislation in Albania. ANNARITA LADDOMADA, La tutela cautelare nel processo amministrativo e nel processo civile. ALESSANDRA LAFRATTA, Profili penali della responsabilità dei membri del Consiglio di amministrazione non delegati. RAFFAELLA LOSURDO, La nullità del matrimonio va negata se l'altro coniuge ignorava la riserva mentale. PAOLO MARINÒ, Osservazioni sulla responsabilità penale in relazione all'ordine impartito ad un subordinato. GIULIO MASTRANGELO, Un giudicato longobardo del 970 in Terra d'Otranto. FRANCESCO MASTROBERTI, *Il Liber Belial*: un'opera europea tra diritto e teologia. Prime note su una ricerca in corso. LUIGI MODUGNO, Linee evolutive del regime fiscale nel sistema della previdenza complementare. LUISA MOTOLESE, La Previdenza Complementare Pubblica: il ruolo e la funzione della Corte dei Conti. CONCETTA MARIA NANNA, Sulla legittimità degli interventi sostitutivi dell'amministratore di sostegno negli atti personalissimi del beneficiario. GIOVANNA NOCCO, Potere globale, saturazione segnica e scrittura letteraria. Nello specchio di Borges. SONILA OMARI, Tutela del diritto delle persone omosessuali e transessuali a formare una famiglia. La visione dell'ordinamento albanese nella prospettiva dell'adesione all'UE. PAOLO PARDOLESI, Riflessioni in tema di licenza di marchio. FERDINANDO PARENTE, Libertà religiosa e diritti civili dello straniero: dalla condizione di reciprocità al policentrismo normativo. SALVATORE ANTONELLO PARENTE, L'elusione come categoria autonoma del diritto tributario. FLORA G. PERRONE, L'emendabilità della dichiarazione di successione. VALENTINA PERRONE, Oltre i codici: l'equità e la buona fede oggettiva. MARIA ROSARIA PICCINNI, Il diritto all'osservanza della festività religiosa nell'ordinamento giuridico italiano. PAOLA PIERRI, Violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro e responsabilità penale. LORENZO PULITO, Lo statuto processuale penale del mediatore. ALESSANDRO RANIERI, Contrasto alla pirateria marittima e personale armato a bordo di navi mercantili: osservazioni a margine di recenti misure italiane. GIOVANNA REALI, La mediazione obbligatoria e delegata: riflessi sul processo civile. ANGELICA RICCARDI, La legislazione del 2009 in materia di lavoro pubblico: la contrattazione collettiva dimidiata. LORENZO SCARANO, Fra "diritti sociali" e "diritto sociale": il diritto del lavoro dopo la costituzione. CHIARA SCATTONE, Il problema della rappresentatività nel mondo arabo - islamico. Uomo e collettività nei diritti islamici. LUANA SCIALPI, La *kafalah* di diritto islamico: un caso difficile per i nostri giudici. GUGLIELMO SINISCALCHI, Barocco giuridico. Dall'osservatore allo spettatore. MAURIZIO SOZIO, Il diritto tra filosofia della società e neuroscienze. MARIA LAURA SPADA, Il ricorso introduttivo nel processo del lavoro. FRANCESCO SPORTA CAPUTI, Brevi note sulla recente giurisprudenza jonica in tema di contratti di intermediazione finanziaria. SEBASTIANO TAFARO, Democrazia oggi. Divisione dei poteri? Essenzialità del controllo del potere. ALESSANDRO TEDESCO, Le matrici romanistiche

di arbitrato, mediazione e conciliazione. NICOLA TRIGGIANI, L'evoluzione internazionale della giustizia penale minorile e il processo penale italiano a carico di imputati minorenni: riflessioni a vent'anni dalla ratifica della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo. ANTONIO FELICE URICCHIO, Principi del giusto processo e applicabilità della legge Pinto nei giudizi tributari. STEFANO VINCI, Il fascismo e la previdenza sociale. UMBERTO VIOLANTE, Riflessioni (comparative) sui fattori di rischio nella circolazione dei *distressed debts*. ROBERTO VOZA, Il *mobbing* come esercizio abnorme del potere di comando. OTA WEINBERGER, Azione: teoria dell'azione. WOJCIECH ŻELANIEC, Cotta on the ubiquity of the legal. OSSERVATORIO: TRA DIRITTO ROMANO E DIRITTO ATTUALE (di Aurelio Arnese). AURELIO ARNESE, L'utilità della comparazione e l'appello al diritto romano: dai giudici italiani alle Corti europee.

Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo

FALLETTI Elena e PICCONE Valeria

(a cura di)

XII, 412 Pagine | prezzo: 35,00 €

Sommario:

Premessa. PARTE GENERALE. ERNESTO LUPO, Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento. REMO CAPONI, Addio ai "controlimiti"? (Per una tutela della identità nazionale degli Stati membri dell'Unione Europea nella cooperazione tra le Corti). LUIGI MOCCIA, La cittadinanza come 'cuore federale' dell'Unione. ELENA PACIOTTI, I diritti fondamentali, la cittadinanza europea, le prospettive dell'Europa. VALERIA PICCONE, La responsabilità civile del giudice nell'ordinamento integrato. STEFANO RODOTÀ, La disciplina pubblica del biodiritto. VINCENZO SCIARABBA, La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano. DIRITTO CIVILE E DEL LAVORO. GIUSEPPE BRONZINI, Solidarietà, coesione, diritti fondamentali nel calvario istituzionale dell'Unione. ROBERTO CONTI, Il dialogo (inconsapevole) delle Corti nazionali e sovranazionali a proposito del matrimonio di coppie omosessuali. MARIA PAOLA COSTANTINI, L'Europa dei diritti e il ruolo delle Corti nella tutela dei diritti fondamentali: il caso della Legge 40 sulla procreazione medicalmente assistita. ELENA FALLETTI, Ragione naturale ed artificiale nel matrimonio per le coppie dello stesso sesso. SILVANA SCIARRA, Gruppi organizzati e relazioni collettive. Una nuova sfida per l'ordinamento multilivello. DIRITTO PENALE E AMMINISTRATIVO. DANIELA BAUDUIN, ELENA FALLETTI, Brevi riflessioni sul rapporto tra diritti fondamentali e ordinanze prefettizie di necessità ed urgenza. VALENTINA BAZZOCCHI, Nuovi sviluppi nell'armonizzazione delle garanzie processuali: il diritto all'informazione nei procedimenti penali. RAFFAELLA CALÒ, Il *ne bis in idem* europeo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. VIRGILIO DASTOLI, Dalla Carta dei Diritti alla costruzione dell'Europa. GAETANO DE AMICIS, La Corte Costituzionale nega la natura giudiziaria di Eurojust: una pronuncia discutibile. TERESA MAGNO, La sfida della costruzione di un sistema giuridico che resista alla prova del tempo nel settore della cooperazione informativa. VITO MONETTI, Il problema del pubblico ministero. Le linee di tendenza più recenti nel dibattito internazionale. PIERGIORGIO MOROSINI, Cultura dei diritti e strumenti democratici in Italia e in Europa. NICOLETTA PARISI, Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e armonizzazione delle garanzie procedurali. KLAUS VOLK, Lobblio di presenza dell'imputato. Un anacronismo. DIRITTO PROCESSUALE: LA SVOLTA DELLA MEDIAZIONE. GIOVANNI ARMONE, Mediazione e accesso alla giustizia. ANTONELLA DI FLORIO, La mediazione in Europa ed in Italia: il "punto" della situazione. GIOVANNI DIOTALLEVI, Sulla mediazione penale e la giustizia riparativa, una sollecitazione europea per il legislatore nazionale. UGO PIOLETTI, Teoria generale e mediazione penale. LUIGI MARINI, *Note conclusive*.



Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

VILLANI Ugo

150 Pagine | prezzo: 15,00 €

Sommario:

La Dichiarazione 60 anni dopo. Tendenze della giurisprudenza internazionale in materia di riserve ai trattati sui diritti umani. L'intervento militare in Libia: responsibility to protect o ... responsabilità per aggressione? La tutela giudiziaria dei diritti dell'uomo dinanzi alla Corte europea. Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano.



La Cassazione civile

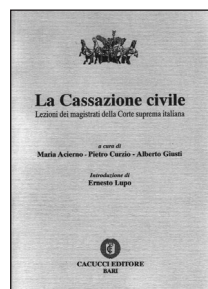
Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana

ACIERNO Maria, CURZIO Pietro,
GIUSTI Alberto (a cura di)

376 Pagine | prezzo: 28,00 €

Sommario:

Questioni di diritto e giudizio di fatto, RENATO RORDORF. La Corte ed il precedente, GIOVANNI AMOROSO. I provvedimenti impugnabili per cassazione, MARIA ROSARIA SAN GIORGIO. Ricorso, controricorso e ricorso incidentale, RAFFAELE FRASCA. Ricorso nell'interesse della legge, PASQUALE CICCOLO. Ricorso per cassazione e falsa applicazione di norme di diritto, PASQUALE D'ASCOLA. Il vizio di motivazione, CAMILLA DI IASI. Il 'filtro' per l'accesso al giudizio di legittimità, LUIGI MACIOCE. Il procedimento e la decisione, GIUSEPPE SALMÈ. Inammissibilità e improcedibilità in cassazione, PAOLO D'ALESSANDRO. Il rilievo officioso delle questioni. Giudicato interno ed esterno, ULPIANO MORCAVALLO. Il principio di diritto, MARIO ROSARIO MORELLI. La motivazione della sentenza di cassazione, FEDERICO ROSELLI. La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo, PAOLO VITTORIA. Cassazione e decisione nel merito, STEFANO SCHIRÒ. La revocazione della sentenza di cassazione, GIOVANNI MAMMONE. Il pubblico ministero nel giudizio di cassazione, CARMELO SGROI. Informatica e giudizio di cassazione, VINCENZO DI CERBO.



In copertina **Paolo Caliari detto il Veronese** (Verona, 1528-Venezia, 1588)
Ratto d'Europa (particolare) — olio su tela, cm 240 x 307 — Venezia, Palazzo Ducale

Secondo la testimonianza di Carlo Ridolfi (*Le maraviglie dell'arte*, 1648), Paolo Veronese eseguì per Palazzo San Samuele a Venezia, residenza di Jacopo Contarini, che ne fu il committente, una tela raffigurante "... Europa sedente sopra il mentito Toro, che le bacia amorosamente il piede, lambendolo con la lingua. Alcune delle sue donzelle le servono d'appoggio; altre l'ornano di fiori; et Amoretti le volan sopra spargendo fiori". Si tratta della tela attualmente visibile nella sala dell'anticollegio di Palazzo Ducale a Venezia, dove passò nel 1713, a seguito della donazione effettuata per lascito testamentario dal nobiluomo Bertucci Contarini, discendente di Jacopo. Nel 1797 la tela fu temporaneamente rimossa dalla sua sede e portata come bottino napoleonico in Francia, dove rimase sino al 1815, anno in cui fece ritorno a Venezia.

La scena descritta dal Ridolfi non coglie la complessità della composizione del Veronese, che nella metà destra del dipinto rappresenta gli avvenimenti successivi al corteggiamento da parte di Giove trasformatosi in toro, cioè il momento della partenza di Europa che, ancora sulla spiaggia, a cavalcioni di Giove-toro s'avvia verso il mare, circondata da un nugolo di ancelle e, più in lontananza, quello in cui la coppia, preso il largo, cavalca nel mare, diretta verso l'isola di Creta, con Europa che saluta le amiche col braccio sollevato e piccoli amorini che discendono dall'alto per recarle corone di fiori.

Più che un ratto, quindi, il Veronese mostra la partenza del tutto consenziente di Europa che segue il suo amante sino a Creta, dove si stabilirà dando alla luce tre figli, Minosse, Sarpadone e Radamanto.

La composizione, dichiaratamente teatrale, ha come fulcro asimmetrico Europa, rappresentata come una splendida fanciulla — che le sollecite ancelle aiutano a sistemarsi sulla groppa del toro — dalle chiome bionde intrecciate con fiori di campo e il petto seminudo emergente dall'elegante veste, costituita da una camicia bianca in leggero tessuto, da sontuosa gonna e sottogonna in raso cangiante e damasco e dal manto in raso dorato foderato di seta color malva: una sinfonia di colori brillanti, dati di tocco e come striati di luce, cui concorrono anche le lucenti vesti delle ancelle, tra cui particolarmente preziosa in raso blu notte dell'ancella che le sta acciacciando la scollatura.

Per la sapienza dell'impianto compositivo e la bellezza della partitura cromatica il dipinto (che Paolo replicò in parte in quello di analogo soggetto dei Musei Capitolini di Roma) costituisce uno dei capolavori assoluti del Veronese e un testo fondamentale per i pittori successivi, da Sebastiano Ricci a Giambattista Tiepolo.

Quanto alla datazione, essa viene fatta oscillare dagli studiosi tra il 1570 e il 1580, con una generale preferenza per la seconda metà del decennio.

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. 1/2012, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2012, 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).



COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*², 2010.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.

ISBN 978-88-6611-118-4



9 788866 111184

€ 22,00