

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2013 | anno VIII



Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2013 | anno VIII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

DA OLTRE 50 ANNI CREDIAMO NEL SUD.



E IL SUD IN NOI.

Lo sviluppo locale è da sempre la nostra priorità. Con impegno e determinazione, interpretando le necessità di famiglie, imprese e istituzioni, siamo diventati il polo creditizio di riferimento del Mezzogiorno. Ma la nostra crescita è stata così impetuosa da renderci protagonisti anche in ambito nazionale. Tutto questo è stato possibile grazie al sostegno dei nostri Soci e alla fiducia che i clienti hanno riposto in noi.

www.popolarebari.it



Il valore di radici forti.

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2013 | anno VIII

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 Tesaro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato

Comitato di redazione

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

© 2013 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

Bruno NASCIBENE	
La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti	9
Claudia MORVIDUCCI	
Il Servizio europeo per l'azione esterna: un inizio problematico	19
Nicoletta PARISI	
La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale	47
Ornella PORCHIA	
La dinamica dei rapporti tra norme interne e dell'Unione nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia	71
Stefano MONTALDO	
La competenza dell'Unione europea ad adottare norme di diritto penale <i>ex art. 83, par. 2, TFUE</i> e sue possibili applicazioni	101

NOTE E COMMENTI

Pieralberto MENGOZZI	
Il Trattato sul Meccanismo di stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso <i>Pringle</i>	129
Antonello SCETTINO	
Il difficile rapporto tra <i>public</i> e <i>private enforcement</i> : il caso dell'accesso agli atti nei programmi di clemenza	153

MEMORIE

Massimo PANEBIANCO La Scuola “romana” dei conflitti di leggi di fine ’600	175
------------------------------------------------------------------------------	-----

RECENSIONI

Silvana SCIARRA, <i>L’Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi</i> , Roma-Bari, Laterza, 2013 (E. Triggiani)	187
Angela DI STASI, <i>Il diritto all’equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale</i> , Torino, Giappichelli, 2012 (E. Nalin)	191
Pietro GARGIULO (con la collaborazione di Laura MONTANARI), <i>Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale</i> , Roma, Ediesse, 2012 (I. Ingravallo)	195
Marilù MARLETTA, <i>Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale</i> , Torino, Giappichelli, 2011 (F. Buonomenna)	198
Giulio PERONI, <i>La crisi dell’euro: limiti e rimedi dell’Unione economica e monetaria</i> , Milano, Giuffrè, 2012 (F. Moliterni)	201
Libri ricevuti	203
Indice degli autori	207

Summary



ARTICLES

Bruno NASCIBENE The Centrality of the Person and the Protection of Their Rights	9
Claudia MORVIDUCCI A New Tool for the Union: The European External Action Service	19
Nicoletta PARISI The European Public Prosecutor's Office: A Step to Set the European Area of Criminal Justice	47
Ornella PORCHIA The Relationship between National and EU Law in Light of the Dialogue between National Judges and the European Court of Justice	71
Stefano MONTALDO EU Criminal Law Competence under Article 83, para. 2, TFEU: Issues and Perspectives	101

NOTES AND COMMENTS

Pieralberto MENGOZZI The ESM Treaty and the <i>Pringle</i> Ruling of the European Court of Justice	129
Antonello SCETTINO The Difficult Relationship between Public and Private Enforcement: The Issue of Access to Leniency Documents	153

MEMORIES

Massimo PANEBIANCO The “Roman” School of Conflicts of Laws at the End of '600	175
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

BOOK REVIEWS

Silvana SCIARRA, <i>L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi</i> , Roma-Bari, Laterza, 2013 (E. Triggiani)	187
Angela DI STASI, <i>Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale</i> , Torino, Giappichelli, 2012 (E. Nalin)	191
Pietro GARGIULO (con la collaborazione di Laura MONTANARI), <i>Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale</i> , Roma, Ediesse, 2012 (I. Ingravallo)	195
Marilù MARLETTA, <i>Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale</i> , Torino, Giappichelli, 2011 (F. Buonomenna)	198
Giulio PERONI, <i>La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria</i> , Milano, Giuffrè, 2012 (F. Moliterni)	201
Books received	203
List of contributors	207



Articoli

Bruno Nascimbene*

La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti**

SOMMARIO: 1. Lo straniero come persona. I limiti alla discrezionalità dello Stato. La ragionevolezza e la proporzionalità. Le motivazioni di carattere sociale. – 2. La persona e il divieto di discriminazioni (fondate sul sesso). Gli obiettivi del diritto sociale comunitario. – 3. Il legame sociale con lo Stato di residenza e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo: il comune orientamento della Corte costituzionale e della Corte di giustizia. – 4. La tutela dei diritti sociali della persona: un dato comune, nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale. L'irragionevole trattamento del cittadino straniero. – 5. La centralità dei diritti della persona e l'attualità del pensiero di Pasquale Stanislao Mancini.

1. La centralità della persona è affermata in molte occasioni della “vita giuridica” di Tesauro, Giudice costituzionale, Avvocato generale, Professore. Assume preciso rilievo la sensibilità per i profili di carattere sociale, che diviene la vera chiave di lettura ora della sentenza del Giudice, ora delle conclusioni dell'Avvocato generale, ora della relazione o dello scritto del Professore: insomma, del suo pensiero.

Procederò ricordando alcuni esempi in cui questo pensiero si è espresso e declinato, nel corso degli anni, consegnando allo studioso del diritto un insegnamento di spessore e qualità.

Ricordo, in primo luogo, fra gli esempi più recenti, una sentenza che appartiene alla materia dell'immigrazione, che occupa ormai in modo rilevante, da oltre un decennio, la Corte costituzionale, dopo l'entrata in vigore del Testo unico del 1998¹.

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano.

** Il presente scritto riproduce, con modifiche, l'intervento svolto alla tavola rotonda *I diritti della persona*, in occasione della Giornata di studio in onore di Giuseppe Tesauro dal titolo “La tutela dei diritti oltre le norme nazionali”, svoltasi il 16 novembre 2012 presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, *GURI* 191, 18 agosto 1998, S.O. n. 139. Per una rassegna della giurisprudenza in materia, si vedano le relazioni di C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*; G. CORSO, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore*; e B. NASCIMBENE, *Comunitari ed extracomunitari: le ragioni del doppio standard*, tenute in occasione del seminario alla Corte costituzionale dal titolo *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 26 ottobre 2012, www.cortecostituzionale.it.

La sentenza (redattore Tesauro) dichiara l'illegittimità costituzionale della norma che consentiva il rigetto automatico della domanda di regolarizzazione ovvero di "emersione" di un lavoratore extracomunitario resosi colpevole di un reato (per il quale l'art. 381 c.p. permette l'arresto facoltativo in flagranza)², senza però prevedere che la pubblica amministrazione accertasse la pericolosità sociale della persona, e quindi la minaccia, per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, rappresentata dal suo soggiorno in Italia. La Corte motiva l'illegittimità prendendo in esame il ragionevole e proporzionato bilanciamento degli interessi in gioco, quando si comparano le esigenze "pubbliche" dello Stato e quelle "private" delle persone.

Ricordata la discrezionalità di cui dispone lo Stato in materia di ingresso e soggiorno dello straniero, più precisamente nel consentirgli l'accesso al lavoro, nel disporre misure di allontanamento quando vengono meno le condizioni di regolarità della presenza nel territorio dello Stato, sono pur sempre la ragionevolezza e la proporzionalità del provvedimento che debbono sovraintendere alle decisioni dell'amministrazione. La discrezionalità dello Stato subisce limiti soprattutto quando le norme nazionali sono suscettibili di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare (al pari del cittadino) anche lo straniero, poiché la sua condizione non può essere causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi.

Le questioni sollevate dai giudici comuni riguardavano sia reati di scarso allarme sociale, sia comportamenti la cui illiceità non era stata accertata con sentenza definitiva, a fronte di criteri di intrinseca ragionevolezza posti a presidio del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.): criteri che ispirano l'orientamento della Corte costituzionale, ma che sono riconducibili a un consolidato orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, sulla ragionevolezza e proporzionalità, pur nella riconosciuta discrezionalità dello Stato³, e che sono pure comuni alla giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui la pericolosità dello straniero va accertata caso per caso, non essendo consentito alcun automatismo fra condanna ed espulsione⁴.

² Corte costituzionale, sentenza del 6 luglio 2012, n. 172.

³ Vengono ricordate dalla Corte costituzionale le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi*; del 19 febbraio 1998, *Dalia c. Francia*; del 9 ottobre 2003, *Slivenko c. Lettonia*; del 23 giugno 2008, *Maslov c. Austria*; sulla valutazione della gravità dei fatti e il principio di proporzionalità, in particolare, la sentenza del 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*.

⁴ Sul divieto di automatismi si vedano i rilievi di C. AMALFITANO, *Segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione nello "spazio Schengen". Profili di incompatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 489 ss.; B. NASCIMBENE, *Corte di giustizia e Corte costituzionale sulla "segnalazione Schengen": il divieto di automatismi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2006, n. 2, p. 59 ss. Sul necessario accertamento della pericolosità dello straniero, cfr., fra le altre, le sentenze della Corte di giustizia del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna, Raccolta*, p. I-1097, punto 44; del 7 giugno 2007, causa C-50/06, *Commissione c. Paesi Bassi, ivi*, p. I-4387, punto 41; e del 4 ottobre 2007, causa C-349/06, *Polat, ivi*, p. I-8170, punto 32.

Il riferimento alla giurisprudenza delle Corti “sovranaazionali” è un dato costante della giurisprudenza più recente della Corte costituzionale, realizzando quel dialogo indispensabile a che si formi, e si affermi, un vero e “vivente” diritto europeo.

Il profilo della sentenza della Corte costituzionale, che si vuole qui sottolineare, è la sua motivazione, in senso ampio, sociale. Una soluzione diversa della Corte costituzionale avrebbe comportato l’interruzione del rapporto intercorso fra il lavoratore straniero e il datore di lavoro, con conseguente espulsione del primo, e pregiudizio del secondo. Infatti, gli stranieri destinatari della regolarizzazione erano occupati, da un certo periodo di tempo, in attività di assistenza a favore del datore di lavoro o componenti della sua famiglia (ancorché non conviventi) affetti da patologie o disabilità che ne limitavano l’autosufficienza, oppure erano occupati in attività di lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare. Il legame che si instaura fra persona che assiste e assistito (“legame peculiare e forte con chi ha bisogno di assistenza costante”) rende imprescindibile una valutazione di ragionevolezza e proporzionalità, come pure una valutazione della particolare finalità dell’attività prestata, in un contesto particolarmente sensibile quale è quello familiare.

Sarebbe peraltro incompatibile con tale contesto la presenza di un soggetto socialmente pericoloso, ma anche grave per tale soggetto, oltre che per la persona assistita (considerato il legame instaurato e consolidato nel tempo), sarebbe la conseguenza di un’espulsione dal territorio nazionale.

2. Alla persona, al divieto di discriminazioni, a quelle fondate sul sesso in particolare, sono dedicate alcune delle conclusioni presentate come Avvocato generale, che hanno significativamente inciso sulla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nell’adempiere alle funzioni tipiche dell’Avvocato generale, che prende in esame la disciplina di questo o quell’istituto giuridico negli ordinamenti dei Paesi membri, l’Avvocato generale Tesauro si pronuncia contro il licenziamento di una persona transessuale in ragione del mutamento di sesso, sottolineando come il diritto non possa “isolarsi dalla realtà sociale e non [possa] non adattarsi ad essa nel più breve tempo possibile”: “teso a disciplinare la vita di relazione”, il diritto deve “essere in grado di disciplinare situazioni nuove quali messe in luce da quella evoluzione e dallo stesso progresso scientifico”⁵.

Le valutazioni compiute, anticipando nel metodo quelle svolte come Giudice costituzionale, tengono conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: un metodo ben utilizzato, come si è accennato, nelle sentenze della Corte costituzionale. Si sottolinea, in una continuità logica che contraddistingue il dialogo fra le Corti, che anche la Corte di giustizia si dimostra sensibile all’evoluzione scientifica e sociale che influenza il diritto⁶.

⁵ Conclusioni del 14 dicembre 1995, causa C-13/94, P., *Raccolta*, p. I-2145.

⁶ Fra le sentenze della Corte costituzionale, redattore Tesauro, in cui si dà ampiamente conto dell’orientamento della Corte europea, cfr. (oltre alla sentenza ricordata al par. 1), quelle del 24 ottobre 2007, n. 349, e del 26 novembre 2009, n. 311.

Viene affermato il principio di uguaglianza o non discriminazione, per cui a parità di situazioni corrisponde un pari trattamento delle persone. Si tratta dello stesso principio che aveva ispirato altre, importanti conclusioni in materia di quote a favore delle donne ai fini delle assunzioni e delle promozioni nell'ambito di un rapporto di impiego, concludendo nel senso che sono consentite solo quelle deviazioni che, in quanto tese al raggiungimento di un'uguaglianza "sostanziale", siano giustificate dallo scopo di assicurare una parità "effettiva" fra le persone⁷.

Pur in mancanza, nel diritto comunitario, di una norma che disciplina il fenomeno del transessualismo (e del divieto di discriminazioni), è comunque ai principi generali, alla tutela dei diritti fondamentali che bisogna porre attenzione, più precisamente agli "obiettivi del diritto sociale comunitario" che la giurisprudenza della Corte di giustizia tutela. Una Corte, invero, "sempre attenta e all'avanguardia nel garantire la tutela dei soggetti sfavoriti".

Se la Corte di giustizia ha tali qualità, lo deve anche ai suoi avvocati generali. Tesauro, condividendo le conclusioni dell'Avvocato generale Trabucchi (presentate vent'anni prima, ma attuali allora, come oggi), e offrendo, con tale rinvio, la possibilità di apprezzare una continuità di pensiero utile alla Corte e al sistema giuridico comunitario nel suo complesso, ricorda che il diritto comunitario non è "soltanto una meccanica disciplina dell'economia", ma "un ordinamento a misura della società che deve reggere". Deve dunque rispondere "all'idea di giustizia sociale e alle esigenze dell'integrazione europea al livello non solo dell'economia ma anche dei popoli" e quindi delle persone⁸.

La persona è, insomma, al centro del sistema.

3. Un esempio di realizzazione del dialogo fra le Corti, costituzionale e dell'Unione, è offerto da una sentenza della Corte costituzionale cui era posta una questione di possibile disparità di trattamento fra cittadini italiani e cittadini UE, contenuta nelle norme di attuazione della decisione quadro sul mandato di arresto europeo⁹.

a) Conducendo lo scrutinio di costituzionalità alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze *Wolzenburg* e *Kozłowski* in particolare¹⁰), tenuto conto degli obiettivi dello spazio giudiziario e della cooperazione giudiziaria in materia penale fondata sul principio del mutuo riconoscimento, la Corte costituzionale, Giudice redattore Tesauro, giustifica la mancata consegna della persona, a seguito di MAE, e dunque l'esecuzione della pena in Italia, non solo se la per-

⁷ Conclusioni del 6 aprile 1995, causa C-450/93, *Kalanke*, *Raccolta*, p. I-3051.

⁸ Cfr. le conclusioni P., ove si ricordano le conclusioni del 10 giugno 1975, causa 7/75, *Coniugi F.*, *Raccolta*, p. 691.

⁹ V. la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alla procedura di consegna tra Stati membri, *GUCE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1 ss.; le norme di attuazione in Italia sono contenute nella l. 22 aprile 2005, n. 69. La sentenza della Corte costituzionale è del 21 giugno 2010, n. 227.

¹⁰ Cfr. le sentenze del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, *Raccolta*, p. I-6041; e del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, *ivi*, p. I-9621.

sona è cittadina italiana, ma (indipendentemente dalla cittadinanza), se ha la dimora o la residenza nello Stato, come peraltro prevede la decisione quadro. Lo scopo di “risocializzare” il condannato si realizza, infatti, non già utilizzando il criterio esclusivo della cittadinanza, ma quello della residenza, del “legame effettivo e stabile con lo Stato membro dell’esecuzione”. Viene in rilievo, insomma, “il contesto sociale, familiare, lavorativo”, e quindi il luogo “dei legami familiari, della formazione dei figli e di quant’altro sia idoneo a rivelare la sussistenza” di un radicamento reale e non estemporaneo con il territorio nazionale.

Veniva così ritenuta illegittima l’esclusione dal beneficio dell’esecuzione della pena in Italia, per i cittadini stranieri, appartenenti ad altri Paesi dell’Unione, che effettivamente risiedano o dimorino nel nostro Paese. L’aver assunto come discrimine lo *status civitatis* svalutava l’elemento dell’integrazione con il territorio e con la comunità nazionale, di segno contrario rispetto a quell’orientamento che vuole, invece, sia conferito maggior rilievo ai profili sostanziali piuttosto che a quelli formali. Si tratta, peraltro, di quegli stessi profili che tendono ad avvicinare, fin dalle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, i cittadini di Paesi terzi legittimamente residenti (e a maggior ragione se lungo residenti) ai cittadini dei Paesi membri e a consentire l’estensione di diritti propri del cittadino dell’Unione, quali il diritto di petizione al Parlamento europeo e il ricorso al Mediatore, al cittadino di Paese terzo purché residente¹¹.

b) La sentenza della Corte costituzionale ha anticipato una sentenza della Corte di giustizia che ha censurato la legislazione francese per la non corretta attuazione della decisione quadro¹².

Anche in Francia veniva limitato il beneficio di scontare la pena nel territorio nazionale ai soli cittadini francesi, così violando il principio di non discriminazione fondato sulla cittadinanza. La Corte (ricordando in particolare le sentenze *Kozłowski* e *Wolzenburg*) sottolinea la necessità di privilegiare il reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui è stata condannata e, quindi, di vietare ogni forma di discriminazione¹³.

Le due Corti non hanno ancora affrontato la questione del divieto di discriminazioni fondate sulla cittadinanza qualora il destinatario del mandato d’arre-

¹¹ Per questi profili si consenta rinviare a B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell’Unione europea*, Padova, 2012, pp. 52 e 66 ss.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, non ancor pubblicata in *Raccolta*. Nella sentenza viene ricordato (punto 48) che la Convenzione del Consiglio d’Europa sul trasferimento delle persone condannate del 21 marzo 1983 prevede per gli Stati contraenti di definire il termine “cittadino” ai fini della Convenzione come comprensivo di talune categorie di persone che dimorano o risiedono nel territorio di tale Stato senza averne la cittadinanza, e che una dichiarazione in tal senso è stata fatta dal Governo italiano (che, peraltro, diversamente da altri sei Stati membri, non aveva presentato osservazioni nella causa, probabilmente per non dover prendere posizione contro la legislazione francese, dopo l’intervento della Corte costituzionale con la citata sentenza n. 227 del 2010).

¹³ Si vedano spec. i punti 32-40 della sentenza *Lopes Da Silva Jorge*; le sentenze *Kozłowski*, punto 45; *Wolzenburg*, punti 62, 67; e anche la sentenza del 21 ottobre 2010, causa C-306/09, *B.*, *Raccolta*, p. I-10341, punto 52.

sto sia non già un cittadino UE, ma un cittadino di Paese terzo con residenza o dimora stabile nel Paese che dovrebbe, invece, concedere la consegna ai fini dell'esecuzione della pena. La finalità della non esecuzione della pena (quindi della non consegna della persona allo Stato) è, come si è detto, "accordare una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona"; la decisione quadro, peraltro, non esclude la sua applicabilità a persone che non abbiano la cittadinanza dell'Unione¹⁴.

Qualora la Corte costituzionale fosse chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della norma nazionale anche per questo profilo, ritengo che ne dovrebbe dichiarare l'illegittimità per violazione dell'art. 3 Cost. Non verrebbe infatti in rilievo, come la Corte di giustizia ha affermato in altra occasione, la norma di diritto UE quale l'art. 18 TFUE, perché esso vieta la discriminazione fra cittadini dell'Unione, non fra questi e i cittadini dei Paesi terzi e, quindi, il parametro di riferimento sarebbe la norma di diritto interno sul principio di uguaglianza, precisamente l'art. 3 Cost.¹⁵.

4. L'attenzione per i profili sociali dei diritti della persona ci consente di svolgere alcuni rilievi sul tema dei diritti fondamentali, dei diritti sociali in particolare, come emergono nella giurisprudenza più recente della Corte di giustizia, che presenta un dato comune con la giurisprudenza già ricordata della Corte costituzionale: la protezione della persona.

Il contributo della Corte di giustizia nel definire e tutelare i diritti fondamentali della persona, per i quali mancava all'origine una specifica tutela nei Trattati, rappresenta, come è noto, un autentico "punto di svolta" nel sistema comunitario, non solo per la tutela della persona, ma per la costruzione del sistema in sé. La Corte trae le conseguenze, sul piano dei diritti della persona, dal principio del primato, e lo conferma anche nei confronti di quei giudici nazionali (Corti costituzionali italiana e tedesca in particolare) che esprimevano riserve circa la tutela di principi e valori propri dei rispettivi ordinamenti. Controllo e giustiziabilità erano garantiti nel passato, pur in assenza di norme espresse nei Trattati, perché i diritti fondamentali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla CEDU, e fanno dunque parte dei principi giuridici generali di cui la Corte garantisce l'osservanza. Si tratta di un controllo di ampia estensione, da cui però sono escluse quelle materie che sono di competenza del solo legislatore nazionale ovvero quelle norme nazionali che non presentano alcun legame con il diritto dell'Unione¹⁶.

¹⁴ Cfr. la sentenza *Lopes Da Silva Jorge*, punto 32; sul tema qui evocato v. i rilievi di C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 192 s.; in senso contrario, tuttavia, v. Corte d'appello di Bologna con una sentenza del 4 ottobre 2012, ritenendo non equiparabile la condizione del cittadino extracomunitario a quella del comunitario, ed escludendo un'estensione analogica del principio affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 227 del 2010.

¹⁵ Sulla non applicabilità dell'art. 18 TFUE cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009, cause riunite C-22 e 23/08, *Vatsouras e Koupatantze*, *Raccolta*, p. I-4585, spec. punto 52.

¹⁶ Si vedano, anche sulle riserve espresse dai giudici nazionali, i rilievi di G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 122 ss.; in giurisprudenza, sui limiti materiali del

L'art. 6, par. 2, del Trattato di Maastricht sull'Unione europea ha rappresentato la codificazione della giurisprudenza della Corte, la sua formalizzazione sul piano normativo. La norma è non solo l'antecedente storico dell'art. 6 TUE vigente, ma la premessa alla redazione di quel catalogo scritto di diritti (promosso dal Consiglio europeo di Colonia del dicembre 1999, che intendeva così colmare una lacuna del sistema) che sarà, poi, la Carta dei diritti fondamentali (Nizza, 7 dicembre 2000, e Strasburgo, 12 dicembre 2007). La Carta si colloca, peraltro, nel solco della giurisprudenza, nel pieno rispetto del principio di attribuzione, perché essa non introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai Trattati (art. 51 Carta)¹⁷.

Il dinamismo della Corte si cristallizza, ma non si esaurisce nella Carta, la Corte continuando ad assumere quali parametri di riferimento per il suo controllo giurisdizionale i principi generali, le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, la CEDU (art. 6, par. 3, TUE): fonti, tutte, che concorrono alla tutela della persona¹⁸.

Fra la giurisprudenza più recente, in cui Carta e giurisprudenza della Corte si integrano facendo conseguire al singolo il miglior risultato possibile per quanto riguarda la tutela dei diritti, ricordo, per una pluralità di ragioni, la sentenza *Kamberaj*¹⁹.

In primo luogo perché, dopo aver ribadito il consolidato orientamento sulla protezione dei diritti fondamentali ex art. 6, par. 3, TUE, interpreta una direttiva (2003/109) nel senso più favorevole possibile alla persona, sottolineando la *ratio* della direttiva, che è l'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi lungo-soggiornanti nel Paese membro di soggiorno²⁰.

In secondo luogo perché riguarda gli stranieri, cittadini extracomunitari, i cui diritti, salvo eccezioni (prima fra tutte la qualifica di familiari di cittadini di Paesi membri) non sono tutelati al pari dei cittadini UE, il cui *status* è (com'è noto) privilegiato²¹.

Perché, ancora, è proprio una disposizione di quel catalogo scritto di diritti che è la Carta (art. 34) ad assumere rilievo, congiuntamente alla direttiva, mirando a riconoscere e rispettare il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza

controllo da parte della Corte, cfr. fra le altre sentenze, quelle del 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, *Raccolta*, p. I-2629, punto 15; e del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*, *ivi*, p. I-7943, punto 13 ss.

¹⁷ Sull'art. 51 v. la relativa spiegazione in *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, richiamate dall'art. 6, par. 1, co. 3, TUE.

¹⁸ Sulla varietà delle fonti per la protezione dei diritti fondamentali cfr., più recentemente, le conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 2 ottobre 2012, causa C-399/11, *Melloni*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, spec. punto 131.

¹⁹ Sentenza del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, non ancora pubblicata in *Raccolta*; sulla tutela dei diritti fondamentali ex art. 6, par. 3, TUE, cfr. i punti 60-62 della sentenza.

²⁰ Cfr. la direttiva 2003/109/UE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, *GUUE* L 16, 23 gennaio 2004, p. 44 ss.

²¹ Per alcuni rilievi sulla differenza fra lo *status* di cittadino UE e di cittadino di Paese terzo si permette rinviare al nostro *Comunitari ed extracomunitari*, cit.

abitativa volto a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti. Vi sono prestazioni essenziali (indicate nella direttiva) da garantire a tutti, perché soddisfano necessità elementari come il vitto, l'alloggio, la salute e, se lo straniero lungo-soggiornante, tutelato dal diritto UE, si trova in una situazione comparabile con quella del cittadino UE, come si verificava nel caso specifico (sottoposto dal giudice italiano all'esame della Corte), perché entrambe le persone hanno "il medesimo bisogno economico", non v'è dubbio che vi sia una disparità di trattamento nel negare il beneficio (nella specie, un sussidio per l'alloggio) allo straniero. Si determina e configura una violazione del principio generale di uguaglianza, specie in un contesto (quello della direttiva) che vuole affermata la "regola" dell'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi nello Stato in cui sono stabilmente residenti²².

Se fosse la Corte costituzionale italiana a giudicare sulla legittimità della norma oggetto della sentenza *Kamberaj* (e cioè, la legge della provincia autonoma di Bolzano 17 dicembre 1998, n. 13), credo proprio che la Corte concluderebbe con una dichiarazione di irragionevole, ingiustificato trattamento dello straniero rispetto al parametro dell'art. 3 Cost.

La sensibilità della Corte di giustizia per i diritti della persona, per i suoi bisogni che ne garantiscono un'esistenza dignitosa, bilanciati con gli interessi di carattere pubblico nel contesto prima ricordato (sentenza della Corte costituzionale n. 172 del 2012 sulla regolarizzazione ed emersione degli stranieri irregolarmente soggiornanti in Italia), conferma la valutazione comune delle due Corti a favore dei diritti della persona, esaltando la centralità della persona e dei suoi diritti e il dialogo costruttivo fra le due Corti.

5. Qualche rilievo merita, infine, per l'attenzione posta, ancora una volta, alla persona e ai suoi diritti, uno scritto (recente) di Tesauro che riproduce il testo di una conferenza su *Il principio di nazionalità in Pasquale Stanislao Mancini*²³. A questo poliedrico studioso del diritto internazionale, primo presidente, nel 1873, dell'Institut de droit International, Ministro degli esteri nel Governo De Pretis, musicista e avvocato, si può fare sicuro riferimento per comprendere la rilevanza dei diritti della persona, la "grandissima visione" di tali diritti che si ritrova nella codificazione post-unitaria del 1865 che Mancini influenzò²⁴. La modernità di Mancini (e, se è consentito, l'attualità di Tesauro) è nell'affermazione del rispetto dell'individuo in quanto tale, nell'affermazione

²² Cfr. la sentenza *Kamberaj*, punto 75, sulla comparabilità delle situazioni, e punto 86, sulla regola della parità di trattamento e dell'integrazione. Sull'indicazione (non esaustiva) delle "prestazioni essenziali" cfr. il 13° 'considerando' della direttiva e il suo art. 11, par. 4, che consente ad uno Stato, in via di deroga, di limitare l'applicazione del principio della parità di trattamento alle prestazioni essenziali (ma il nostro Paese non risulta che abbia manifestato la propria intenzione di ricorrere alla deroga): cfr. punti 83-88.

²³ In *Quaderni di biogen - "Le due culture"*, Ariano Irpino, 2012, p. 11 ss.

²⁴ In questi termini G. TESAURO, *Il principio di nazionalità in Pasquale Stanislao Mancini*, cit., p. 36 s.

dei diritti dello straniero a parità del cittadino, senza prevedere quella condizione di reciprocità che il legislatore del 1942 introdusse nell'art. 16 disp. prel. c.c. Norma non formalmente abrogata, ma espressione di un principio (così lo definisce Tesauro) "eccentrico" in un Paese, come il nostro, trasformatosi in Paese di immigrazione.

L'epoca del Mancini era quella di un Paese di emigranti, bisognosi di tutela all'estero, come la Costituzione riconoscerà nell'art. 35. L'emigrazione, sottolineata Mancini, anticipando la *ratio* della norma costituzionale ricordata, è espressione di una libertà dell'uomo che è "sacra", e tale è pure la libertà "di vivere dove meglio piace a ciascuno"²⁵.

Il trattamento civile degli stranieri, senza condizioni, evoca la tutela dei diritti fondamentali della persona che, nel nostro ordinamento, assumono valore costituzionale (art. 2) e che nel diritto internazionale e nel diritto europeo ricevono tutela in una molteplicità di strumenti internazionali, oltre che nei Trattati UE e nella Carta. Si tratta di diritti riconosciuti a tutti, quale che sia la cittadinanza, perché è la posizione giuridica della persona che è posta al centro del sistema, non sottoposta, come si è detto, a condizioni, quale la reciprocità, in primo luogo²⁶. Di qui la conferma della modernità del pensiero che vuole garantita la parità di trattamento. Modernità che emerge anche dall'insistenza del Mancini circa la funzione rieducatrice della pena, che è ben presente alla Corte costituzionale, anche quando ha giudicato sull'illegittimità della norma nazionale di attuazione della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo.

Mancini moderno, Tesauro attuale. Entrambi gli studiosi, in tempi ben diversi, ci ricordano il carattere evolutivo del diritto e l'esigenza di adeguarsi ai continui cambiamenti, affinché si possano conseguire risultati utili e realizzare il miglior trattamento o il trattamento più favorevole possibile per la persona, cittadino o straniero che sia.

Abstract

The Centrality of the Person and the Protection of Their Rights

The centrality of the person, particularly with respect to the protection of their rights, is examined in the context of immigration rules, as more recently interpreted by the Constitutional Court. The social motivation, in a broad sense, of such an interpretation in favour of the alien, is underlined by using the criteria of reasonableness and proportionality.

²⁵ Cfr. il discorso alla Camera dei deputati, 1885, XV legislatura.

²⁶ In questi termini G. TESAURO, *Il principio di nazionalità in Pasquale Stanislao Mancini*, cit., p. 38 s.

The protection of social rights of foreigners is a common element to the case law of the Constitutional Court and the Court of Justice. Some opinions of Advocate General Tesauro are also recalled (the text herein below has been prepared on the occasion of the “Study Day” in his honour) on the prohibition of discrimination and the importance of residence, rather than citizenship, in the cases in which the European arrest warrant apply. The aim to protect the rights of the person and, in general, fundamental rights, is in fact shared by the Constitutional Court and supranational Courts (Court of Justice and the European Court of Human Rights).

Some comments are dedicated, in this context, to the Charter of fundamental rights and the principle of equal treatment, stressing the modernity of the thought of a well-known scholar of international law, Pasquale Stanislao Mancini (to whom Tesauro has recently devoted a study).

Claudia Morviducci*

Il Servizio europeo per l'azione esterna: un inizio problematico**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I motivi dell'istituzione del Servizio. – 3. Il quadro normativo. – 4. Questioni principali: a) il riparto di competenze tra il SEAE e la Commissione; b) la composizione del Servizio e il ruolo dei rappresentanti nazionali; c) il controllo democratico. – 5. *Simul stabunt simul cadent*.

1. Il 22 dicembre 2011 l'Alto rappresentante dell'Unione ha presentato al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione, una relazione sul funzionamento del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE)¹, come stabilito ai sensi della decisione istitutiva 2010/427/UE del 26 luglio 2010, art. 13, co. 2². Il Servizio, formalmente entrato in vigore dal 1° dicembre 2010, è divenuto operativo dal 1° gennaio 2011, al termine del trasferimento del personale dal Consiglio e dalla Commissione; il rapporto, pertanto, rende conto dell'attività del primo anno del Servizio e dei problemi da questo incontrati³. La questione

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre.

** Questo lavoro riprende e sviluppa la relazione tenuta al Convegno su "Trattato di Lisbona, Annual Review", svoltosi il 1° dicembre 2011 presso l'Università degli studi di Roma Tre.

¹ *Report by the High Representative to the European Parliament, the Council and the Commission*, 22 dicembre 2011, reperibile online.

² 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 231, 3 agosto 2010. L'art. 13, co. 2, prescrive: "L'alto rappresentante presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione una relazione sul funzionamento del SEAE entro la fine del 2011". Tale relazione, ai sensi dell'articolo sopraddetto, "riguarda, in particolare, l'attuazione dell'articolo 5, paragrafi 3 e 10, e dell'articolo 9", relativi rispettivamente all'organizzazione del Servizio e al riparto di competenze tra lo stesso e le direzioni generali della Commissione.

³ Nel *Report* l'Alto rappresentante (AR) ricostruisce inizialmente il difficile contesto internazionale, dovuto soprattutto alla negativa contingenza economica, che ha influito anche sull'operatività del Servizio, e alle crisi affrontate nell'anno precedente, sottolineando la necessità di garantire la coerenza dell'azione esterna e indicando come nuove aree di intervento "global financial regulation, climate change and Energy, security, migration and poverty reduction, non proliferation and disarmament, the fight against terrorism, and the promotion of human rights and democracy. These are all areas where the EEAS can promote the potential for the EU to add value through coherent use of all national and EU policy instruments, working closely with the Member States and Commission services" (par. 6): nello svolgimento del suo incarico, il SEAE dovrà operare in stretta collaborazione con il Parlamento europeo (paragrafi 7, 8). La seconda parte del *Re-*

appare di rilievo in quanto è previsto, nell'art. 13, co. 3, della decisione, un riesame da parte dell'Alto rappresentante dell'assetto attuale del SEAE da compiersi nel primo semestre del 2013, eventualmente corredato da proposte di modifica della decisione stessa, sulle quali il Consiglio dovrebbe pronunciarsi entro l'inizio del 2014⁴. Il documento in esame costituisce quindi un primo punto da cui muovere per una valutazione dell'efficienza del Servizio e della sua idoneità a rispondere alla richiesta di una maggiore coerenza, efficacia e visibilità dell'azione dell'Unione nelle relazioni internazionali, anche se, in realtà, l'analisi condotta dall'Alto rappresentante concerne soprattutto il lungo lavoro svolto per organizzare il Servizio nelle sue varie articolazioni anche all'estero e presenta un carattere che è stato definito "difensivo" dai primi commentatori⁵. È pertanto necessario analizzare anche, e in via prioritaria, i motivi sottesi alla costituzione del Servizio, il come questo sia stato realizzato, i problemi risolti e quelli tuttora aperti e che potrebbero richiedere una modifica della normativa vigente.

2. La riforma operata dal Trattato di Lisbona ha inciso profondamente sulla disciplina relativa all'attività esterna dell'Unione europea; si è mirato infatti a razionalizzarne e a renderne più incisiva l'opera nel campo delle relazioni internazionali e, soprattutto, a garantirne la coerenza. Questa esigenza, ampiamente condivisa, presupponeva, secondo i lavori del Gruppo VII, incaricato dalla Convenzione di studiare la questione⁶, l'attribuzione all'Unione della personalità

port concerne i risultati, soprattutto dal punto di vista quantitativo, ottenuti dal Servizio nello svolgimento delle varie funzioni attribuite dal TUE all'Alto rappresentante PESC/Vice presidente della Commissione (paragrafi 9,15), e i risultati raggiunti nel coordinare l'azione esterna, soffermandosi in particolare sul ruolo e le prospettive delle delegazioni dell'Unione (paragrafi 16-20), mentre le questioni attinenti al personale e al bilancio comprendono i paragrafi 21-37. Nell'ultima parte, composta di un solo paragrafo, sono elencate le future priorità: si dà conto del fatto che il SEAE è ancora all'inizio della propria attività, ma se ne sottolinea l'intento, sotto la guida dell'AR, di armonizzare l'azione esterna dell'Unione e degli Stati preparando studi e proposte strategiche, rafforzando il ruolo delle delegazioni, creando un senso di appartenenza al Servizio condiviso dalle tre componenti dello stesso e assicurando la collaborazione con la Commissione.

⁴ "Entro il primo semestre del 2013 l'alto rappresentante effettua un riesame dell'organizzazione e del funzionamento del SEAE, che riguarderà anche l'attuazione dell'articolo 6, paragrafi 6, 8 e 11. Il riesame è corredato, ove opportuno, di adeguate proposte di revisione della presente decisione. In tal caso, entro l'inizio del 2014, il Consiglio procede alla revisione della presente decisione alla luce del riesame, in conformità dell'articolo 27, paragrafo 3, TUE". L'art. 6 è relativo al personale; i commi 6, 8 e 11 concernono i criteri di assunzione del personale, le modalità di scelta del personale proveniente dal Segretariato generale del Consiglio, dalla Commissione e dai servizi diplomatici degli Stati membri, e il trattamento dei diplomatici nazionali tornati in servizio.

⁵ Su tale natura "difensiva" vedi ad esempio A. RETTMAN, *Ministers Identify Glitches in EU Diplomatic Service*, in *EUObserver* del 6 gennaio 2012, e M. WEITSCH, *The European External Action Service (EEAS) One Year On*, www.qceablog.wordpress.com, 16 gennaio 2012.

⁶ Il Gruppo sull'azione esterna ha presentato il suo rapporto il 16 dicembre 2002 (*Report from Working Group VII, External Action, Final Report, The European Convention, The Secretariat, CONV 459/02*), affermando che l'unificazione dell'azione esterna avrebbe permesso all'Unione di meglio "definire gli interessi comuni e concordare una strategia atta a difenderli" (p. 14). Sull'o-

internazionale (un solo soggetto) e il superamento della partizione in due “pilastri” dell'azione esterna⁷, che poteva costituire, e in effetti aveva costituito, oggetto di conflitti tra Consiglio e Commissione⁸ (fusione). Nel testo del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, tale obiettivo era stato perseguito in modo sufficientemente congruo⁹, disciplinando nel titolo V della parte terza l'intera azione esterna¹⁰; altrettanto non può dirsi del Trattato di Lisbona, in cui nel TUE¹¹ ci si limita a fissare l'ambito e i principi di tale azione e se ne demanda al Consiglio europeo la fissazione degli interessi e obiettivi strategici¹², per poi rinviare tutti gli aspetti diversi dalla PESC/PSDC¹³ alla parte quinta del TFUE¹⁴.

perato di tale Gruppo, vedi da ultimo S. DUKE, *The European External Action Service: Antidote against Incoherence?*, in *European Foreign Affairs Review*, 2012, p. 45 ss., p. 47.

⁷ Si intende con tale espressione l'intera azione che l'Unione conduce sulla scena internazionale e che risulta comprensiva sia della politica estera e di sicurezza comune (nonché della politica di difesa), disciplinata nell'art. 23 ss. TUE, sia delle politiche prima definite “relazioni esterne”, integrate dalle disposizioni sulle misure restrittive, sulle relazioni dell'UE con altre organizzazioni internazionali e sulla c.d. clausola di solidarietà, ora disciplinate nella parte V del TFUE, articoli 205-222.

⁸ Per tali sovrapposizioni vedi ad esempio R. BARATTA, *Overlaps between European Community Competence and European Union Foreign Policy Activity*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague-London-New York, 2002, p. 251 ss. La difficoltà di distinguere tra materie appartenenti al I o viceversa al II pilastro ha provocato anche conflitti interistituzionali, risolti dalla Corte in genere nel senso della riconducibilità della fattispecie al TCE; il caso forse più emblematico in proposito appare la controversia *Commissione c. Consiglio, Ecowas*, causa C-91/05, risolta con sentenza della Corte del 20 maggio 2008, *Raccolta*, p. I-3651 ss.

⁹ Sui limiti della “fusione” operata dalla Convenzione che ha preparato il progetto di Trattato costituzionale, vedi però E. CANNIZZARO, *Differenziazione e unitarietà nell'azione esterna dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 763 ss.; ID., *La fusione dei “Pilastri”: politica estera e politiche nazionali nel progetto di Costituzione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 1068 ss.

¹⁰ Nella parte prima erano stati inseriti tre articoli (I-41, I-42, I-43), relativi rispettivamente ai principi generali sulla PESC, sulla PSDC e sulla clausola di solidarietà; nella parte terza, nel titolo V intitolato “Azione esterna dell'Unione”, vi era un capo contenente le disposizioni di applicazione generale, e poi vari capi contenenti le norme relative alla PESC/PSDC, alla politica commerciale, alla cooperazione e aiuto umanitario, alle misure restrittive, agli accordi internazionali, alle relazioni dell'UE con le altre organizzazioni internazionali e all'attuazione della clausola di solidarietà. Tale sistema rendeva di immediata evidenza l'ambito unitario dell'azione esterna (cfr. le disposizioni di applicazione generale, relative ai principi comuni e al ruolo strategico del Consiglio europeo, articoli III-292 e III-293).

¹¹ Vedi il titolo V TUE, “Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune”.

¹² Vedi articoli 21 e 22.

¹³ I rimanenti articoli del titolo V TUE (23-46) concernono esclusivamente la PESC e la PSDC.

¹⁴ Nella parte quinta TFUE, relativa all'azione esterna, dopo un richiamo agli articoli 21-22 TUE, sono disciplinate la politica commerciale comune, la cooperazione e gli aiuti umanitari, le misure restrittive, gli accordi internazionali, le relazioni con le altre organizzazioni internazionali e la clausola di solidarietà, ricreandosi così una partizione, anche di immediata evidenza, tra le materie attinenti rispettivamente al II e al I pilastro. Le modifiche alla Costituzione europea apportate dal Trattato di Lisbona sembrano voler quasi “nascondere” la natura unitaria dell'azione ester-

Se sul piano della fusione del I e del II pilastro i risultati sembrano pertanto parziali, per cui tuttora si può distinguere tra una azione esterna condotta con metodo intergovernativo e una soggetta, invece, al metodo comunitario, per assicurare almeno un effettivo coordinamento di tale materia si è provveduto a riunire in una sola persona le competenze precedentemente affidate all'Alto rappresentante per la PESC e al Commissario per le relazioni esterne. Ai sensi dell'art. 18 TUE, infatti, l'Alto rappresentante per la PESC è anche Vicepresidente della Commissione¹⁵, “incaricato delle responsabilità che incombono a tale istituzione nel settore delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell'azione esterna dell'Unione”¹⁶. In luogo di un'unificazione sostanziale delle materie considerate, che implicava identità nella tipologia degli atti e nella procedura di adozione degli stessi e che risultava ancora inaccettabile per gli Stati, si è proceduto a un'unione personale del soggetto politico avente il ruolo di iniziativa e di attuazione, contando sul fatto che la sintesi sarebbe derivata “di fatto” dall'accentramento in una singola persona di funzioni diverse. Dovrebbero così essere più facilmente superate, tra l'altro, le precedenti incertezze nella qualificazione delle attività riconducibili alle varie politiche, che avevano caratterizzato il periodo precedente.

Tale nuovo organo dovrebbe quindi realizzare, attraverso il proprio operare concreto, quella più intensa armonizzazione tra i diversi profili dell'azione esterna che il Trattato di Lisbona persegue in via generale con l'art. 21 TUE, che, come accennato, pone i principi e gli obiettivi comuni a tutti gli aspetti di tale azione, e con l'art. 22 TUE, che individua nel Consiglio europeo l'organo di indirizzo incaricato di fissare le linee strategiche di tale azione. Sotto questo profilo, l'AR/VP costituisce una delle maggiori e più interessanti novità introdotte sotto il profilo istituzionale: dal modo, infatti, in cui saprà interpretare il proprio duplice ruolo dipenderà in larga parte l'attuazione di una vera e propria “azione esterna” dell'Unione. Si tratta certamente di un brillante esempio di ingegneria istituzionale: concentrare in un unico soggetto, sia il ruolo di organo di impulso e di attuazione della PESC/PSDC, che quello di direzione e coordinamento delle attività che, nel settore dell'azione esterna, fanno capo alla Commissione¹⁷, dovrebbe permettere di avere una visione più unitaria dell'intera

na, che pure risulta dagli articoli 21 e 22 TUE, disciplinandola in due Trattati separati, TUE e TFUE, e riproponendo quindi di fatto, se non di diritto, quel superamento che si dichiara invece perseguito, tra la PESC, avente un perdurante carattere intergovernativo, e le relazioni esterne. Su questo punto, vedi soprattutto J. C. PIRIS, *The Lisbon Treaty*, Cambridge, 2010, p. 122 ss.; U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 9 ss., e S. DUKE, *op. cit.*, p. 51 s.

¹⁵ Cfr. art. 18, commi 2 e 4.

¹⁶ Si è così accolta la soluzione del c.d. “doppio cappello”, che era stata vivamente sollecitata dal Gruppo VII e aveva trovato un largo consenso (vedi *Report*, cit., p. 5 ss. e soprattutto p. 18 ss.). Da ora si userà per definire tale organo l'espressione AR/VP.

¹⁷ Come si vedrà *infra*, questo coordinamento, che concerne l'operato degli altri Commissari competenti per altri aspetti dell'azione esterna, quali la politica di cooperazione allo sviluppo e l'aiuto umanitario, si presenta come uno dei compiti più complessi affidati al nuovo organo.

materia ed evitare discrepanze e sovrapposizioni di funzioni; ciò, a maggior ragione, in quanto l'AR/VP presiede anche il Consiglio Affari esteri¹⁸, potendo quindi in tale sede realizzare compiutamente un ruolo di raccordo e di mediazione tra i diversi interessi statali¹⁹, oltre che tra le due prospettive (intergovernativa e comunitaria) che possono trovarsi in contrasto. Sarà necessario, peraltro, verificare nell'operare concreto l'efficacia del sistema. Si corre infatti un doppio pericolo²⁰: o che l'AR/VP indossi in realtà sempre un unico cappello, privilegiando uno dei suoi due ruoli (intergovernativo o comunitario), e così non riesca a porsi come la sintesi auspicata tra le diverse esigenze e mentalità²¹, o che, indossando il doppio o triplice cappello²², sia affetto da una sorta di schizofrenia, assumendo personalità diverse a seconda delle istituzioni (Commissione e Consiglio dei ministri) in cui agisce, e soprattutto degli *input* dei servizi che ne supportano l'azione.

Proprio per evitare, o, almeno, limitare, questo pericolo, è stata prevista all'art. 27, par. 3, TUE la creazione di un Servizio europeo per l'azione esterna, composto da funzionari provenienti dalla Commissione, dal Consiglio e dai Ministeri degli esteri degli Stati membri che, sotto la direzione dell'AR/VP, dovrebbe garantire una maggiore coerenza ed efficacia di tale azione²³ e agevolare il ruolo dell'AR/VP stesso, riproducendo al proprio interno la sua "peculiare

¹⁸ Art. 18, co. 3, TUE.

¹⁹ Secondo G. GREVI, C. FRASER, *Toward an EU Foreign Service*, European Policy Centre, Paper 29, 2005, p. 15: "The minister and the new service should function as a catalyst for different national positions, facilitating the dialogue and providing a platform for building consensus inter common interests".

²⁰ Già durante i lavori del Gruppo, si era posto l'accento sulla capacità che deve possedere l'AR/VP di operare una sintesi efficace tra le sue varie funzioni.

²¹ Come noto, l'AR è nominato dal Consiglio europeo, che può anche revocarlo, e ciò ne evidenzia la natura intergovernativa, ma è al contempo Vicepresidente della Commissione, e in tale qualità è soggetto alle procedure che regolano il funzionamento di tale istituzione, purché compatibili con le sue altre funzioni. Pur essendosi cercato un equilibrio tra le due "anime", da tale ultima disposizione si può dedurre che l'aspetto intergovernativo sia tuttora prevalente.

²² In realtà il cappello diventa quadruplo, ove si voglia, come pare corretto, dividere ulteriormente tra le funzioni svolte dall'AR/VP come Commissario alle relazioni esterne e come Vicepresidente della Commissione incaricato del coordinamento dei vari aspetti facenti capo a quest'ultima dell'azione esterna. Cfr. in proposito P. S. CHRISTOFFERSEN, *The Creation of the European External Action Service*, in *A Man for All Treaties: Liber amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, 2012, p. 99.

²³ Su questa finalità, che ha costituito oggetto di numerosi studi, vedi soprattutto, per quanto qui interessa J. PAUL, *EU Foreign Policy After Lisbon. Will the New High Representative and the External Action Service Make a Difference?*, Center for Applied Policy Research (CAP), Research Group in European Affairs, n. 2, giugno 2008, p. 8 ss.; M. COMELLI, R. MATARAZZO, *La coerenza della politica estera europea alla prova: il nuovo Servizio europeo per l'azione esterna*, Istituto Affari internazionali, Documenti IAI n. 10/10, maggio 2010; M. CREMONA, *Coherence in the European Union Foreign Relations Law*, in P. KOUTRAKOS (ed.), *European Foreign Policy, Legal and Political Perspectives*, Northampton, 2011, p. 55 ss.; B. VAN VOOREN, *A Legal-Institutional Perspective on the European External Action Service*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 475 ss.; S. DUKE, *op. cit.*, p. 47 ss.

duplicità di funzioni e di appartenenza istituzionale”²⁴. Certo il battesimo del fuoco di tale organismo, che ha dovuto fronteggiare durante la scorsa estate la primavera araba e soprattutto la crisi libica, non può dirsi fortunato ma, come si vedrà di seguito, una delle sue debolezze intrinseche risiede proprio in una non risolta, o insufficiente, definizione delle competenze rispettivamente dell’AR e del VP per le relazioni esterne che riverbera sul Servizio stesso²⁵ e, ancora più a monte, in una carenza di capacità dell’Unione stessa di dotarsi di una linea di politica estera, di cui il Servizio per l’azione esterna dovrebbe essere il terminale operativo. Se di tale ultima carenza non si può che prendere atto, almeno per il momento, su altre questioni che incidono sull’efficienza del Servizio stesso possono essere svolte considerazioni critiche, alle quali si procederà dopo aver brevemente analizzato come quest’ultimo sia disciplinato.

3. La proposta di creare un servizio per l’azione esterna, o, comunque, una sorta di servizio diplomatico europeo, ha origini anteriori alla stessa Convenzione²⁶, ma è a partire dal rapporto finale del Gruppo VII per l’azione esterna che è emersa chiaramente la necessità che l’AR/VP fosse supportato da “one joint service”; infatti, la coerenza e l’efficacia del nuovo organo doveva essere garantita anche “at the level of services”, per evitare che nell’attuazione concreta delle sue decisioni si riproponevano tensioni e rivalità tra il Segretariato generale del Consiglio e le direzioni generali della Commissione²⁷. In sostanza, il “doppio cappello” sarebbe stato indossato non solo dall’AR/VP ma anche dai funzionari

²⁴ In questo senso, vedi C. CURTI GIALDINO, *La Costituzione europea*, Roma, 2005, p. 254.

²⁵ Infatti, come si vedrà di seguito, la decisione non stabilisce quali siano le funzioni del SEAE, ad eccezione della PESC/PSDC, ma le ricava *a contrario* rispetto a quelle che restano alla Commissione e al Consiglio: vedi l’art. 3, commi 1 e 2, della decisione del 26 luglio 2010: “1. Il SEAE assiste e lavora in cooperazione con i servizi diplomatici degli Stati membri, nonché con il segretariato generale del Consiglio e con i servizi della Commissione, al fine di assicurare la coerenza tra i vari settori dell’azione esterna dell’Unione e tra questi settori e le altre politiche. 2. Il SEAE e i servizi della Commissione si consultano su tutte le tematiche inerenti all’azione esterna dell’Unione nell’esercizio delle loro rispettive funzioni, ad eccezione delle tematiche contemplate dalla PSDC. Il SEAE partecipa ai lavori preparatori e alle procedure preparatorie relativi agli atti che la Commissione deve elaborare in questo settore”.

²⁶ Vedi, ad esempio, la risoluzione del Parlamento europeo sulla diplomazia comune europea, 5 settembre 2000, A5-210/2000, 2000/2006(INI), p. 29 ss. In tale risoluzione, e soprattutto nel rapporto allegato del relatore Galeote Quecedo, si affrontavano molti dei temi relativi alla formazione unitaria dei funzionari destinati ad occuparsi dell’attività esterna, al contributo dei servizi diplomatici nazionali, alla necessità di chiarire lo *status* giuridico delle delegazioni della Commissione che si ritrovano poi nella decisione del 26 luglio 2010. Su tale proposta e sui suoi possibili sviluppi, vedi anche SERVIZIO STUDI DEL SENATO, Dossier n. 19, *Servizio diplomatico europeo*, Senato della Repubblica, XVI legislatura, giugno 2008, p. 12 s.

²⁷ *Report from Working Group VII*, cit., p. 6. Vedi in proposito S. DUKE, *op. cit.*, p. 47 s. In realtà, problemi di coordinamento si ponevano anche all’interno della Commissione (dove si era prodotto un “*éclatement du traitement administratif des questions relatives aux relations extérieures*”) e del Segretariato del Consiglio, dove i *dossier* venivano divisi tra la direzione generale E (esteri) e le direzioni “affari politico-militari”. Vedi J. AUVRET-FINCK, *Les perspectives de l’Union européennes en matière d’action extérieure: le Haut Représentant et le service européen pour*

che lo assistevano²⁸. Tale posizione era stata accolta nell'art. III-296, par. 3, della c.d. Costituzione europea. Poiché la Dichiarazione n. 24 annessa al Trattato prevedeva che, subito dopo la firma di quest'ultimo, l'Alto rappresentante, la Commissione e gli Stati membri avrebbero dovuto iniziare i lavori per la creazione del Servizio, un primo rapporto congiunto fu presentato da Solana e Barroso al Consiglio europeo del giugno 2005²⁹. Si deve rilevare che della questione si occupò anche, il 15 marzo 2005, la Commissione Affari esteri del Parlamento europeo³⁰, benché, ai sensi del Trattato, la decisione relativa all'organizzazione e al funzionamento del futuro Servizio spettasse al Consiglio, su proposta dell'AR/VP, e il PE dovesse essere solamente consultato: tale interesse, infatti, era destinato a riproporsi con il successivo Trattato e ha costituito il presupposto per la richiesta e l'ottenimento di un ruolo molto più significativo e pregnante dell'organo assembleare.

Dopo essersi interrotto per la crisi susseguente ai *referendum* francese e olandese, l'*iter* per la costituzione del SEAE riprese con la firma del Trattato di Lisbona e con la Dichiarazione n. 15, riproduttivi delle corrispondenti disposizioni del Trattato costituzionale.

L'art. 27, par. 3, si limita ad indicare la composizione del nuovo Servizio³¹, attribuendogli, come compito, di assistere l'AR/VP nelle sue funzioni, e rinviando a una successiva decisione modalità organizzative e funzionamento³². Il complesso processo che, a partire dal 2008, ha condotto alla decisione del Consiglio del 26 luglio 2010³³, ha comportato un approfondito dibattito tra le istituzioni su una serie di problemi che travalicano il nuovo organo in quanto tale per toccare la coerenza dell'azione esterna e il ruolo che il Parlamento europeo può ritagliarsi in proposito³⁴.

l'action extérieure, in C. FLAESCH-MOUGIN (dir.), *La relance de l'Union européenne et la Présidence française*, Bruxelles, 2011, p. 43 ss., spec. p. 48.

²⁸ In tal senso P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 99, che ricorda i tentativi di dotare invece il Vicepresidente della Commissione dei servizi di quest'ultima, anziché del SEAE. Del resto, nei primi progetti di decisione relativi al nuovo Servizio, il ruolo da destinarli era molto ridotto, circoscritto sostanzialmente a coadiuvare l'AR/VP nelle sue funzioni relative alla PESC/PSDC (spec. p. 102 s.).

²⁹ *European External Action Service, Joint Progress Report to the European Council by the Secretary-General/High Representative and the Commission*, Council of European Union, 9956/05, Brussels, 9 giugno 2005. Per queste vicende, vedi soprattutto G. GREVI, C. FRASER, *op. cit.*, p. 5.

³⁰ *Ivi*.

³¹ Il Servizio è "composto da funzionari dei servizi competenti del segretariato generale del Consiglio e della Commissione e da personale distaccato dai servizi diplomatici nazionali".

³² Sottolineano tale aspetto M. COMELLI, R. MATARAZZO, *op. cit.*, p. 2, e S. KELLY, G. AVERY, *One Year On: Measuring the EEAS Success*, www.eu-review.com.

³³ Per un'approfondita analisi delle varie posizioni e del negoziato che ha portato alla decisione, cfr. P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 98 ss.

³⁴ Sul ruolo del PE, vedi *infra*, par. 4, lett. c); qui basti ricordare come già nel 2008, la direzione generale per le politiche interne, dipartimento per i diritti dei cittadini e gli affari costituzionali, del Parlamento europeo aveva chiesto due *expertise* sulle questioni che si ponevano in ordine all'istituzione del Servizio, ad A. HÉRITIER e a S. DUKE, che hanno presentato due *papers* rispet-

Innanzitutto, si è posto il problema della natura del Servizio. Le tesi proposte rispecchiavano una diversa visione non solo del SEAE, ma, soprattutto, del ruolo che nell'attuazione dell'azione esterna doveva essere attribuito alle varie istituzioni. Se Consiglio e Stati membri si erano, sin dall'inizio, orientati verso un organo *sui generis*³⁵, dotato di ampia autonomia finanziaria e della capacità giuridica necessaria per esercitare le proprie funzioni, la Commissione dapprima e poi, con maggiore insistenza, il Parlamento, intendevano invece riportare il Servizio nell'ambito della Commissione sia per gli aspetti amministrativi che per quelli di bilancio³⁶, facendone in pratica una sorta di ulteriore Direzione generale. Si sarebbe così realizzata la fusione, in senso comunitario, dell'azione esterna sempre perseguita dalla Commissione, che ne sarebbe divenuta la reale artefice, e dal Parlamento, i cui poteri di controllo su tale materia sarebbero cospicuamente aumentati. Su questo punto, dibattuto sin dal 2005, si può riscontrare un sostanziale successo del Consiglio e degli Stati³⁷; la decisione 2010/427/UE, infatti, riconosce pienamente l'autonomia funzionale sia dalla Commissione che dal Segretariato generale del Consiglio del SEAE, che viene sottoposto al comando diretto dell'AR/VP, ma senza chiarire del tutto, e forse volutamente, i problemi connessi alla sua natura e al suo ruolo³⁸.

In particolare, la decisione ha attribuito al Servizio la capacità legale necessaria per svolgere le sue funzioni e perseguire i suoi obiettivi, ma non,

tivamente su *Establishing a European External Action Service: Institutional Challenges and Possible Answers* e *The European External Action Service: Thinking through the Administrative Challenges* (PE 408.316 e 408.315).

³⁵ Cfr. il *Joint Progress Report*, cit., p. 4 s., e il rapporto sul SEAE presentato dalla Presidenza svedese e accolto dal Consiglio europeo del 29-30 ottobre 2009 ("The EEAS should have an organizational status reflecting and supporting its unique role and functions in the EU system. The EEAS should be a service of a *sui generis* nature separate from the Commission and the Council", *Presidency Report to the European Council on the "European External Action Service"*, par. 16, register.consilium.europa.eu). Sostengono che la scelta dell'espressione "sui generis" "was merely a reflection of earlier unresolved differences over the composition and affiliation of the Service that emerged from the Convention", S. DUKE, S. BLOCKMANS, *The Lisbon Treaty Stipulations on Development Cooperation and the Council Decision on 25 March 2010 (Draft) Establishing the Organisation and Functioning of the European External Action Service*, European Institute of Public Administration, Working Paper 2010/W/01, p. 5. L'espressione "sui generis" non è stata ripresa nella decisione 2010/427/UE, ma viene usata ampiamente dalla dottrina.

³⁶ Nel *Paper* dei deputati Brock e Verhofsstadt approvato dal PE il 6 aprile 2010 si parlava di un servizio che "in administrative, organisational and budgetary terms is linked to the Commission" (P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 106). Ancora più chiaramente, nel *Report on the institutional aspects of setting up the European External Action Service*, 2009/2133 (INI), si legge che il SEAE dovrebbe essere "incorporated into the Commission structure" (B. VAN VOOREN, *op. cit.*, p. 478).

³⁷ Per M. COMELLI, R. MATARAZZO, *op. cit.*, p. 5, gli Stati obiettarono che la collocazione del Servizio all'interno della Commissione non avrebbe tenuto in sufficiente considerazione le funzioni attribuite al Servizio per coadiuvare l'AR/VP nel suo ruolo di presidente del Consiglio Affari esteri e per attuare la PESC e soprattutto la PSDC. Per il ruolo giocato dagli Stati membri, e soprattutto dal Regno Unito, vedi anche P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 99.

³⁸ In tal senso, cfr. B. VAN VOOREN, *op. cit.*, p. 482 s.

almeno espressamente, la personalità. Da un punto di vista giuridico, tale capacità dovrebbe presupporre la personalità del SEAE, ma la maggior parte della dottrina sembra incline a non accogliere questa conclusione, ponendo in luce la differente terminologia adottata con riferimento alle agenzie, cui tale personalità è invece concessa³⁹, e assimilando sotto questo profilo la posizione del SEAE a quella dell'Unione prima del Trattato di Lisbona, in possesso dello *ius contrahendi* ma non della soggettività internazionale⁴⁰. Nel tentativo di ricostruire la natura giuridica del nuovo Servizio, una volta esclusa la natura di istituzione – cui talune espressioni relative al SEAE stesso nella decisione potrebbero far pensare⁴¹ – se ne sono sottolineate le analogie con le agenzie⁴²; oltre alla mancanza della personalità, induce peraltro ad escludere una tale assimilazione sia la sua ribadita natura organica che, soprattutto, la diretta subordinazione all'AR/VP⁴³. Il SEAE non può neppure essere considerato una mera articolazione amministrativa dell'AR/VP – come una direzione generale rispetto alla Commissione – proprio in ragione dell'art. 27, par. 3, TUE che lo distingue da quest'ultimo, e della capacità legale che la decisione gli attribuisce⁴⁴. Del resto, che il SEAE venga considerato una sorta di “ente” a sé, con competenze proprie, emerge chiaramente dalla decisione 2010/427/UE, che non solo ne stabilisce sede, composizione e disciplina finanziaria ma, all'art. 9, relativo agli strumenti per l'azione esterna e la programmazione, lo cita direttamente in contrapposizione alla Commissione: si distinguono infatti i

³⁹ L'art. 6 dell'azione comune del Consiglio 2004/551/PESC, del 12 luglio 2004, istitutiva dell'Agazia europea della difesa, stabilisce: “The Agency shall have the legal personality necessary to perform its functions and attain its objectives”; l'art. 1 della decisione 2010/427/UE prescrive invece che il Servizio “shall be a functionally autonomous body (...) with legal capacity necessary to perform its tasks and attain its objectives”.

⁴⁰ B. VAN VOOREN, *op. cit.*, p. 484 ss. Secondo tale autore, la mancata concessione della personalità giuridica al SEAE deriverebbe dall'intento di diminuirne la natura politica, pur mettendolo in grado di svolgere le sue funzioni di “offrire assistenza”.

⁴¹ Vedi ad esempio l'art. 8, par. 4, della decisione del 26 luglio 2010: “Conformemente all'articolo 314, paragrafo 1, TFUE, il SEAE elabora lo stato di previsione delle spese per l'esercizio finanziario successivo (...)”: l'art. 314, par. 1, riguarda infatti espressamente le “istituzioni”. La medesima disciplina di bilancio è però condivisa anche dal Comitato delle regioni e dall'*Ombudsman* (P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 106), a loro volta organi cui si è voluto dare una maggiore autonomia finanziaria, e non istituzioni. Del resto, che il SEAE non sia un'istituzione risulta univocamente dall'elenco di queste ultime contenuto nell'art. 13 TFUE e dal fatto che l'art. 27, par. 3, TUE, ne parla come di un servizio. Sarebbe quindi un errore la menzione, a proposito del SEAE, delle “altre istituzioni dell'Unione” cui le delegazioni dell'Unione dovrebbero prestare assistenza nei loro rapporti con soggetti terzi contenuta nell'art. 5, par. 7, della decisione.

⁴² J. PAUL, *op. cit.*, p. 26.

⁴³ Il 2° ‘considerando’ della decisione del 26 luglio definisce il SEAE “un organo dell'Unione che opera in autonomia funzionale sotto l'autorità dell'alto rappresentante”. Vedi, per un'ampia analisi di questa tematica, B. VAN VOOREN, *op. cit.*, p. 487 ss.

⁴⁴ *Ivi*, pp. 483 s. e 487 ss.: da tale capacità, dovrebbe discendere la possibilità di adottare atti imputabili al SEAE, probabilmente assoggettabili al sindacato da parte della Corte di giustizia (p. 493).

rispettivi ruoli di quest'ultima e del SEAE. L'organo quindi cui può essere avvicinato è forse il Segretariato generale del Consiglio – richiamato a sua volta espressamente dal Trattato con il compito di “assistere” il Consiglio europeo e il Consiglio⁴⁵ – anche se presenta importanti peculiarità rispetto al Segretariato, non ultima l'autonomia finanziaria dalle “altre” istituzioni. E proprio sui limiti e i caratteri di tale autonomia, sia rispetto al Consiglio⁴⁶ che alla Commissione⁴⁷ si è svolto un dibattito interistituzionale, di cui l'art. 1, co. 2, della decisione 2010/427/UE costituisce il risultato⁴⁸ e che appare, come sopra accennato, frutto più di un faticoso compromesso che di una scelta consapevole sui caratteri e sulle funzioni del nuovo organo.

Tale compromesso emerge ancor di più se si guarda, appunto, alle funzioni che al Servizio sono state attribuite dal Trattato e dalla decisione.

La prima questione che si era posta riguardava l'ambito delle competenze del SEAE, se cioè queste si dovessero limitare all'assistenza dell'AR nell'ambito della PESC/PSDC e, eventualmente, nel suo ruolo di Presidente del Consiglio Affari esteri, come sembrerebbe desumersi dal fatto che l'art. 27, par. 3, TUE, è posto nel capo II, titolo V, che tratta appunto dell'azione dell'AR in ambito PESC, o invece dovessero estendersi anche alla sua opera in quanto Vicepresidente della Commissione, così garantendo un servizio unitario a tutta l'azione esterna. Pur potendosi sottolineare che meglio sarebbe stato richiamare il SEAE nell'art. 18 TUE, in cui si parla in generale delle competenze dell'AR/VP, dopo qualche iniziale esitazione si è stabilito che il Servizio avrebbe prestato la sua opera nell'ambito più ampio, concorrendo quindi, e ciò ne spiega l'importanza, a garantire la coerenza dell'azione esterna nel senso sopra descritto, in luogo di essere una mera sorta di Segretariato dell'AR⁴⁹. Del resto questo ruolo “centrale” del SEAE viene confermato dall'art. 2, co. 2, della decisione 2010/427/UE, che gli affida anche il compito di coadiuvare “il Presidente del Consiglio europeo, il Presidente della

⁴⁵ Vedi gli articoli 235, par. 4. e 240, par. 2, TFUE. In tal senso, vedi B. VAN VOOREN, *op. cit.*, p. 483 s.

⁴⁶ Già nel progetto presentato dalla Presidenza svedese il Consiglio aveva rinunciato a inserire il bilancio del SEAE nel proprio, così sottraendolo al *gentleman's agreement* con il Parlamento sulla reciproca non interferenza sui rispettivi bilanci. Anche per questo motivo, nel progetto il SEAE sarebbe stato definito un organo *sui generis*.

⁴⁷ Il SEAE ha un bilancio solo parzialmente autonomo rispetto alla Commissione: infatti, nell'elaborazione della previsione di spesa l'AR/VP dovrà consultarsi con i Commissari allo sviluppo e alla politica di vicinato, inoltre, alla Commissione spetta l'esecuzione del bilancio del SEAE, che è sottoposto alle normali procedure di scarico (art. 8, co. 3 ss.).

⁴⁸ Cfr. art. 1, co. 2: “Il SEAE, che ha sede a Bruxelles, è un organo dell'Unione europea che opera in autonomia funzionale, distintamente dal segretariato generale del Consiglio e dalla Commissione e dispone della capacità giuridica necessaria all'adempimento dei suoi compiti e al conseguimento dei suoi obiettivi”.

⁴⁹ In realtà, nei primi progetti di decisione relativi al nuovo Servizio, il ruolo da destinarli era molto ridotto, e circoscritto sostanzialmente a coadiuvare l'AR/VP nelle sue funzioni relative alla PESC/PSDC (cfr. P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 102 s.). Sulla scelta di allargare all'intera azione esterna il ruolo del SEAE, vedi anche *infra*, par. 4, lett. a).

Commissione e la Commissione nell'esercizio delle loro rispettive funzioni nel settore delle relazioni esterne"⁵⁰.

Compito principale del SEAE è dunque assistere l'AR/VP nello svolgimento del suo triplice mandato di guida della PESC, di Vicepresidente della Commissione per le relazioni esterne e di Presidente stabile del Consiglio Affari esteri: non deve infatti essere trascurato il non indifferente ruolo svolto dal SEAE che deve sopperire alla mancanza dell'aiuto che gli altri Ministri (e le presidenze) ricevono dai propri Ministeri degli esteri. A ciò si aggiunge una continua opera di collaborazione e consultazione con i servizi diplomatici degli Stati membri, il Segretariato generale del Consiglio e la Commissione per coordinare i vari aspetti dell'azione esterna dell'Unione. Il numero e la complessità delle funzioni che gli sono attribuite giustificano il tempo che è stato necessario per organizzare e rendere operativo il SEAE, come risulta dall'organigramma pubblicato sul sito del Servizio⁵¹.

All'obbligo "positivo" di assistere l'AR/VP si aggiunge, peraltro, per il SEAE, quello "negativo" di rispettare le "funzioni ordinarie" dei servizi della Commissione e del Segretariato del Consiglio⁵²; questo limite, la cui definizione è rinviata all'esperienza pratica, costituisce uno dei maggiori problemi al funzionamento del Servizio, di cui ci si verrà ad occupare.

4. a) il riparto di competenze tra il SEAE e la Commissione. L'istituzione dell'AR/VP non ha, in realtà, risolto, quanto, piuttosto, mascherato, il problema del riparto delle competenze nell'ambito dell'azione esterna, che aveva dato adito a importanti pronunce della Corte di giustizia e a una sorta di guerra di logoramento tra una Commissione intenta ad attrarre nell'ambito delle relazioni esterne quante più materie possibili e gli Stati che cercavano di tutelare le proprie residue competenze in politica estera.

La questione si è puntualmente ripresentata all'atto di costituire il Servizio, le cui competenze, come si è visto, dipendono da quelle dell'AR/VP: se per quanto riguarda PESC e PSDC, quindi, i problemi sono stati in sostanza limitati, concernendo essenzialmente le strutture militari e l'eventuale autonomia da rico-

⁵⁰ Se il SEAE dovesse divenire un interlocutore fisso di tali organi, specie del Presidente del Consiglio, cui l'art. 15, co. 6, conferisce il compito di assicurare la rappresentanza esterna dell'Unione, fornendo proposte e indicazioni, la sua importanza crescerebbe sicuramente. Si porrebbero, però, probabilmente, problemi di coordinamento con il ruolo dell'AR/VP: del resto, il riparto di competenze in materia di rappresentanza esterna tra il Presidente del Consiglio e l'AR rimane tuttora indefinita.

⁵¹ Si veda l'ultima rappresentazione grafica, elaborata il 1° maggio 2012. È impossibile rendere anche brevemente conto dell'organizzazione del servizio: per limitarsi alle posizioni apicali, previste dalla decisione 2012/427/UE all'art. 4, commi 1 e 2, l'AR/VP è assistito da un segretario generale esecutivo (il francese P. Vimont) e da due vicesegretari generali, incaricati rispettivamente degli affari amministrativi (la tedesca H. Schmid) e dell'elaborazione della PESC (il polacco M. Popowski). Sono stati costituiti sei dipartimenti, cinque aventi carattere geografico e uno tematico, riguardante gli affari globali e multilaterali.

⁵² Cfr. art. 2, co. 1, secondo e terzo trattino.

noscere loro nell'organigramma e nel funzionamento del SEAE⁵³, il dibattito si è incentrato sulla delimitazione tra le funzioni dei servizi della Commissione e del SEAE stesso.

Il dato normativo da cui partire, l'art. 18, co. 4, TUE, stabilisce che, in qualità di Vicepresidente della Commissione, l'Alto rappresentante “vigila sulla coerenza dell'azione esterna dell'Unione” e, in seno alla Commissione, è “incaricato delle responsabilità che incombono a tale istituzione nel settore delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell'azione esterna dell'Unione”. Vanno quindi distinte le competenze che all'AR/VP spettano direttamente, le c.d. relazioni esterne, da quelle di coordinamento degli altri Commissari coinvolti, a maggiore o minore titolo, nell'azione esterna, che mantengono le proprie direzioni generali. In realtà, già dai tempi della Commissione Prodi era stato istituito un meccanismo di coordinamento tra tali Commissari⁵⁴: l'art. 18, co. 4, formalizza quindi una pratica già seguita, riconducendola alla più generale esigenza di coordinare l'azione esterna dell'Unione. La questione, peraltro, era individuare l'ambito delle relazioni esterne⁵⁵ rispetto ad altri settori che presentano innegabili aspetti di propinquità, come la politica di assistenza allo sviluppo, l'azione umanitaria, lo sviluppo dei diritti dell'uomo, per non parlare della politica commerciale comune o degli aspetti “esterni” delle politiche ambientali o energetiche.

Proprio con riferimento alla creazione del SEAE, e, soprattutto, all'individuazione del personale della Commissione che doveva essergli attribuito, vi è stato uno scontro rilevante tra il Consiglio, che aveva presentato un progetto di decisione volto ad ampliare la nozione di relazioni esterne, e la Commissione⁵⁶. La questione riguardava essenzialmente la cooperazione allo sviluppo in quanto, sin dall'inizio, la politica commerciale era stata esclusa dall'ambito di operatività del Servizio⁵⁷; dietro a una diatriba condotta anche in via dottrinale sulla natura della politica di cooperazione allo sviluppo⁵⁸ e sulla sua riconducibilità alle finalità generali dell'Unione o, piuttosto, alla sua politica estera, si celava il

⁵³ Cfr. A. HÉRITIER, *op. cit.*, p. 6 ss.

⁵⁴ Era stato infatti istituito, in seno alla Commissione, un c.d. “Relex Group”, composto dai Commissari per le relazioni esterne, la politica di vicinato e di allargamento, la politica di aiuto allo sviluppo e commerciale. Tale Gruppo, presieduto durante la Commissione Prodi dal Commissario Patten, è stato successivamente presieduto dallo stesso Barroso, sino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (J. PAUL, *op. cit.*, p. 9).

⁵⁵ L'espressione “relazioni esterne” non è di facile definizione: per brevità si può dire che essa copre gli aspetti più politici dell'azione esterna della Commissione, in sostanza le materie in precedenza affidate alla Direzione generale RELEX. In questo senso, J. PAUL, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁶ Sui rispettivi vantaggi e svantaggi di una composizione minimalista o massimalista del SEAE cfr. J. PAUL, *op. cit.*, p. 24 s., e S. DUKE, *The European External Action Service: Thinking*, cit., p. 6 ss.

⁵⁷ P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁸ Cfr. S. DUKE, S. BLOCKMANS, *op. cit.*, a favore dell'inserzione della cooperazione allo sviluppo tra le competenze del SEAE; *contra*, M. VAN REISEN, *Note on Legality of Inclusion of Aspects of EU Development Cooperation and Humanitaria Assistance in the European External Action Service (EEAS)*, Brussels, Europe Policy Advisors, 5 marzo 2010.

problema di chi dovesse stabilire le linee strategiche dei programmi⁵⁹ e gestire i cospicui fondi relativi⁶⁰.

Il compromesso alla fine raggiunto⁶¹, che è stato oggetto di un lungo articolo della decisione⁶², premia sicuramente la Commissione, cui rimane la compe-

⁵⁹ Cfr. ad esempio F. MAURI, G. GYA, *The Setting Up of the European External Action Service (EEAS): Laying the Basis for a More Coherent EU Foreign Policy?*, in *European Security Review*, 2009, n. 47, p. 5. Secondo tali autori, la pretesa di lasciare tale materia in via esclusiva alla Commissione non teneva conto della rilevanza, ai fini di una credibile politica estera, anche di strategie a lungo termine di necessità di cooperazione allo sviluppo, e si poneva quindi la necessità almeno di assicurare “tiger cooperation channels between the diplomatic service and Commission DG”.

⁶⁰ Soprattutto European Development Fund (EDF), Development and Cooperation Instrument (DCI), European Neighbourhood Policy Instrument (ENPI). Su questo tema, vedi J. PAUL, *op. cit.*, p. 29 s.; S. DUKE, S. BLOCKMANS, *op. cit.*, p. 8 s., e S. DUKE, *The European External Action Service: Antidote*, cit., p. 54 s.

⁶¹ In un primo momento, il compromesso raggiunto tra l'AR/VP e il Commissario alla cooperazione era favorevole al SEAE, cui spettava in pratica la “programmazione” degli interventi. A seguito delle pressioni del Parlamento, al Commissario competente fu restituita la “responsabilità” anziché la “supervisione” della programmazione (P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 109 s.). Sulla non sempre facile distinzione tra elaborazione delle linee strategiche e loro realizzazione, vedi ad esempio M. COMELLI, R. MATARAZZO, *op. cit.*, p. 6 s., e S. DUKE, *The European External Action Service: Antidote*, cit., p. 55 s. Si può dire al SEAE compete il coordinamento globale e la responsabilità di elaborare le decisioni della Commissione relative alle lettere i), ii) e iii) dell'art. 9, co. 3, su cui vedi *infra* nota seguente.

⁶² Cfr. l'art. 9 (Strumenti dell'azione esterna e programmazione), soprattutto i primi tre commi: “1. La gestione dei programmi di cooperazione esterna dell'Unione è di competenza della Commissione, fatti salvi i rispettivi ruoli della Commissione e del SEAE nella programmazione descritti ai paragrafi seguenti.

2. L'alto rappresentante assicura il coordinamento politico globale dell'azione esterna dell'Unione, garantendone l'unità, la coerenza e l'efficacia, in particolare attraverso i seguenti strumenti di assistenza esterna:

- lo strumento di cooperazione allo sviluppo,
- il fondo europeo di sviluppo,
- lo strumento europeo per la democrazia e i diritti umani,
- lo strumento europeo di vicinato e partenariato,
- lo strumento per la cooperazione con i paesi industrializzati,
- lo strumento per la cooperazione in materia di sicurezza nucleare,
- lo strumento per la stabilità, riguardante l'assistenza prevista dall'articolo 4 del regolamento (CE) n. 1717/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio.

3. In particolare, il SEAE contribuisce al ciclo di programmazione e gestione degli strumenti di cui al paragrafo 2 in funzione delle finalità politiche indicate in tali strumenti. Esso è responsabile della preparazione delle seguenti decisioni della Commissione inerenti alle tappe strategiche e pluriennali nell'ambito del ciclo di programmazione:

- i) assegnazione di fondi ai Paesi per stabilire la dotazione finanziaria globale di ciascuna regione, fatta salva la ripartizione indicativa del quadro finanziario pluriennale. All'interno di ciascuna regione una parte del finanziamento sarà riservata ai programmi regionali;
- ii) documenti di strategia nazionale e regionale;
- iii) programmi indicativi nazionali e regionali.

In conformità dell'articolo 3, l'alto rappresentante e il SEAE lavorano con i pertinenti membri e servizi della Commissione nell'intero ciclo di programmazione, pianificazione ed attuazione degli strumenti di cui al paragrafo 2, fatto salvo l'articolo 1, paragrafo 3. Tutte le proposte di decisione

tenza generale sulla materia e, in particolare, l'attuazione dei programmi; all'AR/VP competono comunque il coordinamento politico globale e l'individuazione delle linee strategiche. Come indicato nel 4° 'considerando', si possono individuare due diversi momenti: uno in cui il SEAE verifica la congruità dei programmi "con gli obiettivi dell'azione esterna stabiliti dall'articolo 21 TUE, in particolare al paragrafo 2, lettera d)", e con gli obiettivi della "politica di sviluppo dell'Unione a norma dell'articolo 208 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea"⁶³, e l'altro in cui la materia resta competenza della Commissione stessa e in particolare della direzione sviluppo. Da un punto di vista pratico, il coordinamento è stato facilitato dal trasferimento al Servizio di una parte della direzione generale sviluppo stessa⁶⁴.

Più in generale, il riparto di competenze tra la Commissione e il SEAE non appare definitivo. L'ambito della competenza diretta attribuita dal Trattato all'AR/VP nell'ambito della Commissione, le relazioni esterne, infatti, non è stato stabilito univocamente ma è determinato in larga parte dalle funzioni degli uffici trasferiti al SEAE: tale abbassamento del livello del conflitto dal piano istituzionale a quello operativo permette quindi aggiustamenti del risultato raggiunto dalla decisione, derivanti anche da una continua collaborazione e consultazione tra i vari uffici e dal modo con cui questi svolgono la propria opera. Risulta pertanto essenziale il coordinamento tra i vari aspetti dell'azione esterna, condotto dall'AR/VP in seno alla Commissione, mediando tra le competenze – tuttora rilevanti – delle varie direzioni generali della Commissione e il proprio Servizio e cercando una sintesi tra le esigenze diverse derivanti dal permanere nelle prime di una logica "comunitaria" e dall'ispirarsi alla più vasta visione "politica" indicata dall'art. 21 TUE da parte del secondo.

Del resto, sin dall'inizio della nuova Commissione il Presidente Barroso aveva dato indicazioni della volontà di mantenere a quest'ultima le sue tradizionali competenze rispetto all'azione esterna⁶⁵, con la nomina di tre Commissari rispettivamente per la politica di vicinato e l'allargamento, per lo sviluppo, con speciali responsabilità per i Paesi ACP, e per la cooperazione internazionale, l'aiuto umanitario e la risposta alle crisi⁶⁶. Le relative direzioni generali sono

saranno elaborate secondo le procedure della Commissione e saranno sottoposte alla Commissione per adozione".

⁶³ Sempre secondo il 'considerando' citato, "in tale contesto, il SEAE dovrebbe altresì promuovere il conseguimento degli obiettivi del consenso europeo in materia di sviluppo e del consenso europeo sull'aiuto umanitario".

⁶⁴ Il 40% del personale della direzione generale sviluppo è stato infatti trasferito al SEAE (P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 109).

⁶⁵ Vedi S. LEHNE, *More Action, Better Service, How to Strengthen the European External Action Service*, Carnegie Endowment for International Peace, 2011, p. 8, e M. KLUTH, J. PILEGAARD, *The Making of the EU's External Action Service: A Neorealist Interpretation*, in *European Foreign Affairs Review*, 2012, p. 303 ss., p. 308 s.

⁶⁶ P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 101. Tali Commissari avrebbero dovuto lavorare "in close cooperation with the High Representative/Vice-President in accordance with the Treaties" (S. DUKE, *The European External Action Service: Antidote*, cit., p. 52 s.). Inoltre, nell'aprile del 2010,

pertanto rimaste e anzi se ne sono create di nuove⁶⁷, anche se parte del relativo personale è stato trasferito al SEAE. La possibilità che sorga un conflitto volto a delimitare le rispettive competenze non è quindi da escludersi, come sopra accennato, ed è proprio per diminuirne la probabilità che la decisione 2010/427/UE ha previsto una consultazione continua tra il SEAE e i servizi della Commissione su tutte le tematiche inerenti all'azione esterna dell'Unione nell'esercizio delle loro rispettive funzioni, ad eccezione di quelle relative alla PSDC⁶⁸.

Un ulteriore aspetto merita di essere qui richiamato, e cioè la difficoltà per l'AR/VP di coordinare effettivamente l'operato degli altri Commissari, funzione questa che gli è attribuita dall'art. 18 TUE⁶⁹. La sua natura di *primus inter pares*⁷⁰, infatti, non gli garantisce strumenti di "coazione" se non quelli derivanti dalla sua capacità di convinzione e dalla maggiore e superiore competenza a cogliere i vari aspetti dell'azione esterna che gli derivano dal suo ruolo⁷¹; anche qui, peraltro, si deve tenere conto sia di possibili conflitti di interessi, sia di una interpretazione dei problemi nei vari Commissari diversa rispetto a quella di un organo che, proprio in quanto, "misto", viene percepito se non come ostile almeno come atipico all'interno del collegio. A ciò si aggiunge la difficoltà, per l'AR/VP di partecipare assiduamente ai lavori della Commissione, date le sue numerose, diverse, funzioni istituzionali⁷². Questo problema, che si riscontra, seppure in misura minore, per la presidenza del Consiglio Affari esteri, di solito demandata al Ministro dello Stato che detiene la presidenza di turno, è di diffi-

seguendo la prassi precedente (nota 54) è stato costituito un Gruppo di Commissari per l'azione esterna, presieduto dall'AR/VP, di cui fanno parte, oltre a quelli indicati, anche il Commissario per il commercio e quello per l'economia e gli affari monetari.

⁶⁷ Va in particolare segnalata la creazione di una nuova direzione generale per l'energia e il clima, che ha comportato lo spostamento di diversi funzionari esperti in materia dalla direzione relazioni esterne a tale nuovo organo, privando così il futuro SEAE di personale competente in uno dei settori più importanti delle relazioni internazionali. Si è così ampliato "the gap between foreign policy in a narrow sense and Community competencies (...). The EU finds it even more difficult than before to integrate the various components into a coherent strategy" (S. LEHNE, *op. cit.*, p. 9).

⁶⁸ Art. 3, co. 2, che aggiunge: "Il SEAE partecipa ai lavori preparatori e alle procedure preparatorie relativi agli atti che la Commissione deve elaborare in questo settore". Sulla concreta possibilità che nascano comunque conflitti, vedi B. VAN VOOREN, *op. cit.*, p. 497 s.

⁶⁹ Nel senso che il ruolo attribuito all'AR/VP possa contribuire a "gerarchizzare" la Commissione cfr. S. DUKE, S. BLOCKMANS, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁰ In realtà, non è chiaro come operi questo coordinamento. Per A. MISSIROLI, *La marcia a tappe verso il servizio diplomatico europeo*, in *Affari internazionali*, 25 gennaio 2010: "Il termine 'coordinamento' è un piccolo *escamotage* giuridico che cerca di conciliare due norme potenzialmente contraddittorie contenute nei nuovi trattati: l'eguaglianza formale fra i commissari (con l'eccezione del presidente) e la posizione ibrida dell'AR/VP, in realtà sovra-ordinata a quella degli altri 25 membri del collegio Barroso-II. Resta da vedere come tutto ciò funzionerà in pratica: come osservò tempo fa Chris Patten – incaricato dall'allora Presidente Prodi di presiedere il gruppo di commissari del settore relazioni esterne – tutti amano il coordinamento, ma nessuno ama essere coordinato".

⁷¹ Per tali problemi di coordinamento, cfr. J. AUVRET-FINCK, *op. cit.*, p. 58 ss.

⁷² Cfr. in proposito S. LEHNE, *op. cit.*, p. 3 s.

cile soluzione, attesa l'inesistenza di un sostituto o vice⁷³: la possibilità, di volta in volta, di delegare le proprie funzioni, anche di coordinamento, a un membro del proprio staff, infatti, potrebbe provocare la suscettibilità dei Commissari, mentre la delega, specie se sistematica, del proprio ruolo a un Commissario potrebbe finire o per diminuire la percezione del particolare ruolo dell'AR/VP o per addossarlo, di fatto, ad altri, così tornando a un coordinamento simile a quello prevalente.

b) la composizione del Servizio e il ruolo dei diplomatici nazionali. La composizione del SEAE è fissata direttamente dall'art. 27, par. 3, TUE: ne fanno parte funzionari dei servizi competenti della Commissione e del Segretariato generale del Consiglio, e membri distaccati dai servizi diplomatici nazionali, nominati agenti temporanei. Per esigenze di bilancio, è stato stabilito che il nuovo Servizio, almeno nei primi anni, fosse a costo zero⁷⁴: di conseguenza, non si sarebbe potuto procedere a nuove assunzioni ma si dovevano utilizzare solo funzionari trasferiti da altri servizi e diplomatici nazionali, con una limitata percentuale di esperti nazionali distaccati (END)⁷⁵, mantenendo ovviamente la funzionalità dei servizi e direzioni generali di appartenenza. Ciò ha fatto sì che, dal punto di vista numerico, a fronte di previsioni iniziali di quasi 9000 funzionari, il SEAE se ne sia visti attribuire inizialmente poco più di mille e seicento⁷⁶; contemporaneamente, la Commissione si è vista sottrarre l'intera direzione generale relazioni esterne e diversi settori di altre direzioni generali, mentre il Segretariato generale del Consiglio è stato sostanzialmente svuotato⁷⁷.

⁷³ Sottolineano l'importanza della questione A. HÉRITIER, *op. cit.*, p. 9, e P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 132. L'opportunità di creare due aggiunti che coadiuvino l'AR/VP (uno per le questioni PESC e l'altro per la sua funzione di Commissario) era stata inutilmente sottolineata dal Gruppo VII (vedi *Final Report*, cit., p. 22); la creazione di due sostituti "per materia" tenderebbe però ad evidenziare ancor di più la partizione dell'azione esterna tra aspetti intergovernativi e comunitari.

⁷⁴ Secondo il 15° 'considerando' della decisione 2010/427/UE: "L'istituzione del SEAE dovrebbe essere improntata al principio dell'efficacia in termini di costi e mirare alla neutralità di bilancio. A tal fine, sarà necessario ricorrere a regimi transitori e ad un aumento graduale delle capacità. Dovrebbero essere evitate inutili duplicazioni dei compiti, delle funzioni e delle risorse con altre strutture. Dovrebbero essere sfruttate tutte le possibilità di razionalizzazione". La non incidenza del SEAE sul bilancio comunitario e era già stata prevista nel progetto della Presidenza svedese, che affermava il principio di "cost-efficiency aiming toward budget neutrality".

⁷⁵ Cfr. art. 6. Su questo punto, per le varie posizioni e i problemi sollevati durante i negoziati, vedi P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 110 ss. e p. 127 ss.

⁷⁶ In totale, il SEAE era composto all'inizio del 2011 da 1643 persone, di cui 411 provenienti dal Consiglio e 485 dalla direzione generale Relex della Commissione con sede a Bruxelles; il personale delle delegazioni, facente capo sempre a tale direzione ammontava a 436 funzionari: cfr. *A New Step in the Setting-up of the EEAS, Transfer of Staff on 1 January 2011*, Doc. IP/10/1769 del 21 dicembre 2010, reperibile *online* sul sito del SEAE.

⁷⁷ Sono state infatti trasferite sia la direzione E, competente per la PESC, che la Policy Planning and Early Unit, "the Crisis Management and Planning Directorate, the Civilian Planning and Conduct Capability and the EU military Staff", e "the Situation Centre"; cfr. F. MAURI, G. GYA, *op. cit.*, p. 2.

Anche a questo proposito, non sono mancate polemiche in ordine al peso eccessivo che il personale proveniente dalla Commissione, di gran lunga più numeroso rispetto a quello del Segretariato generale⁷⁸, avrebbe assunto nella compagine del SEAE, con le conseguenti ricadute in ordine alla “percezione” del Servizio come una sorta di propaggine di quest’ultima⁷⁹. Dal punto di vista del riparto di competenze tra SEAE e Commissione, comunque, i problemi maggiori si sono posti in ordine alla composizione e al funzionamento delle delegazioni dell’Unione, destinate a succedere a quelle della Commissione CE⁸⁰. Secondo l’art. 5 della decisione 2010/427/UE, infatti, tali delegazioni sono dirette da un capodelegazione che riceve istruzioni dall’Alto rappresentante e dal SEAE, ed è responsabile della loro esecuzione⁸¹. Il personale delle delegazioni, peraltro, può comprendere, oltre ai membri del personale del SEAE, membri del personale della Commissione, ove ciò risulti opportuno ai fini dell’esecuzione del bilancio dell’Unione e dell’attuazione di politiche dell’Unione che esulano dal mandato del SEAE (co. 2, 2 cpv.): in questi casi, essi agiscono secondo le istruzioni impartite dalla Commissione, cui è data esecuzione sotto la responsabilità generale del capodelegazione (co. 3). Considerando la rilevanza delle politiche attinenti all’azione esterna rimaste di competenza della Commissione, come la politica commerciale, di aiuto allo sviluppo, umanitaria⁸², è evidente che un mancato coordinamento tra le istruzioni ricevute dalle competenti Direzioni generali e quelle impartite al capodelegazione dall’AR/VP può essere causa di attriti e contrasti⁸³; anche in questo caso, la soluzione non è predeterminata, ma si trova nello spirito di collaborazione tra i vari soggetti.

⁷⁸ Si vedano i dati riportati alla nota 76. Secondo il membro del Parlamento europeo Gualtieri, la percentuale del personale della Commissione nel SEAE dovrebbe raggiungere almeno il 50%, anche a regime (*Interparliamentary Committee Meeting on the “European External Action Service”*, 2 giugno 2009, in *European Security Review*, June 2010, www.isis-europe.org, p. 3).

⁷⁹ Vedi A. HÉRITIER, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁰ Le delegazioni della Commissione si sono moltiplicate negli anni, raggiungendo il numero di 136. Ai sensi dell’art. 221 TFUE, esse dovevano trasformarsi in delegazioni dell’Unione presso gli Stati terzi e le organizzazioni internazionali. Il processo è iniziato al principio del 2010 ed è terminato il 1° gennaio 2011, quando il Servizio è entrato definitivamente in funzione. Agiscono in stretta cooperazione con le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri (art. 221, par. 2), esercitando il ruolo precedentemente svolto dalla rappresentanza del Paese esercitante la Presidenza di turno.

⁸¹ Art. 5, par. 2: “Ciascuna delegazione dell’Unione è posta sotto l’autorità di un capodelegazione. Il capodelegazione esercita l’autorità su tutto il personale della delegazione, a prescindere dalla sua condizione giuridica, e su tutte le sue attività. Il capodelegazione risponde all’alto rappresentante della gestione complessiva dei lavori della delegazione e del coordinamento di tutte le azioni dell’Unione. Il personale delle delegazioni comprende membri del personale del SEAE e, ove opportuno ai fini dell’esecuzione del bilancio dell’Unione e dell’attuazione di politiche dell’Unione che esulano dal mandato del SEAE, membri del personale della Commissione”.

⁸² Altra competenza svolta dalle delegazioni è, infatti, guidare le attività di emergenza che necessitano di un coordinamento, come nei casi di grandi sconvolgimenti naturali (vedi Haiti).

⁸³ Su queste tematiche e sulle proposte avanzate per superare eventuali discrepanze tra le istruzioni provenienti dalla Commissione e dal capodelegazione, cfr. P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 124 ss. Parla di un sostanziale insuccesso nel costruire una “comprehensive vision of the EU” bila-

Possono essere rilevate altre due questioni.

La prima concerne il ruolo delle delegazioni: la possibilità per il SEAE di evolvere in una sorta di vera diplomazia europea⁸⁴, capace di prendere in tutto o in parte il posto di quelle nazionali, sebbene auspicata dai Paesi più piccoli – i cui Ministeri degli esteri hanno risorse umane limitate e che si sarebbero visti sollevare da un rilevante peso economico da un ampio trasferimento di competenze – era osteggiata dagli Stati più importanti, e in particolare dal Regno Unito⁸⁵. Si spiega quindi l'adozione da parte della Conferenza intergovernativa, il 13 dicembre 2007, di due Dichiarazioni (n. 13 e 14) sulla politica estera e di sicurezza comune, in cui si sottolinea che l'istituzione dell'AR/VP e del SEAE avrebbe lasciato impregiudicate sia le esistenti competenze in materia degli Stati membri e, in particolare, “la formulazione e la conduzione della propria politica estera, il proprio servizio diplomatico nazionale, le relazioni con i Paesi terzi e la partecipazione alle organizzazioni internazionali, compresa l'appartenenza di uno Stato membro del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite” (Dichiarazione n. 14)⁸⁶. Tali preoccupazioni spiegano perché, sinora, alle delegazioni dell'Unione non siano state affidate competenze dirette relative alla tutela consolare e diplomatica dei cittadini europei che si trovino in uno Stato terzo in cui il proprio Paese non sia rappresentato, come invece sembrerebbe ovvio e opportuno, soprattutto in quegli Stati “periferici” e di relativa importanza strategica o economica in cui spesso i Paesi europei non hanno rappresentanze⁸⁷; ai sensi dell'art. 5 della decisione del 26 luglio, infatti, esse possono agire solo su richiesta degli Stati membri⁸⁸.

teral relationships that brings together community and intergovernmental elements” nelle delegazioni S. LEHNE, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁴ Per un'attenta analisi del SEAE come “first sovranational diplomatic service” vedi M. DAVIS CROSS, *Building a European Diplomacy: Recruitment and Training to the EEAS*, in *European Foreign Affairs Review*, 2011, p. 447 ss.

⁸⁵ Cfr. in proposito, tra gli altri, M. COMELLI, R. MATARAZZO, *op. cit.*, p. 4, e le considerazioni contenute nel *dossier sul Servizio diplomatico europeo* del Senato della Repubblica, cit., p. 15 s.

⁸⁶ La natura di “caveat in difesa delle prerogative statali” di tali Dichiarazioni, è stata sottolineata da R. CANGELOSI, N. VEROLA, *La politica estera e di sicurezza dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, p. 523 s.; e S. DUKE, *The European External Action Service: Thinking*, cit., p. 13. Secondo il medesimo autore, *The European External Action Service: Antidote*, cit., p. 49 s., tali dichiarazioni sono state ispirate dal Regno Unito.

⁸⁷ La richiesta di un ruolo più incisivo in materia era stata avanzata dal Parlamento nella sua risoluzione del 22 ottobre 2009, cit., art. 13. Sulla possibilità di attribuire un ruolo più incisivo in materia al SEAE, cfr. ad esempio, J. PAUL, *op. cit.*, p. 27; F. MAURI, G. GYA, *op. cit.*, p. 5; R. BALFOUR, H. OJANEN, *Does the European External Action Service Represent a Model for the Challenges of Global Diplomacy?*, IAI Working Papers n. 11/1, 2011, p. 4, sottolineano anche come, in un periodo di forte ridimensionamento nei bilanci nazionali dei fondi per la diplomazia, sarebbe utile unificare nel SEAE diversi servizi, quali la concessione dei visti, l'aiuto consolare, l'aiuto in caso di emergenza ecc.

⁸⁸ Vedi l'art. 5, par. 10: “Le delegazioni dell'Unione, che agiscono conformemente all'articolo 35, terzo comma, TUE e su richiesta degli Stati membri, assistono gli Stati membri nelle loro relazioni diplomatiche e nella loro funzione di protezione consolare dei cittadini dell'Unione nei

Una seconda questione discende dalla presenza di personale distaccato dai servizi diplomatici degli Stati membri⁸⁹. La partecipazione al SEAE dei diplomatici nazionali per un lungo periodo di tempo⁹⁰ può porre infatti un problema di “lealtà” nei confronti sia dell’UE che del servizio di provenienza e, soprattutto, di ritorno⁹¹. Infatti, è evidente che nel periodo di “distacco” presso il SEAE, il personale nazionale debba esercitare le proprie funzioni tenendo presente unicamente l’interesse dell’Unione⁹²; tale interesse può però trovarsi a collidere, almeno parzialmente, con quello dello Stato di origine. Ciò appare più probabile nell’ambito del servizio svolto presso le delegazioni, specie se in qualità di capomissione⁹³. L’art. 35 TUE prevede una stretta cooperazione tra le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri e le delegazioni dell’Unione, anche tramite scambi di informazioni e valutazioni comuni⁹⁴, per cui, di norma, il comportamento dei diplomatici nazionali e del SEAE dovrebbe essere omogeneo, se non unitario; può essere, peraltro, che su determinate problematiche o crisi non si trovi una posizione comune in seno al Consiglio Affari esteri e che gli Stati restino quindi liberi di adottare linee di politica estera anche diverse da quelle che l’AR/VP suggerisce al capodelegazione, o che comunque non vi sia un perfetto allineamento sulle posizioni dell’UE da parte di uno Stato membro. Né può essere sottovalutata la possibilità che gli Stati intendano, tramite un capodelegazione che provenga dalla propria diplomazia, perseguire una propria politica “estera” nei Paesi terzi, vedendosi quasi attribuire i risultati che questi consegue invece in nome dell’UE: le recenti vicende in cui gli Stati si sono “spartiti” i primi posti di capodelegazione sembrano significative in propo-

paesi terzi su base neutra dal punto di vista delle risorse”. Su tale ruolo sussidiario delle delegazioni in materia di protezione diplomatico-consolare e sulla possibilità che venga modificato nel 2013, cfr. S. LEHNE, *op. cit.*, p. 7 s., e P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 126 ss.

⁸⁹ Nella scelta dei diplomatici provenienti dai servizi nazionali l’AR/VP dovrà rispettare i criteri indicati dall’art. 6, par. 6 ss., e in particolare seguire una procedura trasparente fondata sul merito, allo scopo di assicurare i servizi di un personale con i più elevati standard di competenza, efficienza e integrità, garantendo nel contempo un adeguato equilibrio geografico e di genere e una presenza significativa di cittadini di tutti gli Stati membri nel SEAE.

⁹⁰ Secondo l’art. 6, par. 11, della decisione, tale periodo non dovrebbe oltrepassare gli otto anni, salvo una deroga, a titolo eccezionale, di altri due.

⁹¹ Cfr. P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 111 ss. Il Parlamento europeo, che aveva sottolineato questo aspetto, chiedeva in particolare la possibilità per tali diplomatici di trasferirsi in via definitiva presso il servizio.

⁹² Vedi art. 6, par. 4: “Il personale del SEAE esercita le proprie funzioni e conforma la propria condotta tenendo presente unicamente l’interesse dell’Unione. (...) Esso non sollecita né accetta istruzioni da alcun governo, autorità, organizzazione o persona estranei al SEAE ovvero da organismi o persone diversi dall’alto rappresentante”.

⁹³ Del resto, proprio in quanto il personale di provenienza “Commissione” non ha esperienza diplomatica, tale ruolo più facilmente sarà affidato ai rappresentanti nazionali, cfr. F. MAURI, G. GYA, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁴ Vedi anche l’art. 5, par. 9, della decisione 2010/427/UE: “Le delegazioni dell’Unione operano in stretta cooperazione e condividono le informazioni con i servizi diplomatici degli Stati membri”. Sui limiti di questa cooperazione cfr. S. DUKE, *The European External Action Service: Antidote*, cit., p. 62 ss.

sito⁹⁵. Si tratta di problemi forse ipotetici, ma si deve tenere conto del fatto che da un lato, come accennato, il diplomatico dovrà riprendere servizio nel proprio Stato, e qui essere valutato, dall'altro che la quota dei diplomatici nazionali nel SEAE è destinata a raggiungere un terzo del personale⁹⁶, una quota quindi rilevante e tale da condizionare fortemente l'attività del Servizio stesso.

c) *il controllo democratico*. Un ultimo profilo da sottolineare è il come il Parlamento europeo, cui l'art. 27, par. 3, TUE attribuisce un ruolo meramente consultivo nella procedura di adozione della decisione di istituzione del nuovo Servizio, si sia ricavato un ruolo più pregnante non solo nel relativo processo decisionale, ma anche, almeno secondo il 6° 'considerando' della decisione del 26 luglio 2010, di controllo politico e finanziario sull'azione successiva del SEAE⁹⁷. In effetti, se dalla parte dispositiva della decisione emerge solo un obbligo rispetto al Parlamento di assisterlo nelle relazioni con Paesi terzi e organizzazioni internazionali⁹⁸, la possibilità per l'Assemblea di condizionare e controllare l'operato del SEAE discende dai suoi poteri in materia di bilancio sulle spese di quest'ultimo⁹⁹. Come osservato sopra, le spese relative al SEAE, comprese quelle attinenti alla PESC/PSDC, sono inserite in una autonoma linea di bilancio, sottoposta quindi al potere decisionale delle relative autorità¹⁰⁰, al con-

⁹⁵ Nonostante il disposto dell'art. 6, par. 4, infatti, "the nationalism displayed by the member States in setting up the service has given an unfortunate impression". Così G. AVERY, *The EU's External Action Service: New Actor on the Scene*, European Policy Centre, www.epc.eu, 28 gennaio 2011, p. 2. Nello stesso senso, cfr. S. DUKE, *The European External Action Service: Thinking*, cit., p. 12 s.

⁹⁶ Art. 6, par. 9, prima frase, della decisione 2010/427/UE: "Una volta che il SEAE avrà raggiunto la piena capacità, il personale proveniente dagli Stati membri di cui al paragrafo 2, primo comma, dovrebbe rappresentare almeno un terzo dell'organico del SEAE di livello AD".

⁹⁷ 6° 'considerando': "Il Parlamento europeo svolgerà pienamente il suo ruolo nell'azione esterna dell'Unione, comprese le sue funzioni di controllo politico previste dall'articolo 14, paragrafo 1, TUE, così come nelle materie legislative e di bilancio stabilite dai trattati. Inoltre, conformemente all'articolo 36 TUE, l'alto rappresentante consulterà regolarmente il Parlamento europeo sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali della PESC e provvederà affinché le opinioni del Parlamento europeo siano debitamente prese in considerazione. Il SEAE assisterà l'alto rappresentante a tal riguardo. Dovrebbero essere definite modalità specifiche per quanto riguarda l'accesso dei membri del Parlamento europeo a documenti e informazioni classificati nel settore della PESC. In attesa dell'adozione di dette modalità si applicheranno le disposizioni vigenti in base all'accordo interistituzionale del 20 novembre 2002 tra il Parlamento europeo e il Consiglio relativo all'accesso da parte del Parlamento europeo alle informazioni sensibili del Consiglio nel settore della politica di sicurezza e di difesa".

⁹⁸ Art. 5, par. 7: "Le delegazioni dell'Unione hanno la capacità di rispondere alle esigenze di altre istituzioni dell'Unione, in particolare il Parlamento europeo, nei loro contatti con le organizzazioni internazionali o i paesi terzi presso cui le delegazioni sono accreditate".

⁹⁹ Vedi l'art. 8.

¹⁰⁰ A seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, il Parlamento e il Consiglio "deliberando secondo una procedura legislativa speciale, stabiliscono il bilancio annuale dell'Unione" (art. 314, co. 1, TFUE). In proposito, il Parlamento ha rilevato con soddisfazione "the strengthening of the Parliament's budgetary powers 'over all spending, including the EEAS, gi-

trollo sulla sua esecuzione da parte della Commissione, alle verifiche della Corte dei conti e infine alla procedura di scarico del bilancio da parte del Parlamento¹⁰¹. In particolare, al Parlamento stesso viene trasmesso, tramite la Commissione, un documento che riassume, in modo completo, tutte le spese connesse all'azione esterna dell'Unione, ivi incluse naturalmente quelle concernenti il SEAE, cosicché può farne un esame critico.

Se l'importanza di questo "potere di bilancio" del Parlamento emergerà soprattutto in futuro, si può notare come i poteri di cui questo dispone in materia di procedura legislativa ordinaria e un loro uso innovativo durante il negoziato della primavera del 2010 sull'istituzione del SEAE¹⁰², abbiano già prodotto rilevanti risultati. Infatti, la minaccia da parte dei suoi membri presenti al negoziato¹⁰³ di far bloccare dall'Assemblea – avvalendosi appunto delle proprie competenze *ex art. 294 TFUE* – l'approvazione delle modifiche al regolamento finanziario e al regolamento sul personale, funzionali per dare concreta attuazione alla decisione sul SEAE¹⁰⁴, hanno indotto il Consiglio a cedere almeno parzialmente sul ruolo del SEAE stesso in materia di cooperazione e aiuto umanitario e sul suo ordinamento interno. In effetti, si è così posta in essere una procedura atipica, condotta a quattro, Consiglio, Parlamento, Commissione, AR/VP (il c.d. "quadrilogo"), e volta a trovare un consenso unanime; solo dopo averlo raggiunto, la decisione è stata adottata come atto del Consiglio. Sulla conformità alle norme primarie di tale procedura possono essere sollevate obiezioni: salutata come un grande risultato dal Parlamento, che ha visto dimostrata la propria capacità di "espandere" le proprie competenze utilizzando pienamente quelle ottenute in materia di adozione degli atti, la decisione risulta di fatto "concordata", come in una procedura di codecisione, tra le due istituzioni legislative. È stata sottolineata da più parti, comunque, la capacità delle tre istituzioni e dell'AR/VP di condurre a compimento in pochi mesi ben tre negoziati contem-

ving Parliament parity with the Council" (cfr. S. DUKE, *The European External Action Service: Thinking*, cit., p. 13).

¹⁰¹ Art. 319 TFUE.

¹⁰² Cfr. P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 103 ss. Il negoziato, cui hanno preso parte rappresentanti del Consiglio, della Commissione, del PE e l'AR/VP è iniziato con la presentazione di una proposta formale da parte dell'AR/VP il 25 marzo 2010 e si è concluso con un accordo politico raggiunto a Madrid il 20-21 giugno, accordo fatto proprio a larghissima maggioranza dal Parlamento l'8 luglio (549 voti favore, 78 contrari, 17 astenuti). Dopo l'adozione della decisione sul SEAE del 26 luglio, sono ripresi, tra gli stessi membri, i negoziati sul regolamento finanziario e sul regolamento sul personale, conclusi entro novembre, in tempo per l'approvazione del bilancio 2010.

¹⁰³ Dopo aver respinto, il 25 marzo 2010, la proposta dell'AR/VP, il Parlamento ha costituito un gruppo, composto tra gli altri dagli onorevoli Brock, Verhofstadt e Gualtieri, membro della commissione bilancio, per partecipare ai lavori del "quadrilogo".

¹⁰⁴ Poiché per le decisioni necessarie per emendare i regolamenti sul personale e sul regolamento finanziario, era prevista la procedura di codecisione, il Parlamento poteva impedirne o procrastinare l'adozione a meno che non si fosse trovato un accordo sul contenuto della decisione sul SEAE. Vedi per tutti M. COMELLI, R. MATARAZZO, *op. cit.*, p. 3, e B. VAN VOOREN, *op. cit.*, p. 479.

poraneamente, adottando in tempo utile il testo della decisione, e le modifiche al regolamento finanziario e a quello sul personale¹⁰⁵.

L'esito finale del negoziato, con le sue implicazioni, ha permesso al Parlamento di partecipare attivamente alla creazione e alla attività di un Servizio il cui ambito di competenze concerne anche e soprattutto la PESC/PSDC: si è così dato maggiore significato all'art. 36 TUE, che stabilisce in termini di consultazione e cooperazione i rapporti tra Parlamento e AR/VP, e in particolare, un carattere molto più proattivo ai dibattiti semestrali sui progressi compiuti in ambito PESC e PSDC. Inoltre, con una dichiarazione sulla responsabilità politica allegata alla decisione 2010/427/UE¹⁰⁶, l'AR/VP si è impegnato verso il Parlamento a garantire la comparizione dei capidelegazione da inviare nei Paesi e aree più rilevanti prima che questi assumano le proprie funzioni, e degli inviati speciali¹⁰⁷: tra questi, per l'importanza delle funzioni che gli verranno attribuite, ha costituito recentemente oggetto di una raccomandazione del Parlamento al Consiglio il Rappresentante speciale per i diritti umani¹⁰⁸.

¹⁰⁵ P. S. CRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 105 s.

¹⁰⁶ Come è stato concordato nel quadrilatero. Per il testo della dichiarazione, vedi *GUUE* C 210, 3 agosto 2010.

¹⁰⁷ Secondo l'art. 5 della dichiarazione, infatti: "L'Alto rappresentante risponderà affermativamente a richieste del Parlamento europeo affinché i capi delegazione recentemente nominati in paesi e organizzazioni che il Parlamento ritenga strategicamente importanti compaiano dinanzi all'AFET per uno scambio di punti di vista (diverso dalle audizioni) prima di assumere le proprie funzioni. Lo stesso dicasi per i rappresentanti speciali dell'UE (RSUE). Questi scambi di opinione avranno luogo secondo modalità convenute con l'Alta rappresentante, in funzione della sensibilità e della confidenzialità dei temi discussi". Le prime comparizioni, in quanto il termine audizioni era stato considerato inaccettabile dal Consiglio, si sono avute nella prima tornata di nomine di capidelegazione avvenuta nel novembre del 2010 (cfr. P. S. CRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 132, e B. VAN VOOREN, *op. cit.*, p. 500).

¹⁰⁸ Vedi la raccomandazione del Parlamento al Consiglio, 31 maggio 2012 (PE 489.344v02-00; A70174/2012), sul Rappresentante speciale dell'Unione europea sui diritti umani, 2012-2088(INI). Benché la nomina del RSUE per i diritti umani e l'istituzione del suo mandato debba formalmente essere stabilita con una decisione del Consiglio basata su una proposta dell'Alto rappresentante, il Parlamento ha chiesto di "svolgere il ruolo che gli compete nella procedura di nomina e nella supervisione del mandato per tutta la durata della carica" (lett. a), di procedere a "un'audizione/uno scambio di opinioni con il RSUE per i diritti umani nominato dall'alto rappresentante durante una riunione della commissione competente del Parlamento europeo" (lett. b) e, per permettere un esame continuo dell'azione del RSUE, di vedersi garantita la presentazione, da parte di quest'ultimo, di "una relazione annuale sui progressi compiuti e una relazione globale sull'attuazione del mandato allo scadere della carica" (lett. c). Inoltre, secondo il Parlamento: "(i) il RSUE per i diritti umani deve lavorare a stretto contatto con l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e con il Presidente del Parlamento europeo, così da garantire la coerenza e l'integrazione dei diritti umani in tutti gli ambiti politici in cui operano tutte le istituzioni dell'UE; il RSUE deve interagire strettamente con la Direzione per la democrazia e i diritti umani del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE), con tutte le delegazioni multilaterali dell'UE (New York, Ginevra, Vienna, Strasburgo) e con le delegazioni dell'UE nel mondo, allo scopo di agevolare i contatti con tutti i servizi dell'UE, le delegazioni dell'Unione nei paesi terzi e le organizzazioni internazionali sulle questioni inerenti ai diritti umani; la Direzione per la democrazia e i diritti umani del SEAE deve fornire tutti i servizi necessari e agevolare l'attuazione

5. Al termine del primo anno di lavoro del SEAE, le valutazioni che possono essere tratte sono solo parzialmente positive, come risulta del resto anche dal rapporto presentato il 22 dicembre 2011. Hanno certamente inciso in senso negativo la crisi economica su scala globale, su cui si è accentrato il dibattito sulle prospettive dell'Unione, le difficoltà dell'organizzazione di un Servizio composto da membri di diverse provenienze e sensibilità, gli accadimenti nel Mediterraneo, ma non sembra che il SEAE abbia promosso una più coerente azione esterna dell'Unione europea, né che abbia costituito un effettivo valore aggiunto. In prospettiva, secondo l'AR/VP, suo compito dovrà essere sviluppare le potenzialità dell'Unione come soggetto delle relazioni internazionali in una serie di nuove aree di intervento (“global financial regulation, climate change and energy, security, migration and poverty reduction, non proliferation and disarmament, the fight against terrorism, and the promotion of human rights and democracy”), attraverso un uso coerente di tutti i mezzi e servizi di cui l'Unione e i suoi Stati dispongono¹⁰⁹. Tale obiettivo appare al momento piuttosto ambizioso, e le proposte di miglioramento avanzate nel rapporto, seppure condivisibili, risultano astratte, come la richiesta al SEAE di “building a sense of collective ownership in the external agenda of the EU among Member States, the European Parliament, the Commission and other key stakeholders, on the basis of strategic policy papers and other proposals from the EEAS”¹¹⁰. Del resto, critiche velate all'operato del Servizio erano desumibili anche dalla lettera inviata l'8 dicembre 2011 da parte di dodici Paesi membri all'AR/VP¹¹¹, e sug-

del mandato del RSUE; (j) pur intrattenendo stretti rapporti con il Comitato politico e di sicurezza del Consiglio, il RSUE per i diritti umani deve riferire regolarmente alla commissione competente del Parlamento europeo in merito alla situazione dei diritti umani nel mondo e allo stato di attuazione del mandato, inclusi i risultati delle sessioni dell'UNHRC e dell'UNGA, nonché i dialoghi con i paesi terzi in materia di diritti umani, e in merito all'attuazione delle strategie nazionali sui diritti umani”.

¹⁰⁹ *Report by the High Representative*, cit., par. 6.

¹¹⁰ Vedi il par. 38: “Future Priorities: The creation of the EEAS is a long-term challenge that will take several years to reach maturity. This report is intended to give an insight into progress to date, while recognising that it is too soon to make definitive judgements on the emerging shape of the new service. However, in the coming months, the EEAS will continue to work on all the areas covered by this report, taking account of the welcome recent suggestions from a number of Foreign Ministers and input from the European Parliament, the Commission and the Council Secretariat. Priority areas include: consolidating the capacity to deliver policy substance, concentrating on the priority areas established by the High Representative. This requires sustained efforts in building a sense of collective ownership in the external agenda of the EU among Member States, the European Parliament, the Commission and other key stakeholders, on the basis of strategic policy papers and other proposals from the EEAS”.

¹¹¹ È a tale lettera che nel par. 38 sopra citato ci si riferisce parlando di “recent suggestions from a number of Foreign Ministers”. Sul contenuto della lettera, vedi *Non Paper of the European External Service from the Foreign Ministers of the Belgium, Estonia, Finland, French, Germany, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, the Netherlands, Poland and Sweden* dell'8 dicembre 2011, reperibile *online*. Gli spunti più significativi concernono innanzitutto la necessità che il SEAE identifichi delle priorità da conseguire nell'azione esterna e che esse vengano inserite nell'agenda annuale del Consiglio Affari esteri; l'esigenza di migliorare la collaborazione con la

gerimenti per renderlo più funzionale erano stati presentati nello stesso periodo da istituti di ricerca¹¹².

In realtà, diverse questioni erano rimaste aperte dopo il luglio 2010 o si erano presentate durante la lunga preparazione dell'organigramma del Servizio, che per un anno ha assorbito gran parte del tempo e delle risorse del Servizio stesso; tra queste, la necessità di evitare duplicazioni con i servizi della Commissione e del Segretariato generale¹¹³, l'inserimento e il trattamento delle rappresentanze "militari" nel SEAE¹¹⁴, l'esigenza di non aumentare le spese di bilancio e, insieme, di rafforzare un Servizio che, a regime, avrebbe dovuto contemplare un numero molto maggiore di funzionari; la garanzia per i diplomatici nazionali di un "rientro" nello Stato di provenienza che ne valorizzasse il ruolo scelto e il raggiungimento nel Servizio di un adeguato equilibrio geografico e di genere¹¹⁵. Era quindi ragionevole operare un riscontro, dopo un anno dall'avvio, sul come queste fossero state risolte e ciò spiega anche l'ampio spazio dedicato ai problemi amministrativi nel rapporto¹¹⁶. Un ulteriore problema in materia di personale è comunque destinato a porsi per l'AR/VP. Infatti, come richiamato nell'11° 'considerando' della decisione 2010/427/UE¹¹⁷, dopo il 1° luglio 2013 dovrebbe

Commissione, anche tramite la preparazione dei *meeting* del Gruppo Relex insieme al Segretariato della Commissione stessa, l'opportunità di rendere più incisivo il ruolo dei capidelegazione, riducendone i compiti amministrativi e burocratici e soprattutto un miglior rapporto con gli Stati membri e un maggior spazio dato in seno al SEAE ai diplomatici degli stessi. Per un commento alla lettera, critico nei confronti del SEAE, vedi B. WATERFIELD, *Baroness Ashton's Diplomatic Service Accused on Basic Failings*, in *The Telegraph*, 23 dicembre 2011.

¹¹² Si vedano ad esempio i due *Report* presentati rispettivamente il 1° dicembre 2011 da Chatam House (S. HEMRA, T. RAINES, R. WHITMAN, *A Diplomatic Entrepreneur Making the Most of the European External Action Service*), e il 16 dicembre da Carnegie Endowment for International Peace (S. LEHNE, *op. cit.*), ambedue reperibili *online* e volti a individuare e a suggerire come superare le persistenti "debolezze" del SEAE.

¹¹³ La questione si poneva soprattutto per i gruppi di lavoro geografici, ma talvolta anche per quelli tematici; cfr. A. HÉRITIER, *op. cit.*, p. 6 s.; J. PAUL, *op. cit.*, p. 8; F. MAURI, G. GYA, *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁴ Cfr. P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 120 ss.

¹¹⁵ Vedi il 10° 'considerando' e l'art. 6, par. 6: "Le assunzioni al SEAE si fondano sul merito, assicurando nel contempo un adeguato equilibrio geografico e di genere. Il personale del SEAE include una presenza significativa di cittadini di tutti gli Stati membri. Il riesame di cui all'articolo 13, paragrafo 3, contempla anche questa materia e include, ove opportuno, suggerimenti di provvedimenti specifici supplementari intesi a correggere possibili squilibri".

¹¹⁶ Sottolinea questo aspetto del rapporto M. WEITSCH, *op. cit.*, p. 8, secondo cui, in realtà, non tutti i problemi organizzativi sono stati risolti: "Ashton's report (...) goes into quite a lot of detail on subjects such as the structure, staffing and recruitment, budget and financial management issues. They are, no doubt, all very important. They need to be resolved. The fact that they have not yet been resolved shows that progress has been much slower than might be expected".

¹¹⁷ "In conformità dell'articolo 27, paragrafo 3, TUE, il SEAE sarà composto da funzionari del segretariato generale del Consiglio e della Commissione, nonché da personale proveniente dai servizi diplomatici degli Stati membri. A tal fine, i servizi e le funzioni pertinenti del segretariato generale del Consiglio e della Commissione saranno trasferiti al SEAE unitamente ai funzionari e a gli agenti temporanei che occupano un posto nell'ambito di tali servizi o funzioni. Prima del 1° luglio 2013 il SEAE assumerà esclusivamente funzionari provenienti dal segretariato generale del Consiglio e dalla Commissione, nonché personale proveniente dai servizi diplomatici degli Stati

essere possibile per tutti i funzionari e gli altri agenti dell'Unione candidarsi a fare parte del SEAE. Voluta dal Parlamento europeo, tale integrazione della composizione del Servizio non è espressamente richiamata nella parte dispositiva della decisione, che all'art. 6, par. 2, si limita a statuire che "il SEAE è composto di funzionari e altri agenti dell'Unione europea, tra cui membri dei servizi diplomatici degli Stati membri nominati agenti temporanei", lasciando quindi impregiudicata la questione per il futuro. In effetti, la riforma sembra contrastare con il disposto dell'art. 27, par. 3¹¹⁸, e potrebbe incidere negativamente su un equilibrio tra le tre componenti che si fosse nel frattempo raggiunto.

Il quesito principale che si pone per il Servizio e, da ultimo, per lo stesso AR/VP, è come assicurare quella coerenza dell'azione esterna che, come si è visto, è stata la motivazione principale della creazione sia dell'AR/VP che del SEAE. La possibilità, per l'Unione, di essere considerata un vero soggetto internazionale dipende in larga parte dalla sua capacità di operare in modo unitario o, almeno, coerente, sia sul piano della politica estera e di sicurezza, che su quello degli aspetti economici "esterni" delle altre sue politiche. Se tale affermazione costituisce ormai un truismo, le difficoltà incontrate nel delimitare le competenze tra SEAE e servizi della Commissione hanno evidenziato come il traguardo non sia ancora raggiunto e necessiti di una continua opera di mediazione da parte dell'AR/VP; ciò si verifica anche nel coordinamento tra le funzioni di quest'ultimo come Commissario alle relazioni esterne con quelle dei Commissari alla cooperazione e aiuto allo sviluppo, all'aiuto umanitario, alla politica di vicinato e all'allargamento, nonché con quelle dei vari Commissari a vario titolo interessati agli aspetti esterni delle proprie politiche (si pensi all'energia, all'ambiente, o, più banalmente, alla politica commerciale).

L'adempimento adeguato del complesso ruolo attribuito all'AR/VP presuppone però, oltre alla capacità di trovare soluzioni di volta in volta, una visione di più ampio respiro dell'UE e l'individuazione di priorità strategiche, che dovrebbero essere studiate dal SEAE e poi inserite nel programma dei lavori del Consiglio Affari esteri. In particolare, come è stato da più parti sottolineato, il SEAE dovrebbe meglio focalizzare l'agenda dell'AR/VP, al momento parcellizzata¹¹⁹, individuando un numero ridotto di temi su cui concentrarsi e rispetto ai

membri. Successivamente a tale data, tutti i funzionari e gli altri agenti dell'Unione europea dovrebbero potersi candidare ai posti vacanti nel SEAE".

¹¹⁸ Secondo il servizio legale del Consiglio la questione era opinabile ma, nel caso fosse stata portata dinanzi alla Corte di giustizia, l'esito per il Consiglio sarebbe stato incerto; per questo motivo la proposta del Parlamento venne accolta, rinviando però tale reclutamento al 2013 (P. S. CHRISTOFFERSEN, *op. cit.*, p. 113). Rende più difficile la possibilità di una integrazione da parte di personale proveniente da altri organi dell'Unione la richiesta, contenuta nel *non paper*, da parte degli Stati che si provveda quanto prima a raggiungere la quota di un terzo del personale SEAE di provenienza dagli Stati membri, senza assumere nessuno nel frattempo.

¹¹⁹ Cfr. S. LEHNE, *op. cit.*, p. 11 s.; M. WEITSCH, *op. cit.*, p. 3; S. DUKE, *The European External Action Service: Antitode*, cit., p. 65 ss. Anche nella lettera dei dodici Stati questo aspetto è stato sottolineato: "‘Ways to further optimize the identification of political priorities should be explored’, the 12 ministers said, urging her to circulate a yearly agenda for the events and ‘more

quali l'azione esterna dell'Unione può costituire un reale valore aggiunto: in tal senso, viene richiamata come esempio da seguire la Strategia per la sicurezza elaborata nel 2003 dall'allora AR Solana¹²⁰.

Proprio in quanto Servizio di supporto a un organo di nuova costituzione, dotato sulla carta di ampie competenze e investito di una funzione relevantissima, il SEAE dipende in larga parte dal come l'AR/VP vorrà interpretare il proprio ruolo. Non è infatti azzardato chiedersi se alla fine il SEAE, uniformandosi agli interessi dell'AR, non si concentrerà essenzialmente sulla PESC/PESD e sulla sua migliore realizzazione anche tramite le nuove delegazioni, dirigendo le loro attività come un vero e proprio servizio diplomatico dell'Unione, ma lasciando ai residui servizi della Commissione la politica estera economica¹²¹. In tal caso, la creazione di un Servizio composto di migliaia di persone¹²², che ha sottratto personale e competenze ad altre istituzioni, sembrerebbe ultroneo e avrebbe mancato al proprio scopo principale, lasciando l'azione esterna dell'Unione tuttora divisa tra due "pilastri", ispirati a logiche e dinamiche diverse¹²³: un risultato che il Trattato di Lisbona avrebbe dovuto evitare, ma che probabilmente trova ancora larghi consensi non solo, come ovvio, presso diversi Stati membri, ma forse anche presso Consiglio e Commissione, che dalla situazione attuale, proprio per la sua perdurante ambiguità, traggono motivi per cercare di aumentare le rispettive sfere di influenza. Unica istituzione effettivamente interessata allo sviluppo del SEAE appare il Parlamento europeo, che intende servirsene per aumentare il proprio controllo sulla PESC/PSDC: risultato vano il tentativo di farne un organo "collegato" alla Commissione, la possibilità di condizionarne l'opera tramite il controllo sulle spese ha aperto un rilevante spazio politico, di cui l'Assemblea saprà probabilmente approfittare¹²⁴, ma sempre,

regularly to produce preparatory policy and/or decision-making papers to be circulated sufficiently in advance"; cfr. A. RETTMAN, *Ministers Identify Glitches in EU Diplomatic Service*, euobserver.com.

¹²⁰ *A Secure Europe in a Better World: The European Security Strategy*, Brussels, 12 dicembre 2003. Tale documento viene richiamato non solo per aver indicato un obiettivo di grande rilievo, ma anche aver mostrato come garantire un "comprehensive security model" attraverso un reale coordinamento tra i vari aspetti, diplomatici, commerciali, attinenti alla cooperazione allo sviluppo, alla PESC, ecc. dell'azione esterna; cfr. G. GREVI, C. FRASER, *op. cit.*, p. 12; S. DUKE, *The European External Action Service: Antidote*, *cit.*, p. 60, e M. KLUTH, J. PILEGAARD J., *op. cit.*, p. 305 s.

¹²¹ È stato rilevato che la signora Ashton ha reagito all'approccio restrittivo della Commissione rispetto al suo ruolo "by focusing on her role as high representative and on the CFSP and crisis management issues rather than on her function as vicepresident of the Commission: She hardly ever chairs meetings of the Relex commissioners"; cfr. S. LEHNE, *op. cit.*, p. 8.

¹²² In realtà, il personale impegnato alla fine del 2011 nel SEAE è meno numeroso di quello che garantiva precedentemente la conduzione dell'azione esterna, grazie alle risorse messe a disposizione dalle Presidente di turno: si tratta di uno staff di circa 3600 membri a fronte ad esempio dei 12.000 del Ministero degli esteri francese.

¹²³ Vedi in tal senso S. LEHNE, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁴ R. BALFOUR, H. OJANEN, *op. cit.*, p. 6.

è probabile, più nella prospettiva di condizionare la PESC che di assicurare il coordinamento dell'intera azione esterna.

Ultimo, e logico, referente del SEAE rimane quindi l'AR/VP: è sulla sua capacità di impersonare ambedue i ruoli, e, anzi, di indossare tutti e quattro i cappelli, che risiede la ragion d'essere del Servizio e la sua possibilità di garantire la coerenza dell'azione esterna. Qualche indicazione sul futuro sarà desumibile dalle proposte di revisione della decisione del 26 luglio 2010, ma, certamente, più che dalle soluzioni normative¹²⁵ lo sviluppo del SEAE dipende dalle sue capacità operative e dalle scelte che compirà l'AR/VP, nella consapevolezza che essi rappresentano ormai un binomio indissolubile. Il Servizio dovrà quindi concorrere a trovare obiettivi e priorità che diano effettivamente una politica estera all'Unione e non la limitino a dibattiti, per quanto proficui¹²⁶, sui Balcani e il Medio Oriente. In particolare, non dovrebbe limitarsi ad appoggiare l'opera dell'AR/VP nell'attuazione dell'azione esterna, fornendo solo una consulenza "tecnica", ma dovrebbe cercare di influenzarne lo stesso farsi e garantirne la coerenza intrinseca e lo sviluppo, concorrendo fattivamente all'individuazione di progetti e linee strategiche su cui l'Unione possa trovare una sintesi tra le sue varie componenti e presentarsi finalmente come un reale soggetto delle relazioni internazionali, così affermando e promuovendo i propri valori e interessi.

Abstract

A New Tool for the Union: The European External Action Service

One of the main provisions introduced by the Lisbon Treaty consists in having gathered, within the concept of external action, the activity done by the Union at international level. The European Council shall – on the basis of the principles and objectives set out in Article 21 of the TEU – identify the strategic interests and objectives of the Union. Furthermore it was decided to entrust the coordination between the actions carried out with the intergovernmental method and actions which were part of the so-called EC external relations, to a single body, the High Representative for the CFSP/Vice President of Commission. To that purpose, the High Representative shall be assisted by the European External Action Service (EEAS) which, as already established in the

¹²⁵ Sono stati proposti il rafforzamento del Servizio sotto il profilo del numero del personale e della sua preparazione, una sua maggiore disponibilità finanziaria, la creazione di uno o più vice dell'AR/VP, un sistematico riparto di competenze tra delegazioni dell'UE e missioni nazionali, e, soprattutto, un migliore coordinamento tra i vari aspetti dell'azione esterna, per far fronte alle sfide globali. Secondo B. VAN VOOREN, *op. cit.*, p. 502, inoltre, la nuova decisione dovrebbe chiarire le questioni relative alla personalità giuridica del Servizio, all'eventuale efficacia obbligatoria dei suoi atti e alla sua legittimazione attiva e passiva *ex art.* 263 TFUE.

¹²⁶ Tra i successi dell'AR/VP viene infatti annoverato soprattutto il ravvicinamento tra Belgrado e Pristina.

Treaty, was set up by Council Decision no. 427 of 26 July 2010. The EEAS is made of permanent officials drawn from the European Commission and the Secretariat General of the Council of the European Union and from national diplomats.

This article deals with the legal nature of the EEAS and the doubts, nowadays still existing, concerning the attribution of its powers with regard to those of the Commission, especially in the field of development cooperation. A further problem concerns the procedure of democratic control that the European Parliament intends to exercise on the activity of the EEAS.

In conclusion, an evaluation on the effectiveness of the EEAS is premature, since it has effectively entered into force only in 2011. However, in the same year it was presented a first report on this topic which demonstrated the persistence of serious problems and the search for a more proactive role in the development of the external action able to ensure its consistency.

Nicoletta Parisi*

La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale**

SOMMARIO: 1. Il patrimonio economico-finanziario dell'Unione europea quale bene giuridico meritevole di protezione sul piano penale. – 2. Le tappe di avvicinamento alla costituzione di una procura dell'Unione europea. – 3. L'assetto stabilito dal Trattato di Lisbona. – 4. Le competenze della istituenda Procura europea e le modalità del loro esercizio: aspetti istituzionali e implicazioni processuali. – 5. Le questioni non risolte dal disposto convenzionale. – 6. I rapporti fra l'attuale Eurojust e la futura Procura europea. – 7. La Procura europea come rimedio alla frammentazione dello spazio europeo di repressione penale.

1. Nel 1994, trattando sul piano scientifico della tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione, si osservava come “[nel]l’attuale momento di crisi congiunturale economica e politica (...) anche l’Unione europea attraversa una fase di difficile assestamento (...) [e come dunque] assuma un’importanza capitale la capacità delle istituzioni comunitarie di difendere il proprio patrimonio (specialmente finanziario) dalle aggressioni che continuamente gli vengono sferrate (...) per garantirsi la sopravvivenza economica”¹. A vent’anni di distanza la situazione si ripropone in termini ancora più gravi, a motivo della crisi economico-finanziaria di dimensione globale e del non scongiurato riprodursi di condotte pregiudizievoli per gli interessi finanziari dell’Unione².

Allora, contestualmente, si rilevava la “difficoltà per le istituzioni comunitarie di tutelare i propri interessi finanziari (...) anche [a motivo d]ell’assenza di una potestà normativa penale dell’Unione europea”³. Con il Trattato di Lisbona questa difficoltà sul piano astratto è stata superata, in virtù del chiaro disposto degli articoli 82-84 e 325 TFUE, che costituiscono la base giuridica per l’eser-

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

** Il presente contributo è destinato anche agli Studi in memoria della prof.ssa Maria Rita Saulle.

¹ E. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione europea*, Padova, 1994, pp. 1-2 (corsivo aggiunto).

² Sulla dimensione del fenomeno si rinvia ai dati proposti dalla relazione della Commissione del 19 luglio 2012 sulla tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea – Lotta contro la frode, Relazione annuale 2011, COM(2012)408 def.

³ E. MEZZETTI, *op. cit.*, p. 2.

cizio da parte dell'Organizzazione di una competenza normativa – concorrente con gli Stati membri – sul terreno del diritto penale sostanziale e processuale, anche a presidio dei propri interessi finanziari⁴. Si perfeziona così – con un'ulteriore tappa rispetto al Trattato di Amsterdam – quel processo grazie al quale la protezione di questi ultimi non è più principalmente affidata agli apparati nazionali, incaricati di prestare la propria forza coercitiva applicando le sanzioni amministrative adottate con atti delle Comunità⁵, ovvero di essere parallelamente affrontata tramite l'impiego del principio di assimilazione⁶, secondo vie, dunque, che non erano riuscite a evitare il radicarsi di disparità di trattamento per condotte analoghe entro lo “spazio” economico comune agli Stati membri⁷. Viene invece valorizzata anzitutto la via dell'armonizzazione normativa, già peraltro inaugurata timidamente a partire dal 1995⁸, nella convinzione che si

⁴ Al proposito v. *infra*, nota 18.

⁵ Ne è un esempio il regolamento (CE) n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, *GUCE* L 312, 23 dicembre 1995, p. 1 ss., in ordine al quale v. A. M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 67 ss. Quanto alla qualificazione della natura della sanzione come amministrativa e non penale v. la sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1992, causa C-240/90, *Germania c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-5383 ss., punto 26. Sul tema globalmente e criticamente circa le due soluzioni sino ad ora indicate v. G. GRASSO, *Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 863 ss.

⁶ Il principio di assimilazione – ricondotto al principio di “fedeltà comunitaria” di cui all'attuale art. 4, par. 3, TUE – è fatto proprio dall'art. 325, par. 2, TFUE. Sulla prima affermazione di esso in relazione alla tutela delle risorse finanziarie delle allora Comunità europee v. le sentenze della Corte di giustizia del 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bulb*, *Raccolta*, p. 137 ss., punto 32; del 21 settembre 1989, causa C-68/88, *Commissione c. Repubblica ellenica* (c.d. “Mais greco”), *ivi*, p. 4883 ss., punti 22-25; e l'ordinanza del 6 dicembre 1990, causa C-2/88, *Zwartveld e a.*, *ivi*, p. 4405 ss., punto 10. Per la dottrina in argomento v., *ex multis*, J. A. E. VERVAELE, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, Paris, 1994; e D. RINOLDI, *Funzionari comunitari e pubblici ufficiali nazionali: una prospettiva di approfondimento della lotta alla corruzione in Italia*, in *LIUC Papers*, n. 26, gennaio 1996.

⁷ Sulla non convergenza, in materia, dei sistemi giuridici nazionali (sia in ambito penale sostanziale che processuale) ci si limita a rinviare, in via generale, al documento della Commissione del 16 luglio 1993, SEC(93)1172; al Commission Staff Working Paper, Annex to the Report from the Commission, Implementation of the Convention on the Protection of the European Communities' financial interests and its protocols, Article 10 of the Convention, COM(2004)709 def., p. 13 ss.; nonché alla relazione della Commissione dell'11 luglio 2010 che accompagna la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, COM(2012)363 def. Per quanto riguarda in particolare la risorsa dell'IVA alla relazione speciale n. 9/98, adottata dalla Corte dei Conti il 2 luglio 1998, *GUCE* C 356, 20 novembre 1998, p. 1 ss., punti 2.1, 2.4, 2.8 e 3.35, con le conseguenze evidenziate al punto 4.5.

⁸ Per il quale v. *infra*, nota 17. In argomento si rinvia all'ormai datato ma sempre attuale contributo di K. TIEDEMANN, *Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 2226 ss. Sul processo di armonizzazione in campo penale in epoca precedente al Trattato di Lisbona v. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto pena-*

tratta di protezione che dovrebbe essere esercitata entro un quadro di principi e norme comuni capaci di determinare uno *standard* minimo di tutela del patrimonio dell'Unione, a garanzia della sua capacità di stabilire ed efficacemente perseguire le proprie politiche⁹.

A questo proposito emerge in tutte le proprie implicazioni la nozione di bene giuridico meritevole di tutela penale¹⁰. Si tratta nel caso in questione di una particolare categoria di bene giuridico, a dimensione interindividuale, ovvero (secondo altra terminologia) diffusa; il pregiudizio arrecato dalla condotta penalmente rilevante indirizzata a pregiudicare gli interessi finanziari dell'Unione determina infatti un danno non tanto individuale, quanto piuttosto collettivo, alla situazione economica della società (europea) nel suo complesso, al suo ordine economico-finanziario, insomma al "buon funzionamento del mercato interno", oltre che al buon andamento dell'amministrazione pubblica europea.

Si comprende perché, allora, si potrebbe pensare a una protezione di tale bene attuata sulla base del principio di "territorialità comunitaria"¹¹: l'esistenza di un bene comune al gruppo degli Stati membri dell'Unione pretenderebbe, a garanzia di maggior efficacia, la messa in campo di una tutela esercitata, per tutti essi e per l'Organizzazione, dall'apparato giurisdizionale nazionale meglio

le. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri, Milano, 1989, p. 170 ss.; ID., *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una "politica criminale comune"?*, in *L'indice penale*, 1993, p. 71 ss.; M. DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Paris, 1993; ID., *Le pluralisme ordonné*, Paris, 2005; A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; ID., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: profili ricostruttivi*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, p. 381 ss.; M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER, *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, 2008. Sulla convergenza del processo di armonizzazione penale fra gli ambiti del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea si rinvia a D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. I. Principi generali e questioni penalistiche*, Napoli, 2012, cap. IV. Sul processo di armonizzazione in atto a partire dal Trattato di Lisbona v. *infra*, nota 18.

⁹ A proposito della strumentalità del sistema di acquisizione delle risorse fondato sulle c.d. risorse proprie al fine di garantire una maggior autonomia dell'Organizzazione da condizionamenti statali (capaci di interferire sul perseguimento dei compiti sociali), ci si permette di rinviare al nostro *Il finanziamento dell'organizzazione internazionale. Contributo allo studio delle forme della cooperazione intergovernativa*, Milano, 1986.

¹⁰ Sulla nozione di bene giuridico dell'Unione, ai fini di una sua protezione a livello penale, v. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 318 ss. A proposito della giurisprudenza comunitaria e dell'Unione europea intervenuta a tutela del bene giuridico "interessi finanziari dell'Unione" (oltre a quella richiamata *supra*, nota 6, e *infra*, nota 12) v. da ultimo le sentenze del 28 ottobre 2010, causa C-367/09, *SGS Belgium*, *Raccolta*, p. I-10761 ss.; e del 15 novembre 2011, causa C-539/09, *Commissione c. Germania*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹¹ Ci si richiama ancora a E. MEZZETTI, *op. cit.*, p. 142 ss., anche per il rinvio a dottrina pure assai risalente, che vede sull'argomento il determinante contributo di R. VON JEHRING, *Lo scopo del diritto* (trad. it. a cura di M. G. Losano), Torino, 1972. Per tale principio v. M. DELMAS-MARTY, *Necessità, legittimità e fattibilità del Corpus juris*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Corpus Juris 2000. Un modello di tutela dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, pp. 251-253.

situato nel caso concreto a esercitare l'azione penale e a dare la risposta sanzionatoria.

È tuttavia evidente il rischio insito in siffatto modo di procedere, se non altro a livello dei possibili conflitti di giurisdizione che si determinerebbero a fronte di una condotta penalmente rilevante il più delle volte contraddistinta dalla propria dimensione transnazionale e dell'impossibilità di conseguire ad oggi un assetto normativo fondato su criteri di collegamento giurisdizionali "a cascata"¹².

2. In questo delicato punto di snodo fra bene giuridico europeo meritevole di tutela sul piano penale, esercizio dell'azione penale ed esigenza di rispettare il principio del *ne bis in idem* garantendo l'effettività della tutela del bene stesso, si situa il progetto di dotare l'Unione di un procuratore europeo. È con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che trova un assetto di diritto positivo il lungo e non facile processo indirizzato alla creazione di questo nuovo organismo dell'Unione: la eventuale futura costituzione di una procura europea¹³ è prevista

¹² Sul processo normativo europeo in materia di soluzione dei conflitti di giurisdizione fra autorità nazionali competenti ad esercitare l'azione penale (ivi compresa la questione del rispetto dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che dichiara l'obbligo di rispetto del principio del *ne bis in idem*), si richiama il Libro verde della Commissione, del 23 dicembre 2005, sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, COM(2005)696 def.; in argomento v. C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006; D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., cap. V, par. 10. Sulla questione relativa all'applicazione del *ne bis in idem* nel caso di duplice sanzione nazionale, l'una penale l'altra amministrativa, v. da ultimo, in termini ricognitivi anche della precedente giurisprudenza, la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 32 ss., con le interessanti considerazioni contenute nelle conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 12 giugno 2012, punto 86 ss.

¹³ L'opportunità di dotare l'Unione di un'autorità siffatta ha suscitato grande interesse nella dottrina fin dalla prima occasione in cui ne venne adombrata la possibile istituzione. Fra la dottrina più significativa si richiamano qui (oltre a quanti verranno citati nel corso del lavoro): G. GRASSO, *Il Corpus Juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Milano, 1999, p. 127 ss.; P. TONINI, *Il Pubblico ministero europeo nel Corpus juris sulla repressione delle frodi comunitarie*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 3 ss.; ID., *Il progetto di un pubblico ministero europeo nel Corpus Juris*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale. Atti del Convegno (Courmayeur, 8-10 ottobre 1999)*, Milano, 2000, p. 109 ss.; J. GONZÁLES, *Towards a European Public Prosecutor's Office*, in G. KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dirs.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000, p. 119 ss.; H. G. NILSSON, *Eurojust – The Beginning or the End of the European Public Prosecutor?*, in *Euro-parättslig Tidskrift*, 2000, n. 4, p. 601 ss.; A. LANZI, F. RUGGIERI, L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova, 2002; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002; S. WHITE, *The European Prosecutor: Extension of Eurojust or "Prolongation" of the Corpus Juris Proposals*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (eds.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, p. 47 ss.; S. WHITE, *A Decentralised European Public Prosecutor's Office. Contradiction in Terms or Highly Workable Solution?*, in *EUCRIM*, 2012, n. 2, p. 67 ss.; M. BARGIS, *Il pubblico ministero europeo nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 745

dall'art. 86 TFUE, interamente dedicato a stabilirne le modalità di istituzione (par. 1) e l'ambito delle competenze (paragrafi 1 e 2), devolvendo a un'adottanda regolamentazione le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività, all'ammissibilità delle prove, al controllo giurisdizionale degli atti procedurali da essa adottati (par. 3), nonché l'eventualità di un ampliamento delle sue competenze (par. 4).

Il dibattito sotteso a tale disposizione è dunque assai datato. Esso può essere fatto risalire a iniziative suscitate nei primi anni Novanta del secolo scorso dalla Commissione europea¹⁴, indirizzate a valutare le modalità secondo le quali gli interessi finanziari dell'Organizzazione potessero essere meglio protetti dagli esiti di frodi e di altre attività illecite. Infatti, il conferimento all'Unione europea di una competenza di coordinamento degli Stati membri entro il Consiglio in materia penale – avvenuto con il Trattato di Maastricht¹⁵ – e, immediatamente dopo, la consapevolezza di una necessaria revisione di tale assetto per migliorarne l'efficacia¹⁶, avevano posto le premesse per un superamento delle sopra ricordate modalità di tutela del bilancio dell'Unione, nonché del primo settoriale avvio del processo di armonizzazione normativa delle fattispecie di reato e delle relative sanzioni attuato con gli strumenti tipici del diritto internazionale¹⁷.

ss.; G. C. PINELLI, *L'istituzione di una procura europea: alcuni nodi ancora irrisolti*, in *Scritti dei dottorandi in onore di A. Pizzorusso*, Torino, 2005, p. 353 ss.; CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur l'institution d'un parquet européen*, Paris, 2011; K. LIGETI, *The European Public Prosecutor's Office: How Should the Rules Applicable to its Procedure be Determined*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 123 ss.; ID. (ed.), *Toward a Prosecutor for the European Union. Vol. I: A comparative analysis*, Oxford, 2012; M. ZWIERS, *The European Public Prosecutor's Office. Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, Antwerp, 2011; V. COVOLO, *From Europol to Eurojust – Towards a European Public Prosecutor: Where Does OLAF Fit In?*, in *EU CRIM*, 2012, p. 83 ss.; M. VAUDANO, A. VENEGONI, *Commento art. 86*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 934 ss.; S. JOISSAINS, *Rapport d'information (fait au nom de la commission des affaires européennes sur la création d'un parquet européen)*, Session ordinaire Sénat 2012-2013, 11 décembre 2012, n. 203.

¹⁴ Richiamate nella nota 5 del Libro verde della Commissione, dell'11 dicembre 2001, sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea, COM(2001)715 def.

¹⁵ Il conferimento in questione risulta dalla congiunta lettura degli articoli K.3, par. 1, e K.1, paragrafi 5 e 7, TUE.

¹⁶ La previsione si è concretizzata con il Trattato di Amsterdam (1997), il quale modifica la menzionata competenza di coordinamento in competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri (articoli 29 e 31 TUE).

¹⁷ Per la materia che qui interessa ci si riferisce alla Convenzione del 16 luglio 1995, relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee (PIF), *GUCE C 316*, 27 novembre 1995, p. 48 ss., corredata da tre Protocolli: del 27 settembre 1996, contro la corruzione dei funzionari comunitari, *GUCE C 313*, 23 ottobre 1996, p. 1 ss.; del 19 giugno 1997, in materia di confisca, di riciclaggio dei proventi da reato, di responsabilità della persona giuridica, *ivi C 221*, 19 luglio 1997, p. 11 ss.; e del 29 novembre 1996, concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia e delle Comunità europee, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, *ivi C 151*, 20 maggio 1997, p. 1 ss. Su tali strumenti pattizi v. L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni dell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del*

Come noto, quest'ultima è oggi la via sicuramente individuata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Essa è percorsa non più ricorrendo ad accordi intergovernativi, ma ad atti normativi unilaterali di portata legislativa adottati da Parlamento e Consiglio indirizzati a porre “direttive [contenenti] norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentino una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”, ovvero – secondo altra opinione dottrinale – “le misure necessarie nei settori della prevenzione e della lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione”¹⁸.

Con quella prima iniziativa suscitata dalla Commissione, a un gruppo di esperti fu affidato il compito di prospettare una soluzione normativa: lo studio che ne emerse fu consegnato entro un rapporto intitolato *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*¹⁹: lo scopo era allora quello di avviare una riflessione su un catalogo di principi fondamentali in materia di tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione, funzionali alla creazione di uno spazio europeo di giustizia penale, anche tramite l'istituzione di un pubblico ministero europeo, individuando la base giuridica a ciò necessaria. Lo studio fu assai stimolante: esso originò un intenso dibattito scientifico che ebbe ad oggetto le soluzioni lì proposte e le implicazioni di esse per gli ordinamenti degli allora quindici Stati membri²⁰.

Trattato di Maastricht, Torino, 1998, p. 133 ss. Per riferimenti più generali al processo normativo di armonizzazione del diritto penale degli Stati membri dell'Unione europea v. *supra*, nota 8, e *infra*, nota 18.

¹⁸ Così ai sensi, rispettivamente, dell'art. 83, par. 1, e dell'art. 325, par. 4, TFUE. Al proposito si pongono almeno due questioni interpretative: una prima attiene al rapporto fra questa disposizione e l'art. 83 TFUE, che disciplina su di un piano generale la competenza dell'Unione in materia di armonizzazione delle fattispecie penali e delle relative sanzioni; una seconda attiene alle nozioni di “frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione” e a quella di “interessi finanziari dell'Unione”, al fine di stabilire il perimetro di applicazione della disposizione in oggetto. Su tutte tali questioni si rinvia *infra*, par. 4. Sul processo di armonizzazione in atto a partire dagli attuali articoli 83 e 325 TFUE si rinvia all'indagine e alle soluzioni proposte da A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., p. 381 ss.; D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., cap. IV; R. SICURELLA, *Lo spazio penale europeo dopo Lisbona: le nuove competenze dell'Unione europea alla prova dei principi fondamentali dello Stato di diritto*, in N. PARISI, V. PETRALIA (a cura di), *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2012, p. 87 ss. Per un interessante parallelo fra ordinamenti statunitensi e dell'Unione europea sul fronte delle tecniche di armonizzazione in campo penale v. N. LONG, *Harmonization of criminal law in the EU*, Study PE 419.631, reperibile *online*.

¹⁹ Il *Corpus Juris* è pubblicato a cura di M. DELMAS-MARTY, Paris, 1997.

²⁰ I risultati di questo dibattito sono riprodotti in M. DELMAS-MARTY, J. A. E. VERVAELE (eds.), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, Antwerp-Groningen-Oxford, 2000-2001; lo studio è stato pubblicato nella versione italiana, aggiornato alle obiezioni, precisazioni e integrazioni emerse da tale dibattito, da G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Corpus Juris 2000*, cit.

Trasferito il dibattito dal piano delle idee a quello istituzionale, la Commissione prese l'iniziativa nell'ambito delle procedure di revisione del Trattato comunitario e dell'Unione che si concretarono nel Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, con l'adozione di un parere nel quale si suggeriva "di completare le disposizioni in vigore in materia di tutela degli interessi finanziari della Comunità stabilendo una base giuridica che istituisca un procuratore europeo e consenta l'adozione di norme in materia di azioni giudiziarie penali contro le frodi transnazionali"²¹: esso fu integrato da un "contributo complementare", tutto concentrato sull'introduzione di un procuratore europeo a difesa degli interessi finanziari europei²².

Sempre la Commissione, in adempimento del Piano d'azione 2001-2003 per la protezione degli interessi finanziari della Comunità europea²³, propose una serie di misure specifiche, fra le quali il rilancio del dibattito sull'istituzione di un procuratore europeo²⁴. Conseguentemente adottò il Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea²⁵, al quale seguì una consultazione pubblica i cui risultati sono stati raccolti nel Rapporto sulle reazioni al Libro verde relativo alla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e alla creazione di una procura europea²⁶. In questi documenti, come in altri successivi²⁷, risalta con evidenza la strumentalità di una procura europea a un'efficace strategia di contrasto alle condotte suscettibili di ledere gli interessi finanziari dell'Unione, strategia che coniuga misure giuridiche europee e nazionali, tanto amministrative che penali.

Il Consiglio europeo nella sessione di Nizza del 7-9 dicembre 2000 – che avviò la sopra ricordata riforma dei Trattati – trascurò le proposte, alle quali invece venne prestata attenzione nella sessione di Laeken (14-15 dicembre 2001), all'atto di conferire a una *convention* il mandato per l'elaborazione del Trattato "costituzionale". La previsione circa l'istituzione di una procura europea fu infine contemplata nell'art. III-274 della versione dell'Accordo licenziata

²¹ Parere della Commissione, del 26 gennaio 2000, sulla riforma istituzionale al servizio dell'allargamento, COM(2000)34 def., punto 5.b.

²² Comunicazione della Commissione, del 29 settembre 2000, sul contributo complementare della Commissione alla Conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali, La tutela penale degli interessi finanziari comunitari: un procuratore europeo, COM(2000)608 def.

²³ Comunicazione della Commissione, del 28 giugno 2000, sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità – Lotta contro la frode. Per un approccio strategico globale, COM(2000)358 def.

²⁴ Comunicazione della Commissione, del 15 maggio 2001, sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità – Lotta contro le frodi: Programma d'azione 2001-2003, COM(2001)254 def., punto 4.1.

²⁵ Libro verde COM(2001)715 def.

²⁶ Rapporto della Commissione, del 19 marzo 2003, sulle reazioni al Libro verde relativo alla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e alla creazione di una procura europea, COM(2003)128 def.

²⁷ Comunicazione della Commissione, del 26 maggio 2011, sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale e le indagini amministrative, Una politica integrata per salvaguardare il denaro dei contribuenti, COM(2011)293 def., punto 4.

dalla Conferenza intergovernativa di revisione dei Trattati, ma in modo riduttivo rispetto alla proposta redatta dalla *Convention*: ivi si prevedeva una competenza della procura ben più vasta, estesa, oltre che ai reati suscettibili di ledere gli interessi finanziari dell'Unione, anche alle condotte di "criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale"²⁸.

Alla battuta d'arresto nel processo di revisione dei Trattati sull'Unione e sulle Comunità europee, determinata dagli esiti negativi degli appuntamenti referendari in Francia e nei Paesi Bassi, seguì (il 23 giugno 2007) il conferimento a una nuova Conferenza intergovernativa del compito di predisporre la revisione convenzionale, con il mandato dettagliato e preciso di riprendere la parte essenziale delle riforme istituzionali approvate nel 2004, abbandonando tuttavia ogni implicazione costituzionale anche nella terminologia impiegata. Nonostante la chiara implicazione federale, la norma sulla procura europea è stata accolta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione in modo inalterato rispetto a quella contenuta nel Trattato "costituzionale".

3. La Procura europea non è dunque istituita dal Trattato. L'art. 86 TFUE è, infatti, solo la base giuridica per la sua istituzione, che deve avvenire con regolamento dell'Unione. L'adozione di quest'atto consegue all'utilizzo di una procedura legislativa speciale, in particolare quella che consiste nella delibera all'unanimità del Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo²⁹.

L'assenza dell'unanimità dei componenti del Consiglio non rappresenta tuttavia un ostacolo insormontabile alla costituzione dell'organo: determina piuttosto una sospensione dei lavori in questa sede e il coinvolgimento del Consiglio europeo, il quale è chiamato a pronunciarsi entro quattro mesi. La sua delibera positiva (ancora una volta, dunque, all'unanimità) determina il rinvio del progetto di atto normativo al Consiglio per la sua adozione. Il disaccordo degli Stati in sede di Consiglio europeo "apre", invece, al possibile avvio da parte di almeno nove Stati membri di una cooperazione rafforzata, della quale devono essere informati Parlamento europeo, Consiglio e Commissione. La procedura stabilita in via generale per queste ipotesi è integralmente applicabile³⁰ fuorché per la questione che riguarda la fase necessaria a ottenere l'autorizzazione del Consiglio a procedere in cooperazione rafforzata: nel caso dell'istituzione della Procura europea (come nel caso in cui alcuni degli Stati membri utilizzino il c.d. "freno di emergenza" in materia di cooperazione giudiziaria penale e di polizia)³¹, l'articolata procedura per ottenere l'autorizzazione del Consiglio è sostituita dalla presunzione della sua concessione.

²⁸ Art. III-175, par. 1, del Trattato "costituzionale".

²⁹ Art. 86, par. 1, co. 1, che dunque rinvia alla disciplina dettata dall'art. 289, par. 2, TFUE.

³⁰ Articoli 20 TUE e 326-334 TFUE.

³¹ Ai sensi dell'art. 82, par. 3, co. 2 (il quale dispone che il "freno di emergenza" possa essere utilizzato nel caso dell'adozione di direttive contenenti norme minime necessarie a "facilitare il reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale"; resta così esclusa dal proce-

Non si possono sottovalutare i pericoli e comunque le controindicazioni che derivano, ai fini dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, dall'istituzione di una procura per una parte soltanto degli Stati membri: l'attuale frammentazione dello spazio europeo di repressione penale è, infatti, già ora una delle concause della scarsa efficacia dell'azione europea di contrasto alla criminalità e, conseguentemente, è da taluni considerato motivo determinante per dotare l'Unione di questo organo³².

Tuttavia lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è già assai segmentato: Regno Unito e Irlanda vi partecipano secondo la formula di *opting in* (dichiarando, cioè, volta a volta, di voler partecipare all'adozione e all'applicazione di singole misure, ivi comprese quelle relative all'*acquis* di Schengen); la Danimarca ne è esclusa (*opting out*), conservando la facoltà di decidere se vincolarsi, nell'ambito dell'Unione su un piano intergovernativo, con gli altri Stati membri all'osservanza di singoli provvedimenti che attengono allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia³³. Anche l'efficacia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (certamente strategica per la materia penale) è limitata nella sua applicazione per Regno Unito, Polonia³⁴ e forse, in futuro, anche per la Repubblica Ceca. Infine, anche dopo il chiudersi del quinquennale periodo transitorio stabilito dal Trattato di Lisbona (dunque, dopo il 30 novembre 2014), il controllo della Corte di giustizia non si estenderà agli atti intervenuti in materia penale nel quadro dell'estinto terzo "pilastro" dell'Unione quando essi riguardino il Regno Unito.

dimento l'adozione di "misure" di cui all'art. 82, par. 1, co. 2); dell'art. 83, par. 3, co. 2; e dell'art. 87, par. 3, TFUE.

³² La convinzione espressa (sulla quale si tornerà nel par. 4) – condivisa da molti studiosi, fra i quali da ultimo E. PERILLO, *Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, sécurité et justice: deux ans après Lisbonne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 576 ss., per il quale (p. 598) "une effective 'communautarisation' de l'espace ne saurait être atteinte (...) sans l'établissement effectif d'un parquet européen (...)" – non è unanimemente sostenuta: si considerino, per esempio, le riserve espresse dal Bundesrechtsanwaltskammer e dal Deutscher Anwaltverein – enti associativi di esponenti delle professioni legali in Germania – nella *Joint Position* no. 80/2012 (November), pubblicata anche in *Towards the European Public Prosecutor's Office, Speakers' Contributions* (to ERA Conference 313DT21), Trier, 17-18 gennaio 2013. Ivi si sostiene, tra l'altro, che "[t]he need for a European Public Prosecutor's Office has not been proven" (p. 3); "European Union citizens receive a bad image of the European Union if a European Public Prosecutor's Office is created before the steps contained in the roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings have been completed and completely implemented into national law" (p. 4); mancano al momento proposte "to establish a specialised court in accordance with Article 257 TFEU", la cui istituzione è considerata necessaria per garantire il controllo giurisdizionale sulle misure investigative assunte dalla procura europea (considerando a ciò inidoneo il Tribunale dell'Unione: p. 5); concludendo che "[t]he Federal Republic of Germany does not have to and does not need to participate in an Enhanced Cooperation (...), since German law enforcement authorities prosecute crimes affecting the financial interests of the European Union sufficiently and appropriately" (p. 7) (corsivo in luogo delle sottolineature presenti nel testo). Su quest'ultimo rilievo si rinvia oltre, al par. 5.

³³ Ai sensi dei Protocolli dal n. 19 al n. 22 e della Dichiarazione n. 56, allegati ai Trattati.

³⁴ V. il Protocollo n. 30 e le Dichiarazioni n. 61 e n. 62, allegati ai Trattati.

Dunque, l'istituzione di una procura a seguito di cooperazione rafforzata sarebbe certamente deprecabile, ma non costituirebbe un fatto eccezionale; anzi, come più in dettaglio si dirà, potrebbe rappresentare comunque un passo nella direzione della costruzione di un più efficace quadro normativo e operativo nel settore del contrasto alle condotte di criminalità transnazionale che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione.

Il Trattato nulla dice sulla composizione della Procura, che verrà definita dal suo Statuto, stabilito con regolamento adottato con la stessa procedura utilizzata per la sua istituzione³⁵. Dal dibattito dottrinale e istituzionale del quale si è sinteticamente dato conto emerge una propensione per un'organizzazione su base decentrata: un procuratore europeo, quale ufficio centrale stabilito nelle sedi dell'Unione; pubblici ministeri europei delegati in ciascuno Stato membro³⁶. Questa è una struttura che sembra compatibile con la lettera dell'art. 86, par. 2, TFUE là dove si stabilisce che la procura "esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri"³⁷.

4. I compiti che il Trattato affida alla Procura si inseriscono in una fase assai importante della vicenda processuale, quella investigativa e istruttoria che si manifesta tramite l'individuazione, la persecuzione e il rinvio a giudizio degli autori (nonché dei loro complici) di condotte illecite che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione. A questi si aggiunge il compito (già ricordato) di esercitare l'azione penale in relazione a tali condotte davanti agli organi giurisdizionali nazionali.

Le condotte di reato sono individuate dal Trattato in termini assai vaghi³⁸, rinviando a un futuro regolamento la definizione di quali attività siano suscettibili di connotarsi come reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

Sul piano ermeneutico, una prima questione problematica posta da siffatta disposizione riguarda proprio l'individuazione della nozione di "interessi finanziari dell'Unione". Non definita dai Trattati, si può tentare di ricavarne i confini dalla prassi delle istituzioni. Secondo la Commissione, "rientrano in questa nozione tutti i fondi gestiti dall'Unione o per suo conto"³⁹; conseguentemente, ai sensi dell'art. 2 della proposta di direttiva predisposta per sostituire la disciplina stabilita nella Convenzione PIF⁴⁰, devono essere ricondotte a questa espressione "tutte le spese e tutte le entrate (...) coperte o acquisite oppure dovute in virtù: (a) del bilancio dell'Unione; (b) dei bilanci delle istituzioni, organi e organismi stabiliti a norma dei trattati o dei bilanci da questi gestiti o controllati"⁴¹. Dalla

³⁵ Art. 86, par. 3, TFUE.

³⁶ Così il *Corpus Juris*, art. 18; nonché il Libro verde COM(2001)715 def., par. 4.2.

³⁷ Sull'utilità di siffatto ruolo v. la comunicazione COM(2011)293 def., par. 4.3.

³⁸ Art. 86, par. 2, TFUE.

³⁹ V. la comunicazione COM(2012)363 def., p. 7, punto 3.1.

⁴⁰ *Ivi*; sulla Convenzione PIF v. *supra*, nota 17.

⁴¹ La proposta peraltro non innova, in quanto riproduce l'art. 1, par. 2, del regolamento 2988/95.

giurisprudenza della Corte di giustizia emerge una definizione egualmente lata di interessi finanziari dell'Organizzazione⁴².

Sempre dalla prospettiva definitoria, aspetti problematici presenta anche l'individuazione delle condotte che ai sensi del TFUE concorrono a pregiudicare gli interessi finanziari dell'Unione; si tratta infatti di dare contenuto all'espressione "frodi e (...) altre attività illecite", non esattamente coincidente con l'espressione "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", ambedue impiegate in sedi diverse dal Trattato⁴³. La prima delle due locuzioni è certamente più lata, comprendendo anche condotte illecite non penalmente rilevanti. Volendo tuttavia circoscrivere a questo solo ultimo ambito l'indagine (posto che di questo deve occuparsi una procura), si può iniziare con l'osservare che la definizione del reato di frode è già contenuta nell'art. 2 della Convenzione PIF; mentre la nozione di "altre attività illecite" è al momento individuata in alcuni documenti della Commissione europea indirizzati a circostanziare il perimetro della cosiddetta "economia lecita", identificata da un "pacchetto sulla protezione" di essa⁴⁴ che comprende alcune fondamentali azioni: si tratta di misure di rafforzamento del quadro istituzionale, tramite una miglior cooperazione tra le principali agenzie dell'Unione coinvolte (Eurojust, Olaf, Europol, Frontex)⁴⁵; di misure di incentivazione agli Stati membri nel contrasto alla corruzione⁴⁶; di una proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi di reato⁴⁷; ad esse si aggiunge la citata proposta di direttiva destinata a sostituirsi alla disciplina contenuta nella Convenzione PIF⁴⁸.

Da questo complesso di atti si evince quali atti illeciti concorrerebbero a pregiudicare gli interessi finanziari dell'Unione: oltre alle frodi, sono considerati tali la comunicazione o l'omessa comunicazione di informazioni a entità o autorità incaricate di aggiudicare un appalto pubblico o di concedere una sovvenzione che incida sugli interessi finanziari dell'Unione, come definita nella proposta di direttiva da ultimo ricordata; le condotte di corruzione, la cui definizione si deve alla Convenzione dell'Unione contro la corruzione e alla decisione quadro sulla corruzione privata⁴⁹; il riciclaggio, la cui definizione si deve alla

⁴² V. in partic. la sentenza *Commissione c. Germania*.

⁴³ Rispettivamente art. 325, par. 1, e art. 86, par. 2, TFUE.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione, del 22 novembre 2010, sulla strategia di sicurezza interna dell'UE in azione: cinque tappe verso un'Europa più sicura, COM(2010)673 def.

⁴⁵ Comunicazione della Commissione, del 6 giugno 2011, sulla lotta contro la corruzione nell'UE, COM(2011)308 def.

⁴⁶ Comunicazione COM(2011)293 def.

⁴⁷ Il testo della proposta è del 12 marzo 2012, COM(2012)85 def.

⁴⁸ Comunicazione COM(2012)363 def.

⁴⁹ Ci si riferisce alla Convenzione del 26 maggio 1997 relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee e degli Stati membri dell'Unione europea, *GUCE* C 195, 25 giugno 1997, p. 1 ss., e alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, *ivi* L 192, 31 luglio 2003, p. 54 ss.

Convenzione del Consiglio d'Europa dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca il sequestro e la confisca dei proventi di reato⁵⁰.

Tale inventario, pur ricco, non è così esteso come quello proposto nel *Corpus Juris*, ai sensi del quale le condotte considerate lesive degli interessi finanziari dell'Unione erano, oltre alla frode incidente sugli interessi finanziari dell'Unione (art. 1) e in materia di appalti (art. 2), il riciclaggio e la ricettazione (art. 3), la corruzione (art. 5), la malversazione (art. 6), l'abuso d'ufficio (art. 7), la rivelazione di un segreto d'ufficio (art. 8).

Il Trattato prevede⁵¹ che l'ambito oggettivo di competenza della procura possa essere dilatato al di là di questo perimetro determinato dall'esigenza di proteggere il solo bene giuridico "bilancio dell'Unione", sulla base di una decisione del Consiglio europeo (assunta all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo e consultazione della Commissione), per ricomprendere entro la competenza della procura condotte riconducibili a fatti di criminalità grave che presentino una dimensione transnazionale, raccogliendo così il suggerimento proposto dal progetto di Trattato "costituzionale" nella versione elaborata dalla *Convention*.

L'espressione è assai vaga, e presumibilmente sarà necessario armonizzarne la portata⁵², vuoi meglio determinando nell'atto normativo pertinente gli elementi qualificanti tali condotte, vuoi grazie all'attività interpretativa della Corte di giustizia: ciò eviterà che la competenza della Procura dipenda da qualificazioni nazionali divergenti, suscettibili di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione.

Sebbene non espressamente previsto dall'art. 86 TFUE, è da ritenersi che, in caso di istituzione della procura europea mediante cooperazione rafforzata, l'unanimità richiesta in sede di Consiglio europeo per l'ampliamento dell'ambito delle competenze della Procura debba intendersi raggiunta facendo riferimento ai soli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata: sarebbe infatti non congruente pretendere il voto favorevole anche di quegli Stati che hanno preferito non partecipare alla sua stessa istituzione.

⁵⁰ Infatti, a tale Convenzione elaborata nell'ambito del Consiglio d'Europa rinviano da un punto di vista sostanziale la direttiva 91/308/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1991, *ivi* L 166, 28 giugno 1991, p. 77 ss., anche nelle successive messe a punto con la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, *ivi* L 309, 25 novembre 2005, p. 15 ss. – come modificata, ma non per la parte che attiene alla qualificazione delle fattispecie di reato, dalla direttiva 2008/20/CE –, nonché, da un punto di vista formale, con la decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, *ivi* L 182, 5 luglio 2001, p. 1 ss.

⁵¹ Art. 86, par. 4, TFUE.

⁵² Sottolinea la problematicità di questa indeterminatezza G. TESAURO, *Una procura europea per l'Europa del futuro*, in N. PARISI, D. RINOLDI, A. SANTINI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 721 ss., spec. p. 727. Suggerisce vie per circostanziare l'indeterminatezza dell'espressione N. LONG, *op. cit.*, pp. 13-15.

Sempre ad atti di natura regolamentare è affidata la competenza ad adottare lo Statuto della Procura e a individuare le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove, nonché le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che essa adotta nell'esercizio delle proprie funzioni⁵³. L'elenco espresso dalla disposizione sembra avere portata esaustiva; tuttavia l'indeterminatezza della sua prima parte (là dove evoca le "condizioni di esercizio delle (...) funzioni" della Procura, nonché le "regole procedurali applicabili alle sue attività") sembra idonea a riservare al regolamento la disciplina di ogni, anche non espressa, questione attinente al funzionamento di quest'organo.

Tale riserva regolamentare non ha mancato di suscitare perplessità dalla prospettiva del rispetto del principio di stretta legalità penale, in particolare in relazione alla disposizione contenuta nell'art. 86, par. 2, TFUE che, nella versione italiana facente fede⁵⁴, conferisce alla procura la competenza a "individuare, perseguire e rinviare a giudizio (...) gli autori dei reati (...) quali definiti dal regolamento" da adottare ai sensi del par. 1 della stessa disposizione convenzionale. Ci si chiede, in particolare, se il termine impiegato ("definire") indichi che l'atto implicato si dovrà limitare a individuare modelli di comportamento valutati come reato in altre disposizioni, o se esso, invece, dovrà qualificare talune condotte come penalmente rilevanti. La questione è di non poco momento: ricorrendo la seconda ipotesi prefigurata, si sostanzierebbe l'esercizio di una competenza penale diretta dell'Unione, manifestata cioè con un atto normativo di portata legislativa a contenuto penale e capace di esplicare effetti diretti entro gli ordinamenti degli Stati membri⁵⁵.

Vero è che a tali perplessità si possono opporre le garanzie che, sul piano procedurale e sostanziale, l'ordinamento dell'Unione offre ai fini del rispetto di tale principio, in maniera senza dubbio originale rispetto ai canoni per esso richiesti negli ordinamenti nazionali di impronta costituzionale⁵⁶: principio che appartiene all'ordinamento dell'Unione, in quanto parte dei valori sui quali essa si fonda⁵⁷, oltre che principio comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e per ciò stesso principio generale di esso⁵⁸. Occorre anche considerare

⁵³ Art. 86, par. 3, TFUE.

⁵⁴ A proposito del fatto che altre versioni linguistiche (ugualmente facenti fede) della norma abbiano un tenere diverso v. le considerazioni di C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1163 s.

⁵⁵ Sul dibattito in dottrina v. riassuntivamente D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., pp. 96 e 207 ss.

⁵⁶ V. in particolare A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 673 ss.

⁵⁷ Art. 2 TUE.

⁵⁸ Si rinvia agli approfondimenti in argomento contenuti in C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; e nel nostro *Ancora in tema di riconoscimento reciproco principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: alcune considerazioni a partire dal Trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2541 ss. Per una disamina

il sicuro presidio che la Corte di giustizia dell'Unione ha da sempre offerto ai fini del rispetto del principio di legalità, utilizzando prima l'art. 7 CEDU e, più di recente, l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁵⁹.

5. Risulta di immediata evidenza dalle valutazioni qui tracciate che tanti sono i punti problematici che emergono da un assetto così sommariamente delineato dalla disciplina convenzionale. Per la loro soluzione sul piano normativo occorre attendere il regolamento in corso di elaborazione.

Vi sono al proposito da sottolineare le difficoltà cui va incontro la ricerca di una loro soluzione sul piano normativo, complicata anzitutto dalla diversità dei modelli istituzionali accolti negli ordinamenti degli Stati europei. Si consideri, ad esempio, che nel modello continentale il procuratore, oltre a esercitare l'azione penale, dirige anche l'azione dei servizi di polizia, funzione che è invece estranea al modello anglosassone. Ancora, si valutino le implicazioni discendenti dall'accoglimento del principio relativo all'obbligatorietà piuttosto che alla discrezionalità dell'azione penale⁶⁰. Si pensi anche alla condizione di maggiore o minore indipendenza del procuratore, che in alcuni ordinamenti può essere assimilato da questa prospettiva al giudice, mentre in altri è posto alle dipendenze del Ministro della giustizia.

Vero è che non mancano indicazioni assai circostanziate ricavabili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in significative decisioni, ha delineato un modello istituzionale di procuratore (nazionale, per ognuno degli Stati parti della CEDU)⁶¹ dotato di indipendenza dal potere esecutivo e gravato della responsabilità dell'azione penale e delle indagini preliminari⁶², ciò al fine di garantire, insieme all'imparzialità nella ricerca delle responsabilità penali eventualmente implicate⁶³, anche l'effettività del rimedio giudiziario⁶⁴. Sembra difficile pensare che, nel costituire un procuratore per

della questione in epoca precedente al Trattato di Lisbona v. K. LENAERTS, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1625 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Quaderni europei*, n. 14, ottobre 2009, reperibile *online*.

⁵⁹ V., esemplificativamente, le sentenze della Corte di giustizia del 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko*, *Raccolta*, p. I-04057 ss., punto 70 ss., nonché del 10 novembre 2011, causa C-405/10, *Garenfeld*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 48, anche per il richiamo a pregressa giurisprudenza.

⁶⁰ *Corpus Juris*, art. 19; Libro verde COM(2001)715 def., punto 6.2.2.

⁶¹ Al proposito v. V. MONETTI, *Il problema del pubblico ministero europeo. Le linee di tendenza più recenti nel dibattito internazionale*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano fra diritto nazionale e diritto europeo*, Bari, 2012, p. 297 ss.

⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 10 luglio 2008, *Medvedyev c. Francia*, e del 23 novembre 2010, *Moulin c. Francia*.

⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 1979, *Schiesser c. Svizzera*.

⁶⁴ V. già Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 ottobre 1978, *Airey c. Irlanda*; per venire a epoche più recenti, fra le tante v. della stessa Corte le sentenze del 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*; del 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*; e del 27 marzo 2003, *Paulino Tomás c. Portogallo*.

l'Unione europea, si possa non tener conto di tali indicazioni, in virtù del ruolo che la Convenzione europea e la giurisprudenza della sua Corte ricoprono entro l'ordinamento dell'Unione⁶⁵.

Sempre sul piano istituzionale vi sarà da definire la responsabilità giuridica del procuratore per gli atti che compie⁶⁶: atti che si concretano anzitutto nell'individuazione della giurisdizione competente per il giudizio, ovvero posta nelle condizioni migliori per procedere contro i presunti responsabili di atti lesivi degli interessi finanziari⁶⁷; probabilmente (se così stabilirà il regolamento), per l'avocazione a se stesso di procedimenti pendenti di fronte a una giurisdizione nazionale (ai fini del rispetto del principio di sussidiarietà). In relazione alle questioni che potrebbero sorgere sul terreno dei conflitti di competenza già il *Corpus juris* e la Commissione prefiguravano la competenza della Corte di giustizia⁶⁸.

Per quanto riguarda gli atti del procedimento nella fase investigativa e istruttoria, quelli cioè che consentono alla Procura di accertare la necessità dell'azione penale in relazione a fatti meritevoli di repressione nonché quelli relativi al rinvio a giudizio, il *Corpus juris* e la Commissione suggerivano la costituzione di un "giudice delle libertà" designato da ogni Stato membro⁶⁹. È probabile che la questione della responsabilità possa porsi anche sul piano della politica criminale che il procuratore europeo si darà⁷⁰: ciò potrebbe verificarsi soprattutto (ma non esclusivamente) se, accogliendo il principio della non obbligatorietà dell'azione penale o dell'obbligatorietà temperata, ad esso sarà affidato il compito di individuare i criteri prioritari della propria azione.

Infine, e ancora sul piano istituzionale, occorrerà definire alla luce dei principi di sussidiarietà e complementarità i rapporti fra la Procura (nelle sue diverse articolazioni) e, da una parte, le autorità nazionali incaricate di esercitare l'azione penale; dall'altra, le autorità nazionali ed europee⁷¹ la cui attività incide nella fase investigativa; dall'altra ancora, le autorità di Stati terzi (sia membri che non membri dell'Unione) rispetto a quanti partecipano alla costituzione della Procura stessa.

Ugualmente, non poche sono le diversità che contraddistinguono l'assetto processuale entro gli ordinamenti degli Stati membri in materie che incidono

⁶⁵ Ci si permette di rinviare al nostro *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 653 ss.

⁶⁶ Nel dibattito scientifico sul punto, si segnalano opinioni secondo le quali sarebbe necessario ricorrere all'art. 257, par. 1, TFUE per istituire un tribunale specializzato quale giudice di primo grado: v. la *Joint Position* no. 80/2012, nonché E. PERILLO, *op. cit.*, p. 598.

⁶⁷ *Corpus Juris* 2000, art. 26.

⁶⁸ *Corpus Juris*, art. 28; Libro verde COM(2001)715 def., par. 8.2.2. Alla stessa Corte potrebbero anche essere attribuite le competenze in materia di interpretazione delle norme relative alla Procura, nonché di inadempimento degli Stati membri.

⁶⁹ *Corpus Juris*, art. 25-bis; Libro verde COM(2001)715 def., par. 6.4.

⁷⁰ Adombra questa possibilità Y. BOT, nella relazione pubblicata in *Towards the European Public Prosecutor's Office*, cit.

⁷¹ In particolare per i rapporti con Eurojust v. le brevi considerazioni *infra*, par. 6.

sull'esercizio delle competenze di una procura e che determinano difficoltà nello stabilire un regime armonizzato, se non comune, fra gli Stati membri dell'Unione. Così è per la materia relativa all'ammissibilità delle prove⁷²; per la determinazione dei criteri di scelta dello Stato (ovvero del foro) di rinvio del giudizio⁷³; per la previsione di una disciplina relativa alle garanzie processuali delle persone coinvolte nel procedimento⁷⁴, determinante ai fini di assicurare la legittimità all'azione della procura europea. Vero è che si tratta di questioni che sono già presenti alle istituzioni europee e che innervano il dibattito dottrinale che va svolgendosi⁷⁵: in particolare si segnala la redazione di *Model Rules*⁷⁶ che, proseguendo l'opera di approfondimento iniziata con il *Corpus Juris*, sostengono l'attività progettuale delle istituzioni europee⁷⁷.

A ciò si aggiungono i tentativi di dotare l'Unione di un regime giuridico in materia anche indipendentemente dall'istituzione di una procura europea. Per restare all'inventario delle questioni appena sopra proposto, per quanto riguarda il regime di ammissibilità delle prove, non deve essere sottovalutato il grande sforzo compiuto con la predisposizione di un progetto di direttiva sull'ordine europeo di investigazione in materia penale, procedimento utile all'acquisizione e al trasferimento degli elementi di prova (destinati a essere utilizzati in procedimenti di portata transnazionale) raccolti entro il territorio degli Stati membri dell'Unione europea⁷⁸. Quanto alla soluzione dei conflitti di giurisdizione, già qualcosa si è accennato⁷⁹. Per quanto riguarda, infine, le garanzie processuali di indagato, imputato e condannato si consideri che, a partire dall'art. 6 CEDU e dagli articoli 47-50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, è stata intrapresa un'attività normativa per circostanziare i principi stabiliti dalla *road map*

⁷² *Corpus Juris*, articoli 32-33; Libro verde COM(2001)715 def., punto 6.3.4.

⁷³ *Corpus Juris*, art. 26; Libro verde COM(2001)715 def., punto 6.3.1.

⁷⁴ *Corpus Juris*, art. 29; Libro verde COM(2001)715 def., 6.2.1.

⁷⁵ Ci si richiama in particolare al documento (riassuntivo di tale dibattito) presentato dalla EUROPEAN CRIMINAL BAR ASSOCIATION, *Cornerstones for a draft regulation on the establishment of a European Public Prosecutor's Office ("EPPO") in accordance with art. 86 par. 1-3 TFEU*, February 2013, reperibile *online*, che individua 14 punti irrinunciabili nella disciplina che dovrà informare l'attività della procura europea "in order to enforce trust and recognition to such a new powerful authority" (p. 2).

⁷⁶ Le *Model Rules* sono state predisposte da un gruppo di esperti (in diritto penale europeo) e oggi pubblicate (accompagnate da un rapporto) a cura di K. LIGETI, *Introduction to the Model Rules* in www.eppo-project.eu.

⁷⁷ Si tratta di un'opera di approfondimento che è proseguita nel tempo, con gli studi di E. CAPE, Z. NAMORADZE, R. SMITH, T. SPRONKEN, *Effective Criminal Defence in Europe*, Antwerp, 2010, e di U. SIEBER, M. WADE, *Structures and Perspectives of European Criminal Justice*, Berlin, 2010.

⁷⁸ La materia è attualmente oggetto di disciplina tramite la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco di beni o di sequestro probatorio, *GUUE* L 196, 2 agosto 2003, p. 45 ss., e la decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, *ivi* L 350, 30 dicembre 2008, p. 72 ss. La proposta di direttiva è pubblicata *ivi* C 165, 24 giugno 2010, p. 22 ss.

⁷⁹ V. *supra*, nota 12.

adottata dal Consiglio con risoluzione del 30 novembre 2009, secondo un programma di direttive di armonizzazione già iniziato⁸⁰.

È evidente che tale attività normativa non è di per sé sola sufficiente, richiedendosi, ai fini di effettività della tutela, l'adempimento di essa entro gli ordinamenti degli Stati membri⁸¹. Peraltro, la giurisprudenza della Corte di giustizia è già ora, e non da poco, assai attenta ai profili garantistici, come emerge da nutrita e articolata giurisprudenza⁸².

6. Infine, vi è la complessa questione dei rapporti che dovranno instaurarsi fra la Procura e le istituzioni politiche dell'Unione, nonché gli organi e organismi europei che ricoprono funzioni incidenti nel settore dell'amministrazione della giustizia penale, quali principalmente la rete giudiziaria europea, Frontex, Olaf, Europol ed Eurojust. A quest'ultimo in particolare deve essere riservata in questa sede attenzione specifica, anche a motivo del disposto – alquanto sibillino – del TFUE che stabilisce che la Procura verrà istituita “a partire da Eurojust”⁸³.

⁸⁰ Si tratta della direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, relativa al diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, *GUUE* L 280, 26 dicembre 2010, p. 1 ss., e della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, *ivi* L 142, 1° giugno 2012, p. 1 ss. Su tale processo normativo e anche sugli sviluppi *in itinere*, v. W. VAN GERVEN, *Constitutional Conditions for a Public Prosecutor's Office at the European Level*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (eds.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, cit., 301 ss., spec. par. 4; M. PEDRAZZI, I. VIARENGO, A. LANG (eds.), *Individual Guarantees in the European Judicial Area in Criminal Matters*, Bruxelles, 2011; N. PARISI, *Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, confianze mutuelle e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri dell'Unione europea*, www.europeanrights.eu.

⁸¹ La questione è tra l'altro assunta dall'ambiente legale tedesco (v. la *Joint Position* no. 80/2012) come uno degli ostacoli attuali all'istituzione di una procura europea.

⁸² V. da ultimo la sentenza del 28 febbraio 2013, causa C-334/12 RX-II, *Arango Jamarillo*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, specificamente sulla nozione di termine ragionevole per il ricorso giurisdizionale (punti 28-32), di diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo (punti 40-46) e, conseguentemente, sulla coerenza dell'ordinamento dell'Unione in relazione al rispetto di questi principi nei diversi ambiti per i quali essi rilevano (punti 47-59). La precedente giurisprudenza pertinente è richiamata, distinguendo in relazione al tipo di diritto garantito, da N. PARISI, *Riconoscimento reciproco*, cit., note da 41 a 51.

⁸³ Art. 86, par. 1, TFUE. Si riordinano così le diverse previsioni relative a Eurojust contenute negli articoli 29, co. 2, 2° trattino, e 31, par. 1, lett. a), e par. 2, TUE nella versione precedente alla revisione di Lisbona. Emerge da queste ultime disposizioni richiamate il differente ruolo che Eurojust è chiamato a ricoprire ai sensi del Trattato di Lisbona rispetto all'assetto determinato con il Trattato di Nizza, con il quale gli Stati si erano determinati a dare adempimento alla generica raccomandazione n. 21 contenuta nel Piano d'azione contro la criminalità organizzata, adottato dal Consiglio il 28 aprile 1997 (*GUCE* C 251, 15 agosto 1997, p. 1), che suggeriva agli Stati membri “to pool their resources at European level by setting up a network for judicial cooperation”; e alla ben più precisa raccomandazione n. 46 contenuta nel Programma di Tampere (v. le Conclusioni della Presidenza del 15-16 ottobre 1999, in *Cassazione penale*, 2000, p. 302), ove il Consiglio europeo dichiarava di aver “convenuto di istituire un'unità (Eurojust), composta di pubblici ministeri, magistrati e funzionari di polizia di pari competenza, distaccati da ogni Stato membro [per] agevolare il buon coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, di

Come noto, quest'ultimo organo è chiamato – ai sensi di detto Trattato – a “sostenere e potenziare” il “coordinamento e la cooperazione” tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale⁸⁴, nonché – ai sensi della decisione 2009/426/GAI⁸⁵ – ad assistere le autorità degli Stati membri (semberebbe di capire: di ciascuno Stato membro) per facilitare le indagini e l'azione penale⁸⁶. Tali obiettivi devono essere perseguiti in relazione alle condotte di criminalità che coinvolgano almeno due Stati membri o che richiedano “un'azione penale su basi comuni” (par. 1, co. 1).

prestare assistenza nelle indagini riguardanti i casi di criminalità organizzata, (...) e di cooperare strettamente con la rete giudiziaria europea (...). Tale ultima sollecitazione è stata immediatamente rafforzata dalla raccomandazione n. 23 adottata dal Consiglio europeo il 29 marzo 2000 nel quadro del piano relativo alla prevenzione e controllo della criminalità organizzata, Strategia dell'Unione europea per l'inizio del nuovo millennio, *GUCE* C 124, 3 maggio 2000, p. 1.

⁸⁴ Art. 85, par. 1, co. 1, TFUE; così anche art. 3, par. 1, lettere a) e b), della decisione 2009/426/GAI del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust e che modifica la decisione 2002/187/GAI che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, *GUUE* L 138, 4 giugno 2009, p. 14 ss.

⁸⁵ La decisione citata ha modificato la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, *GUCE* L 63, 6 marzo 2002, p. 1 ss., adottata ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Nizza (quest'ultima aveva provveduto a sostituire con Eurojust l'Unità provvisoria di cooperazione giudiziaria Pro-Eurojust istituita con decisione 2000/799/GAI del Consiglio, del 14 dicembre 2000, relativa all'istituzione di un'Unità provvisoria di cooperazione giudiziaria, *ivi* L 324, 21 dicembre 2000, p. 2 ss.).

⁸⁶ Dunque intervenendo pure quando non si tratti di coordinare e di favorire la cooperazione fra più Stati membri (par. 1, lett. c, e par. 2; art. 4, par. 2) anche nei rapporti con Stati terzi (sulla base di un preesistente accordo di cooperazione fondato sull'art. 26, ovvero quando ciò risponda a un interesse essenziale: par. 2) o con l'Unione (par. 3). La dottrina su Eurojust è imponente; ci si limita a segnalare alcuni soltanto fra i contributi che si considerano più significativi (oltre a quanti si citeranno più oltre): H. G. NILSSON, *Eurojust*, cit.; ID., *Judicial Cooperation in the EU: Eurojust and the European Public Prosecutor*, in E. GUILD, S. CARRERA, A. EGGEN-SCHWILER (eds.), *The Area of Freedom, Security and Justice Ten Years on Successes and Future Challenges Under the Stockholm Programme 2010*, Brussels, 2000, p. 173 ss.; L. SALAZAR, *Eurojust: una prima realizzazione della decisione del Consiglio europeo di Tampere*, in *Documenti giustizia*, 2000, p. 1339 ss.; S. O'DOHERTY, A. GOSINE, *Eurojust: A New Agency for a New Era*, in *New Law Journal*, 2002, p. 3 ss.; D. MANZIONE, *Eurojust e squadre investigative comuni*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 177 ss.; N. THWAITES, *Eurojust: autre brique dans l'édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou solide mortier*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2003, p. 45 ss.; M. PANZAVOLTA, *Eurojust: il braccio giudiziario dell'Unione*, in M. G. COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, 2005, p. 149 ss.; E. ZANETTI, *Eurojust e l'ordinamento italiano*, Milano, 2006; A. SUOMINEN, *The Past, the Present and the Future of Eurojust*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 217 ss.; J. A. E. VERVAELE, *The Shaping and Reshaping of Eurojust and OLAF Investigative Judicial Powers in the European Judicial Area*, in *EUCRIM*, 2008, p. 180 ss.; M. LABAYLE, H. G. NILSSON, *The Role and Organisation of Eurojust. Added Value for Judicial cooperation in Criminal Matters*, in J. MONAR (ed.), *The Institutional Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice*, Bruges, 2009, p. 195 ss.; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2011, III ed.; P. JENEY, *The Future of Eurojust*, Study PE 462.451, reperibile online; L. SALAZAR, M. VAUDANO, A. VENEGONI, *Commento art. 85*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *op. cit.*, p. 923 ss.

La formula utilizzata non è identica, ma assomiglia molto al disposto dell'art. 83, par. 1, co. 1, TFUE, che conferisce all'Unione una competenza normativa ad armonizzare le condotte di reato e le relative sanzioni "in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni": nel caso di Eurojust non si evoca la gravità della condotta di reato (che è però contenuta nel titolo della decisione del 2002 che la istituisce); tuttavia sono richiamati sia il carattere della transnazionalità, sia la necessità di un'azione di contrasto condivisa e non unilateralmente stabilita dal singolo Stato⁸⁷.

Per conseguire gli obiettivi sopradetti sono stabiliti a carico del membro nazionale compiti individuali e collegiali⁸⁸. Quanto ai primi, essi consistono nell'inoltro di richieste per l'avvio di indagini e azioni penali, per atti di coordinamento delle competenti autorità, ivi compresa l'esecuzione del mandato d'arresto europeo⁸⁹, per l'istituzione di una squadra investigativa comune⁹⁰, per la comunicazione di informazioni, perché vengano assunte speciali misure investigative, per la soluzione dei conflitti di giurisdizione⁹¹; la competenza del membro nazionale riguarda inoltre la trasmissione di rogatorie⁹². Quanto ai compiti collegiali⁹³, la richiesta inoltrata alle autorità competenti riguarda tutti i casi appena elencati, ma mira ad ottenere da esse il giudizio circa la possibilità di darvi seguito o meno. Va ancora aggiunto che Eurojust funziona pure da supporto nel prestare assistenza logistica, oltre che a tenere rapporti di coordinamento con Stati terzi e organizzazioni internazionali, anche stipulando appositi accordi⁹⁴. Ulteriori competenze provengono non dalla decisione istitutiva e di sua revisione, ma da altri atti che ne arricchiscono il ventaglio⁹⁵.

⁸⁷ Le condotte di reato così qualificate ricadono nella competenza di Eurojust se per esse è competente Europol (art. 4 decisione 2002/187/GAI), come stabilito dall'art. 4 della decisione del Consiglio 2009/371/GAI, del 6 aprile 2009, che istituisce l'Ufficio europeo di polizia, *GUUE* L 121, 8 maggio 2012, p. 37: l'allegato alla decisione contiene l'elenco delle condotte di reato che ricadono nella competenza di Europol e che integra l'art. 4. Sulla difficoltà di definire questi termini, così vaghi, che implicano grande discrezionalità v. D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., cap. IV, par. 6.

⁸⁸ Articoli 6 e 9 della decisione 2009/426/GAI, dovendosi distinguere l'ipotesi in cui il membro agisce in nome e per conto del proprio Stato dall'ipotesi in cui il membro agisce in nome e per conto di Eurojust.

⁸⁹ E. BARBE, *Mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust*, in *New Law Journal*, 2002, p. 3 ss.

⁹⁰ J. L. LOPES DE MOTA, *Eurojust and its Role in Joint Investigation teams*, in *EUCRIM*, 2009, p. 88 ss.

⁹¹ G. C. GREBBIE, *Conflict of European Jurisdiction. A Matter of Concurrence*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2009, p. 11.

⁹² Le autorità richieste hanno la facoltà (non l'obbligo) di adempiere, ma sono tenute a motivare l'eventuale rifiuto. I nuovi articoli 9-bis ss. introducono altre competenze che il membro nazionale deve svolgere entro il proprio ordinamento, sulle quali non si considera qui necessario fermare l'attenzione.

⁹³ Art. 7 decisione 2009/426/GAI.

⁹⁴ Art. 27 decisione 2009/426/GAI.

⁹⁵ Per esse (sulle quali in questa sede non si rende necessario alcun approfondimento) v. A. WEYEMBERGH, *The Development of Eurojust: Potential and Limitations of Article 85 of the TFEU*,

È sottratto a Eurojust il compimento degli atti istruttori penali, che spetta alle sole autorità nazionali⁹⁶. Questo è un importante elemento che segnala la differente natura di Eurojust⁹⁷ rispetto a quella della futura Procura europea, la quale potrebbe invece vedersi attribuire questi poteri, stante la sua chiara implicazione nell'amministrazione della giustizia penale, e dunque assumere natura giurisdizionale.

Tuttavia, e nonostante quest'ultimo rilievo, risaltano le aree di contiguità nelle finalità e nei compiti dei due organi, tanto da suscitare perplessità sulla ordinata convivenza di essi entro l'ordinamento dell'Unione. Vero è che la Procura avrebbe – almeno all'atto della sua prima istituzione – competenza limitata ai soli interessi finanziari dell'Unione, ivi esercitando funzioni inquirenti e di azione penale; mentre Eurojust ha una sfera oggettiva amplissima estesa all'intera cooperazione giudiziaria fra autorità penali avviata entro l'Unione tra gli Stati membri, nonché tra questi e l'Unione, ma ivi esercitando solo funzioni di tipo amministrativo.

Considerando questa sovrapposizione parziale di funzioni fra i due organi, potrebbero delinearci due diverse soluzioni istituzionali: la creazione di una unità entro Eurojust, che così acquisirebbe in uno specifico settore – quello relativo al contrasto alle condotte pregiudizievoli degli interessi finanziari dell'Unione – anche competenze giurisdizionali; ovvero l'assorbimento di Eurojust entro la Procura, che vedrebbe trasferite a se stessa competenze amministrative assai estese in un vasto ambito di contrasto alla criminalità, oggi esercitate da quest'organo. Quest'ultima soluzione potrebbe prestarsi come utile occasione per intervenire nuovamente sull'assetto di Eurojust: si consideri, infatti, che la decisione del 2008 (di revisione della decisione istitutiva del 2002)⁹⁸ non è stata

in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, p. 75 ss.

⁹⁶ Art. 27, par. 2, decisione 2009/426/GAI.

⁹⁷ Eurojust è organo dell'Unione dotato di personalità giuridica (art. 1, co. 1, decisione 2009/426/GAI). La sua natura giuridica è stata da taluni definita ibrida a motivo della sua struttura (P. JENEY, *op. cit.*, p. 35); da altri amministrativa in relazione al tipo di competenze (prevalentemente di questo tipo) ad essa assegnate (F. LO VOI, *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 545); da altri, infine, sicuramente giudiziaria, poiché non “appare possibile scindere la dimensione finalistica dell'esercizio dei poteri del membro nazionale e del collegio (...) dalla qualifica soggettiva di chi è chiamato ad esercitarli (...) e dalla tipologia degli obiettivi assegnati (...)” (G. DE AMICIS, *Eurojust*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2008, pp. 391-393) e poiché è difficilmente accettabile che il coordinamento delle indagini penali condotte dalle autorità giudiziarie fosse rivestito da un organo di natura amministrativa (G. C. CASELLI, G. DE AMICIS, *La natura di Eurojust: la sua attuazione nell'ordinamento interno*, in *Documenti giustizia*, 2003, p. 98). Nonostante queste ultime osservazioni e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – che ha assegnato a Eurojust un ruolo più incisivo nel campo dell'amministrazione della giustizia penale –, la Corte costituzionale italiana ha definito le competenze assolute dal membro nazionale di Eurojust compiti di natura amministrativa (sentenza del 15 aprile 2011, n. 136, *Manfreda*, punto 6; in senso critico v. G. DE AMICIS, *La Corte Costituzionale nega la natura giudiziaria di Eurojust: una pronuncia discutibile*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *op. cit.*, p. 257).

⁹⁸ V. *supra*, nota 84.

adempita da molti Stati membri; una nuova regolamentazione assunta in cooperazione rafforzata avrebbe maggiori garanzie di vedere attuate (se, come peraltro diversamente non dovrebbe accadere, in quest'ultima nuovamente recepite) le non irrilevanti modifiche da quella introdotte.

L'ipotesi della costituzione della Procura a fianco di Eurojust – non esclusa da una lineare interpretazione dell'art. 86 TFUE – introdurrebbe nella struttura istituzionale dell'Unione un ulteriore elemento di complessità, già alta a motivo della indisponibilità di alcuni Stati membri a procedere su questa via⁹⁹. Questa soluzione, dunque, richiede la previsione di modalità di coordinamento fra i due organi assai sofisticate, probabilmente intervenendo, all'atto della costituzione della Procura, anche su ruolo, funzioni e competenze di Eurojust¹⁰⁰.

7. La creazione di un'autorità europea competente a perseguire talune condotte penalmente rilevanti a fini di protezione di beni dell'Organizzazione o comuni a suoi Stati membri si inserisce in un progetto di più ampio respiro da diverse prospettive.

Da una parte, si mira a riformare il settore del contrasto alle condotte illecite che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione, come manifestato dalla volontà di sostituire la disciplina stabilita dalla Convenzione PIF con una direttiva dai contenuti ispirati ad esigenze di maggior armonizzazione degli ordinamenti nazionali, nonché di affiancare ad essa altre disposizioni indirizzate a tutelare e rafforzare la c.d. "economia lecita". Questo impegno sul piano normativo potrebbe già di per se stesso sortire effetti virtuosi, contribuendo a instaurare condizioni paritarie entro gli Stati membri, tramite l'applicazione coerente e omogenea di norme comuni in materia di frodi e di altri illeciti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Infatti, non si mettono in dubbio la volontà e la capacità degli ordinamenti nazionali già da ora di contrastare le condotte pregiudizievoli degli interessi finanziari dell'Unione¹⁰¹, quanto piuttosto si rileva che la conseguente attività non si impronta a un regime armonizzato in materia di fattispecie di reato e di conseguenti sanzioni, tanto da originare trattamenti discriminatori (tra Stato e Stato) e fenomeni di *forum shopping*.

Da un'altra parte, il disegno di fornire all'Unione europea una procura manifesta, su di un piano più generale, la volontà di dotare l'Organizzazione di uno strumento assai incisivo sul piano della repressione penale: se questa non fosse la *mens* del legislatore europeo, ci si dovrebbe domandare quale senso abbia prevedere e costituire un nuovo organo con un ruolo già assolto da altri, funzionanti nell'Unione. La logica sottostante alla disposizione sembra viceversa quella di dotare l'Organizzazione di uno strumento capace di abbandonare la logica (orizzontale) della cooperazione e del coordinamento fra autorità nazionali tutte incaricate dell'esercizio dell'azione penale, per abbracciare una logica

⁹⁹ V. *supra*, par. 3, per l'ipotesi che alla Procura si addivenga tramite la cooperazione rafforzata.

¹⁰⁰ Sulle varie soluzioni istituzionali prefigurate v. anche le considerazioni di P. JENEY, *op. cit.*, pp. 129 e 147.

¹⁰¹ Come invece sembra enfatizzato nella citata *Joint Position* no. 80/2012.

(verticale)¹⁰² di integrazione fra diversi livelli di amministrazione della giustizia: l'organo centrale della Procura europea, i procuratori delegati negli Stati membri e le giurisdizioni nazionali saranno strettamente collegati nell'esercizio di compiti (fra essi ripartiti, ma nessuno slegato dagli altri) in materia, dunque funzionalmente integrati. Si può perciò concordare con chi osserva che l'istituzione della Procura rappresenta una novità "di sistema"¹⁰³, rendendo per certi aspetti inutili taluni rapporti tradizionali ascrivibili alla cooperazione giudiziaria penale fra autorità appartenenti a Stati diversi.

L'istituzione di un'autorità capace di investigare e di avviare l'azione penale, informando la propria attività a principi di diritto penale sostanziale e processuale comuni a tutti gli Stati membri, indagando e consegnando alla giustizia gli autori di reati (anche soltanto inizialmente commessi) contro gli interessi finanziari dell'Unione contribuirà a ridurre la frammentazione dello spazio europeo di giustizia, oggi determinata da molteplici fattori quali: l'imperfetta armonizzazione del diritto penale sostanziale nella parte che riguarda la definizione delle condotte di reato e delle sanzioni applicabili; la non trascurabile divergenza sul piano normativo dei regimi processuali che presiedono all'esercizio dell'azione penale; l'insufficiente capacità delle autorità nazionali a compiere indagini di portata transnazionale¹⁰⁴.

V'è poi da segnalare che, sebbene il Trattato di Lisbona abbia fatto proprie le motivazioni e la *ratio* sottese al *Corpus juris*, tanto da poter azzardare che la normativa in gestazione potrebbe accogliere molte delle soluzioni normative ivi contemplate, l'istituzione di una procura europea oggi si presenta come una soluzione con ben altro potenziale rispetto a quello espresso sul finire degli anni Novanta del secolo scorso: essa infatti si inserisce in un quadro istituzionale, in un assetto del riparto delle competenze fra Stati e Unione nonché in un contesto di sicura attenzione al rispetto dei diritti della persona profondamente mutati dalla riforma introdotta dal Trattato di Lisbona¹⁰⁵.

¹⁰² In questo senso P. JENEY, *op. cit.*, p. 91; D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 307 ss.

¹⁰³ Così G. TESAURO, *op. cit.*, pp. 2 e 11.

¹⁰⁴ In relazione a tutti gli elementi di frammentazione che affliggono lo spazio europeo di repressione penale v. diffusamente la comunicazione COM(2011)293 def., p. 4 ss.

¹⁰⁵ Sulle profonde modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona incidenti in materia penale, v. D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 28 ss.; nonché complessivamente G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*

Abstract

The European Public Prosecutor's Office: A Step to Set the European Area of Criminal Justice

Since the Eighties of the last century, the European Union's financial interests have been protected by the Member States authorities, through the principle of assimilation, the implementation of the EC regulations stating administrative sanctions, and a first attempt of conventional approximation of Member States' legal orders.

The Lisbon Treaty states that the EU financial interests have to be protected mainly through measures adopted by the European Parliament and the Council (in accordance with the ordinary legislative procedure) in the fields of the prevention of and fight against fraud affecting them, in the view to affording effective and equivalent protection in the Member States and in all of the Union's institutions, bodies, offices, and agencies (Article 325.4 TFEU).

It also provides for the institution of a European Public Prosecutor's Office (EPPO), responsible for investigating, prosecuting and bringing in judgment the perpetrators of (and their accomplices in) offences against the Union's financial interests (Article 86 TFEU). The European Treaties do not provide for many topics, as: the definition of "EU financial interests", the identification of criminal acts affecting these interests, the modalities through which the EPPO will exercise its competences, the conditions governing the performance of its functions, the rules of procedure applicable to its activities, as well as those governing the admissibility of evidence, and the rules applicable to the judicial review of procedural measures taken by it in the performance of its functions. These issues will be established by means of the Council's regulations.

Ornella Porchia*

La dinamica dei rapporti tra norme interne e dell'Unione nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il primato del diritto dell'Unione. – 3. L'efficacia diretta. – 4. Gli effetti indiretti: l'obbligo di interpretazione conforme (portata e limiti). – 5. Talune questioni irrisolte. – 6. Il "dialogo" con i giudici costituzionali: recenti tendenze. – 7. Segue: il rapporto visto dalla Corte costituzionale italiana. – 8. *Segue*: la prospettiva della Corte di giustizia. – 9. Alcune considerazioni conclusive.

1. I rapporti tra ordinamenti si sono progressivamente consolidati e modellati grazie ad un dialogo sviluppatosi nel tempo tra giudici nazionali e Corte di giustizia soprattutto nell'ambito della procedura per rinvio pregiudiziale, disciplinata ora dall'art. 267 TFUE¹.

Il presente contributo intende fotografare i momenti più significativi di questo complesso dialogo. La prima parte mira così a ricostruire, in una visione statica, le principali teorie concernenti il rapporto tra norme in particolare: il

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Torino.

** Il presente contributo è destinato anche agli Studi in memoria della prof.ssa Maria Rita Saulle.

¹ Sul rinvio pregiudiziale la dottrina è abbondante, con particolare riferimento al periodo successivo al Trattato di Lisbona: M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 186; T. DE LA MARE, C. DONNELLY, *Preliminary Rulings and EU Legal Integration: Evolution and Stasis*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011; F. JACOBS, *The Lisbon Treaty and the Court of Justice*, in A. BIONDI, P. EECKOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, p. 195; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 290. In generale sul dialogo tra i giudici, Y. SHANY, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford, 2007; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; M. POJARES MADURO, *Courts and Pluralism*, in J. L. DUNOFF, J. P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge 2009, p. 356 ss.; C. MAYER, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, München, 2011; sul significato e sul valore racchiuso nella formula "dialogo tra Corti", R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, p. 3753.

primato del diritto dell'Unione europea (2), l'efficacia diretta (3) e la c.d. efficacia indiretta (4). Queste teorie lasciano tuttavia intravedere talune zone grigie che meritano di essere quantomeno segnalate (5). La seconda parte del contributo intende invece valorizzare una proiezione dinamica del dialogo venutosi a instaurare in via diretta o indiretta tra la Corte di giustizia e specialmente i giudici costituzionali (6). L'interesse è di identificare, da un lato, le posizioni adottate, in particolare, dalla Corte costituzionale italiana rispetto al diritto dell'Unione (7), dall'altro, l'atteggiamento assunto dalla Corte di giustizia verso le norme o pronunce costituzionali (8).

La disamina di entrambe le parti consentirà, in conclusione, di esaltare la responsabilità e il ruolo che specialmente le istanze supreme nazionali sono chiamate ad assumere in chiave cooperativa nel dialogo che va sempre più intensificandosi con la Corte di giustizia nella definizione del rapporto tra ordinamenti.

2. Il primato del diritto dell'Unione costituisce un principio fondamentale affermatosi nella giurisprudenza della Corte di giustizia fin dalle origini dell'Unione europea². Come è noto, il primato si impone sulle norme interne, sia precedenti che successive e quale ne sia il rango, ancorché costituzionale³. Per effetto del primato⁴, la norma interna contrastante deve essere disapplicata (o non applicata) dall'autorità nazionale, in modo da consentire alla disposizione dell'Unione dotata di efficacia diretta di regolare la fattispecie⁵. Non solo il giudice nazionale ma anche tutti gli organi dell'amministrazione, compresi gli enti territoriali, hanno l'obbligo di applicare il diritto dell'Unione, disapplicando la norma interna confliggente sia anteriore che successiva a quella dell'Unione⁶.

² A partire dalla celebre sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, *Raccolta*, p. 1127.

³ Sul primato rispetto a norme costituzionali, tra le altre, sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008, causa C-213/07, *Michankiki*, *Raccolta*, p. I-9999, punto 62 ss. Con riferimento alla normativa costituzionale tedesca sull'accesso delle donne al servizio militare, la sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*, *Raccolta*, p. I-69, punto 25 ss. Sul rapporto con le norme costituzionali, in termini estesi, *infra*, par. 6.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, *Raccolta*, p. 629, punto 17. In particolare sull'obbligo di disapplicazione anche in via cautelare, sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame e a.*, *Raccolta*, p. I-2433, punto 18. Ancora sul principio, recentemente, sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, *Raccolta*, p. I-8015, punto 53.

⁵ Sull'efficacia diretta, *infra*, par. 3. Sulla distinzione tra effetti di sostituzione ed effetti impeditivi del primato, vedi, *infra*, paragrafi 3 e 5.

⁶ Tra le altre, sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 1989, causa 103/88, *Costanzo*, *Raccolta*, p. 1839, punti 28-33. Recentemente, sentenze della Corte di giustizia del 14 giugno 2012, causa C-606/10, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE) c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriale et de l'immigration*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 75; del 24 maggio 2012, causa C-97/11, *Amia Spa in liquidazione c. Provincia Regionale di Palermo*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Il primato opera anche rispetto ad un provvedimento amministrativo individuale e concreto: sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, *Raccolta*, p. I-2517, punto 32. In senso critico sull'utilizzo del primato in quest'ipotesi, F. BECKER, *Application of Community Law*

Il principio è stato ribadito a più riprese dalla Corte di giustizia, pervenendo ancora recentemente ad alcune puntualizzazioni interessanti. In un caso, concernente la violazione da parte del giudice interno della decisione, non impugnata e divenuta definitiva, adottata dalla Commissione in materia di aiuti pubblici alle imprese, la Corte di giustizia si è spinta fino ad ammettere che il primato possa comportare il sacrificio del principio dell'autorità della cosa giudicata (*Lucchini*)⁷. Non può essere invece letta negli stessi termini la sentenza pronunciata nel caso *Fallimento Olimpiclub*, nonostante la formulazione fuorviante del dispositivo⁸: questa sentenza, infatti, è destinata ad incidere su una peculiare interpretazione dell'art. 2909 c.c. e interviene in un momento e con riferimento ad una situazione in cui la cosa giudicata non si era ancora formata⁹.

La Corte ha anche affermato l'obbligo dell'amministrazione di non dare seguito a un atto amministrativo, la cui legittimità sia stata riconosciuta con sentenza passata in giudicato, ma la cui incompatibilità comunitaria sia stabilita in un momento successivo con sentenza dalla Corte di giustizia all'esito di un rinvio pregiudiziale¹⁰.

Il primato opera nel rispetto del principio di attribuzione. In altri termini, esso può realizzarsi unicamente nell'ambito delle competenze attribuite all'Unione e non può quindi incidere sugli ambiti strettamente riservati allo Stato¹¹. In questo senso esso cede dinanzi alla clausola del rispetto dell'identità nazio-

by Member States' Public Authorities: between Autonomy and Effectiveness, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1035 ss., spec. pp. 1044-1047.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-431/05, *Ministero Industria c. Lucchini*, *Raccolta*, p. I-6199.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle entrate e Fallimento Olimpiclub*, *Raccolta*, p. I-7501.

⁹ In questo caso sorge l'interrogativo se sia compatibile con il principio di effettività l'interpretazione dell'art. 2909 del codice civile, avvalorata dalla Corte di Cassazione, secondo cui, nelle controversie in materia fiscale, la cosa giudicata in una determinata causa, in quanto verte su un punto fondamentale comune ad altre cause, ha, su tale punto, una portata vincolante, anche se gli accertamenti operati in tale occasione si riferiscono ad un periodo d'imposta diverso. La questione si è posta quindi in un momento in cui non si era ancora formato il giudicato e per questa ragione si può sostenere che essa è stata risolta sul piano dell'interpretazione (*infra*, par. 4).

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, *Raccolta*, p. I-837. La Corte nel caso di specie si riferisce all'ipotesi in cui l'ordinamento interno preveda la revoca su domanda dell'interessato, per quanto questa soluzione pare idonea a creare "asimmetrie" tra la tutela delle vicende interne e quella delle situazioni riconducibili al diritto dell'Unione, L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 773 ss., spec. p. 802.

¹¹ La dottrina intravede una "partial dilution of the supremacy principle" negli articoli 347 TFUE e 351 TFUE, dal momento che il primo "appears to carve out an area within which the Member States retain a degree of sovereignty" e il secondo "relieves Member States of the obligation to ensure the primacy of EU Law in certain circumstances", P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2011, p. 267. Questa lettura non pare condivisibile: l'art. 347 TFUE fa riferimento a un'area rimasta nelle attribuzioni statali ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, e l'art. 351 TFUE contiene invece una clausola di compatibilità che regola, in ossequio alle norme del diritto internazionale, il rapporto tra accordi conclusi precedentemente e Trattati europei.

nale racchiusa nell'art. 4, par. 2, TUE¹², pur sotto il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia¹³.

Il principio del primato era stato dichiarato espressamente nel Trattato costituzionale (art. I-6). Con il Trattato di Lisbona, invece, gli Stati hanno preferito ricordare il principio, come consolidatosi nella giurisprudenza comunitaria, nella Dichiarazione n. 17 allegata all'Atto finale del Trattato di riforma, richiamando il Parere del Servizio giuridico del Consiglio che rende omaggio alla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁴. Questa scelta può essere letta non in senso riduttivo ma addirittura rafforzativo, potendosi ammettere che il principio è così consolidato che gli Stati hanno ritenuto di farvi un semplice riferimento in una dichiarazione politica, rinviando per il resto alla giurisprudenza dell'Unione.

I giudici nazionali hanno espresso alcune riserve sul principio del primato rispetto alle norme costituzionali. Come meglio si vedrà nella seconda parte del lavoro, la Corte costituzionale italiana, pur "condividendo" il principio e pur avendo riconosciuto espressamente gli effetti delle sentenze della Corte di giustizia, è pronta a escludere la prevalenza nelle ipotesi di contrasto della norma dell'Unione con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona (c.d. controlimiti)¹⁵.

¹² Nel senso che la clausola comporterebbe invece il superamento della dottrina dell'"absolute primacy of EU law", A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1417 ss. Ancora sulla clausola, U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2011, p. 72; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, *Jean Monnet Working Paper*, 1/12, reperibile *on line*.

¹³ In giurisprudenza, sul principio dell'identità costituzionale dello Stato, la cui valutazione pare posticipata e confondersi nell'apprezzamento delle misure limitative delle libertà fondamentali adottate dagli Stati membri, sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, *Raccolta*, p. 13693 (in termini estesi *infra*, par. 7).

¹⁴ Cfr. Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007: "Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (*Costa c. Enel*, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia".

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza del 18 aprile 1991, n. 168, *Giampaoli* (*infra*, par. 7). Sono intesi come espressione di un riconoscimento a livello europeo dei c.d. "limiti nazionali": l'art. 4, par. 2, TUE sulla clausola di identità nazionale, gli articoli 52 ("laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni") e 53 della Carta ("nessuna disposizione della (...) Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, (...) dalle costituzioni degli Stati membri"). In dottrina sul riconoscimento normativo della dottrina dei c.d. controlimiti, già con riferimento alle analoghe previsioni contenute nel Trattato costituzionale, A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritti nazionali: Primauté vs controlimiti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1309 ss.; M. CARTABIA, *Unità nella diversità: il rapporto tra la Costi-*

Recentemente, la Corte di giustizia è stata investita di una questione concernente la portata dei controlimiti (o dei limiti “europei” ai “controlimiti”). Precisamente è stato chiesto se “il principio di primazia (*principe de primauté*) del diritto dell’Unione impone al Giudice nazionale di dare piena ed immediata attuazione alle norme dell’Unione provviste di efficacia diretta, disapplicando norme interne in conflitto con il diritto dell’Unione anche se adottate in attuazione di principi fondamentali dell’assetto costituzionale dello Stato membro”. Il quesito, come forse era prevedibile, non ha ricevuto risposta. La Corte¹⁶, infatti, dopo aver osservato che il principio di tutela delle minoranze, al quale si collegava la questione sollevata, rappresenta “un principio fondamentale dell’assetto costituzionale”, constata che esso non viene in discussione nel procedimento principale¹⁷. Dichiarò pertanto la questione irricevibile, in quanto essa “mira (...) a indurre la Corte a formulare un parere a carattere consultivo su una questione generale relativa a una situazione che non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l’oggetto della controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio”¹⁸.

È evidente che si tratta di un nodo problematico destinato a perdurare. In questo senso si può ipotizzare che una questione sulle riserve nazionali possa tornare, sia pure in toni diversi, davanti alla Corte di giustizia, attraverso il sindacato della clausola di identità nazionale che ad essa compete ai sensi dell’art. 4, n. 3, o per effetto di un sempre maggiore controllo dei diritti fondamentali. In altre parole, allo stato attuale, non si può ritenere superata la teoria dei c.d. controlimiti: resta infatti pur sempre affidato alla responsabilità della Corte di Lussemburgo e dei giudici nazionali, in particolare dei giudici supremi, il com-

tuzione europea e le costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2005, p. 583 ss., spec. p. 592 ss. A ben vedere i valori e i diritti fondamentali una volta consacrati a livello europeo cessano di rappresentare dei “controlimiti nazionali” in senso proprio per assurgere a “limiti europei”, O. PORCHIA, *Il principio comunitario del “favor rei”, le tradizioni costituzionali comuni e lo spazio lasciato alla Corte italiana*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 319 ss.; O. PORCHIA, *Principi dell’ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, p. 69. A conferma di questa lettura, conclusioni dell’Avvocato generale Poiras Maduro del 21 maggio 2008, causa C-127/07, *Société Arcelor Atlantique*, *Raccolta*, p. I-9895, punto 16. Recentemente, la Corte circoscrive la portata del richiamo contenuto nell’art. 53, escludendo, in nome del primato, che esso possa ostacolare l’applicazione di atti di diritto dell’Unione conformi alla Carta: sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 57 ss.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Servet Kamberaj*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 44-46 (in questo senso anche le conclusioni dell’Avvocato generale Bot del 13 dicembre 2011, punto 38).

¹⁷ Il procedimento principale interessa, infatti, un cittadino di Stato terzo al quale la legge provinciale non richiede, ai fini dell’accesso al sussidio per l’alloggio, una dichiarazione di appartenenza ad uno dei tre gruppi linguistici presenti nella Provincia di Bolzano, invece prevista indistintamente per i cittadini italiani o dell’Unione.

¹⁸ Sulle condizioni di ricevibilità del quesito, formulato ai sensi dell’art. 267 TFUE, che non può investire questioni ipotetiche o generali, tra gli altri, M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 218.

pito di trovare un sapiente equilibrio tra le esigenze e le sfere di competenza riferibili a ordinamenti distinti¹⁹.

3. Il primato si collega strettamente alla teoria degli effetti diretti²⁰, che comporta la possibilità per i singoli di invocare le norme dell'Unione, a certe condizioni, davanti alle autorità nazionali²¹. Godono di efficacia diretta le disposizioni sufficientemente “chiare”, “precise” e “incondizionate”. Queste disposizioni devono quindi distinguersi per un precetto inequivoco, dal quale si possano agevolmente desumere i titolari degli obblighi e dei relativi diritti, nonché il contenuto del diritto riconosciuto dalla norma. Il carattere incondizionato attiene all'assenza di clausole che subordinino l'applicazione della norma ad ulteriori interventi in sede nazionale o europea. Parimenti, sono incondizionate le norme che non riservano agli Stati margini di discrezionalità nel dare loro attuazione²².

Per quanto riguarda il diritto primario, molte disposizioni dei Trattati, siano esse riferite espressamente ai singoli o agli Stati, possono esprimere effetti diretti. Basti pensare alle disposizioni sulla concorrenza (articoli 101-102 TFUE) o quelle sulle libertà fondamentali (quali, ad esempio, le disposizioni sulla libera circolazione delle merci e dei servizi). Gli effetti delle norme primarie provviste di efficacia diretta si esplicano a livello sia verticale sia orizzontale; ciò significa

¹⁹ Sul delicato compito di “conciliare l'inconciliabile”, affidato nel caso di specie al *Conseil d'État*, conclusioni dell'Avvocato generale Poireres Maduro del 21 maggio 2008, causa C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, *Raccolta*, p. I-9895, punti 15-17. Per ulteriori considerazioni, *infra* par. 9.

²⁰ Sul rapporto tra efficacia diretta e primato, M. DOUGAN, *When World Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 931, spec. p. 932. L'autore propone due modelli: “primacy model” in base al quale “supremacy is capable of producing certain legal effects within the national legal systems, independently of the principle of direct effect” e “the trigger view”, sulla base del quale, “direct effect encompasses not only the creation and enforcement of subjective individual rights, but any situation in which Community norms produce independent effect within the national legal systems”. Questo secondo modello non pare condivisibile: esso infatti non tiene conto di quanto si è detto circa la portata del principio, esteso a tutto il diritto dell'Unione (quindi a norme tradizionalmente prive di effetti diretti), e di quanto si dirà con riferimento all'interpretazione conforme (effetti indiretti) o per i c.d. effetti incidentali. In senso favorevole al primo modello, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *op. cit.*, p. 259.

²¹ La giurisprudenza sul punto è abbondante, tra le tante, si ricorda la prima sentenza, della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, *Raccolta*, p. 1. In dottrina, tra gli altri, R. LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980. Recentemente, B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *op. cit.*, p. 323 ss.

²² Questi criteri, definiti originariamente nel celebre caso *Van Gend en Loos*, sono stati letti in maniera estensiva nella giurisprudenza successiva: a) nel senso di tollerare la presenza di un margine discrezionalità dello Stato, se sottoposto a un controllo giudiziario, sentenze della Corte di giustizia del 19 dicembre 1968, 13/68, *Spa Salgoil c. Ministro degli esteri*, *Raccolta*, p. 453; del 14 dicembre 1974, 41/74, *Van Duyn c. Home Office*, *ivi*, p. 1357; b) nel senso che non sarebbe preclusa dalla previsione di misure di attuazione, la sentenza della Corte di giustizia del 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact c. Ministero per Agricoltura*, *ivi*, p. I-2483, paragrafi 66-67. In dottrina, sul punto, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *op. cit.*, p. 186.

che esse possono essere invocate in giudizio sia nei confronti dell'autorità pubblica sia nei rapporti tra privati.

Quanto al diritto derivato, i regolamenti per loro stessa natura sono immediatamente applicabili in ciascuno degli Stati membri per espressa previsione del Trattato (art. 288 TFUE, ex art. 249 TCE). L'atto è quindi destinato a produrre i suoi effetti senza la necessità di ulteriori interventi formali, fatte salve le eventuali misure di attuazione richieste dallo stesso regolamento²³.

La Corte di giustizia si è altresì pronunciata sull'efficacia diretta delle decisioni, stabilendo che le posizioni giuridiche desumibili da questi atti possano essere fatte valere dai singoli, anche quando sono indirizzate allo Stato (es. decisioni in tema di aiuti pubblici)²⁴.

Il discorso è più complesso per le direttive. Queste possono avere effetti diretti soltanto all'infruttuoso spirare del termine per la trasposizione e qualora le disposizioni siano sufficientemente chiare, precise e incondizionate. Inoltre, le direttive non tempestivamente recepite possono esperire effetti diretti solo in senso verticale. La Corte di giustizia ha dichiarato, infatti, che le direttive hanno quali destinatari gli Stati. Pertanto "qualora sussistano i presupposti necessari affinché i singoli possano invocare le disposizioni di una direttiva dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, essi possono farlo indipendentemente dalla veste nella quale agisce quest'ultimo, ossia datore di lavoro o pubblica autorità"²⁵. La Corte ha poi avuto modo di esplicitare il principio stabilendo che "nel caso in cui una disposizione [nazionale] costituisca una discriminazione ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2000/78, il diritto alla parità di trattamento potrebbe essere rivendicato da un singolo nei confronti di un ente locale senza necessità di attendere che il legislatore nazionale renda la disposizione in questione conforme al diritto dell'Unione, tenuto conto del primato di quest'ultimo"²⁶.

Le direttive quindi non possono far sorgere obblighi immediati in capo ai privati e in altre parole non possono essere invocate nei rapporti orizzontali. Essendo tuttavia ammesso il riconoscimento di effetti diretti nei confronti di un'autorità pubblica, l'atto potrebbe di riflesso incidere sulla situazione giuri-

²³ Sulla diretta efficacia dei regolamenti, anche se possono richiedere misure nazionali (quali le sanzioni), sentenze della Corte di giustizia del 2 febbraio 1977, causa C-50/76, *Amsterdam Bulb*, *Raccolta*, p. 137; dell'11 gennaio 2001, causa C-403/98, *Azienda Agricola Monte Arcosu*, *ivi*, p. I-103. Ancora successivamente, sentenza *ANAFE*, punto 72.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1970, causa C-9/70, *Grad*, *Raccolta*, p. 825.

²⁵ La nozione di autorità pubblica è intesa in senso ampio: sentenze della Corte di giustizia del 12 luglio 1990, causa C-188/89, *Foster*, *Raccolta*, p. I-3313, punti 18-20; del 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, *ivi*, p. I-7251, punto 26. Ancora recentemente, nel senso che spetta al giudice nazionale il compito di accertare la natura pubblica o privata del datore di lavoro, al fine di consentire l'applicazione diretta della direttiva, sentenza della Corte di giustizia del 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Maribel Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la Région Centre*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 18 novembre 2010, cause riunite C-250 e 268/09, *Georgiev*, *Raccolta*, p. I-11869, punto 70; del 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Römer*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 55-56.

dica di soggetti privati (c.d. effetti incidentali e triangolari)²⁷. La limitazione in senso verticale degli effetti diretti delle direttive è stata fortemente criticata in dottrina, poiché può comportare un trattamento differente per situazioni analoghe, a seconda della natura (pubblica o privata) dei soggetti coinvolti²⁸.

La teoria degli effetti diretti solo verticali delle direttive si giustifica in ragione della finalità pedagogica che la Corte intende perseguire contro gli Stati inadempienti, al fine di indurli al recepimento corretto della direttiva. Essa genera tuttavia un certo disagio quando si tratta di applicare la norma in concreto. La Corte di giustizia in qualche occasione ha consentito l'applicazione delle direttive nei rapporti tra privati, specialmente quando si è trattato di direttive sulla parità uomo-donna in materia di accesso e di condizioni di lavoro, senza neppure utilizzare il riferimento alle norme del Trattato²⁹.

In altre vicende successive, la Corte ha avviato al problema dell'assenza degli effetti diretti orizzontali della direttiva, ricorrendo all'applicabilità diretta dei principi generali del diritto dell'Unione. In particolare, nella sentenza *Küçükdeveci*³⁰, la Corte ha stabilito che il "principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale (...) che prevede che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non siano presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età"³¹.

Per tornare ai casi recenti sulla efficacia diretta, merita segnalare la sentenza *El Dridi* del 28 aprile 2011³². In quest'occasione la Corte ha stabilito la contrarietà con la direttiva 2008/115³³ della normativa italiana, che prevedeva l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno

²⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CIA Security Int., Raccolta*, p. I-2201; del 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever*, *ivi*, p. I-7535; del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Delena Wells*, *ivi*, p. I-723. Nel senso di distinguere tra effetti incidentali e triangolari, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *op. cit.*, p. 199 e p. 207.

²⁸ Tra gli altri, R. MASTROIANNI, *On the Distinction between Vertical and Horizontal Direct Effect of Directives: What Role for the Principles of Equality?*, in *European Public Law*, 1999, p. 417 ss.

²⁹ Tra le tante, sentenze della Corte di giustizia dell'8 novembre 1990, causa C-177/88, *Dekker*, *Raccolta*, p. I-3941; del 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb*, *ivi*, p. I-3567.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Küçükdeveci*, *Raccolta*, p. I-365, punto 48.

³¹ La soluzione giurisprudenziale, fondata sulla diretta efficacia del principio di non discriminazione, era già suggerita dalla sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, *Raccolta*, p. I-9981. In senso critico, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *op. cit.*, p. 213: "As the denial of horizontal direct effect of directives is premised on problems of legal certainty, there would have (...) to be argument as to why these problems were less apparent when the obligation on the private party was formally derived from a general principle. (...) horizontal effect via general principles is more problematic in terms of legal certainty".

³² Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, causa C-61/11PPU, *Hassen El Dridi*, *Raccolta*, p. I-3015, punti 61-62.

³³ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, re-

fosse irregolare, per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permaneva in detto territorio senza giustificato motivo. Una volta ammessa la diretta applicabilità degli articoli 15 e 16 della direttiva, il giudice di Lussemburgo ha poi affidato al giudice del rinvio l'onere di disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato avuto di mira dalla direttiva³⁴, e segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo³⁵, precisando tra l'altro "che ciò facendo il giudice del rinvio dovrà tenere in debito conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri"³⁶.

Il Trattato di Lisbona, come è noto, ha abolito i pilastri e ha proposto un'unica categoria di atti, mantenendo tuttavia delle specificità soprattutto per gli atti della politica estera e di sicurezza comune³⁷. Il nuovo sistema non ha in ogni caso intaccato la teoria degli effetti diretti. Questa difatti si giustifica in ragione di qualità riferibili al modo di essere delle singole disposizioni: pertanto, nella misura in cui le disposizioni di un atto siano chiare, precise e incondizionate conformemente alla giurisprudenza consolidata, esse produrranno (o continueranno a produrre) effetti diretti, indipendentemente dalla denominazione dell'atto e dal settore cui lo stesso si riferisce.

Prima di chiudere preme fare un cenno a una questione concernente un possibile punto di intersezione tra la disciplina dell'Unione europea e quella della CEDU. Nello specifico, secondo una certa lettura giurisprudenziale³⁸, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, per effetto dell'art. 6 TUE, la CEDU

cante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, *GUUE* L 348, 24 dicembre 2008, p. 98.

³⁴ Successivamente, la direttiva è stata recepita con decreto legge 23 giugno 2011, n. 89, convertito in legge 2 agosto 2011, n. 129. Sulla questione, cfr. anche la pronuncia della Corte costituzionale, *infra*, par. 7.

³⁵ La Corte richiama le sentenze *Simmenthal*, punto 24; del 22 maggio 2003, causa C-462/99, *Connect Austria*, *Raccolta*, p. I-5197, punti 38 e 40; del 22 giugno 2010, cause riunite C-188 e 189/10, *Melki e Abdeli*, *ivi*, p. I-5665, punto 43.

³⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 3 maggio 2005, cause riunite C-387, 391 e 403/02, *Berlusconi e a.*, *Raccolta*, p. I-3565, punti 67-69; dell'11 marzo 2008, causa C-420/06, *Jager*, *ivi*, p. I-1315, punto 59.

³⁷ Va comunque ricordato che, ai sensi del Protocollo (n. 36), titolo VII, art. 9, "gli effetti giuridici degli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione adottati in base al trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra Stati membri in base al trattato sull'Unione europea". Quindi le decisioni e le decisioni-quadro adottate nel regime antecedente non possono produrre effetti diretti conformemente alla previsione di cui all'abrogato art. 34 TUE.

³⁸ Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 2 marzo 2010, n. 1220: "la Sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale desumibili (...) dagli artt. 6 e 13 della CEDU divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona (...)". Successivamente, Tar Lazio, II sezione *bis*, sentenza del 25 maggio 2010, n. 11984 "le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali (...) e quindi nel nostro (...) in forza del diritto

sarebbe stata integrata nel sistema delle fonti dell'UE, partecipando delle caratteristiche che sono proprie di queste ultime.

La questione è stata recentemente risolta – in senso negativo – dalla Corte di giustizia con la pronuncia del 24 aprile 2012. In quest'occasione, il giudice di Lussemburgo ha chiarito che l'art. 6, par. 3, non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione e una norma di diritto nazionale. Ha, quindi, stabilito che “il rinvio operato dall'art. 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU, non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa”³⁹.

Non è possibile dare conto in questa sede di altre questioni che potrebbero essere prospettate con riferimento all'applicabilità diretta delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali e ai problemi portati dall'equivoca distinzione tra diritti e principi, proposta dall'art. 52, par. 5, ai sensi del quale questi ultimi non sarebbero in linea generale invocabili direttamente davanti ai giudici se non come elemento interpretativo o parametro della legalità degli atti che vi danno attuazione⁴⁰.

comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione”. In senso contrario, si era invece pronunciato il Tar Lombardia, sentenza del 15 settembre 2010, n. 5988.

³⁹ Sentenza *Servet Kambera*, punto 59 ss. (v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Bot). Peraltro, la Corte costituzionale a più riprese è intervenuta per chiarire l'ambito di applicazione della Carta e quindi dei diritti ivi riconosciuti, statuendo che “presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è (...) che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto”, escludendo in tal modo che la previsione dell'art. 6 TUE possa giustificare un'estensione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali fuori dalle competenze dell'Unione (sentenze n. 80/2011, del 7 marzo 2011, n. 175/2011, del 7 giugno 2011, n. 303/2011, del 9 novembre 2011; ordinanza n. 138/2011, del 6 aprile 2011).

⁴⁰ Si vedano inoltre le *Spiegazioni relative all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali* (art. 52, par. 7). In dottrina, sulla differenza tra “diritti e principi”, tra gli altri, J. P. JACQUÉ, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano 2002, pp. 72-75; C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction Without Foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 15, 2008, pp. 193-215. Ancora in senso critico sulla distinzione, D. ANDERSON, C. C. MURPHY, *The Charter of Fundamental Rights*, in A. BIONDI, P. ECKOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, p. 155, spec. p. 162: “In the absence of precise guidance, the distinction between rights and principles, though important, seems set to remain obscure and unpredictable”. Non contribuisce a chiarire la distinzione tra principi e diritti neppure l'ordinanza della Corte di giustizia del 22 giugno 2011 (C-161/11, *Cosimo Damiano Vito c. Poste Italiane SpA*, non pubblicata in *Raccolta*), la quale sembra distinguere tra principi di rango costituzionale, quale il principio di non discriminazione, e altri principi di rango inferiore che necessitano “di un'elaborazione legislativa la quale, a livello dell'Unione, viene realizzata mediante un atto di diritto derivato dell'Unione”. In base a questa affermazione si dovrebbe allora escludere la natura “costituzionale” dei principi contenuti nella Carta, come definiti dall'art. 52 della Carta.

4. L'interpretazione conforme rappresenta un ulteriore, o forse il primo, "rimedio" volto ad assicurare l'effettività del diritto dell'Unione e in termini più ampi a salvaguardare il primato. Il giudice nazionale ha, così, l'obbligo di interpretare il proprio diritto interno in modo quanto più compatibile con le prescrizioni del diritto dell'Unione, anche se privo di effetti diretti⁴¹. La Corte di giustizia ha, tra l'altro, precisato la sequenza temporale tra la disapplicazione e l'interpretazione conforme, stabilendo che la prima può intervenire soltanto nell'ipotesi in cui non sia possibile la seconda⁴². Con riferimento all'ordinamento italiano, preme anticipare che il giudice ordinario ha l'obbligo di esperire l'interpretazione conforme, eventualmente ricorrendo in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, prima di investire la Corte costituzionale della questione di legittimità della norma interna rispetto al diritto dell'Unione⁴³.

Riferendosi specificamente alle direttive, la Corte di Lussemburgo ha dichiarato che spetta ai giudici nazionali interpretare il "proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, del Trattato". L'obbligo di interpretazione conforme vale quindi ad attenuare la portata discriminatoria della limitazione degli effetti diretti delle direttive ai soli rapporti verticali, consentendo un'estensione anche ai rapporti orizzontali. Difatti, attraverso l'obbligo, che impone ai giudici nazionali di adattare il contenuto della disposizione interna agli obiettivi prescritti dall'ordinamento dell'Unione europea, a prescindere dall'intervento del legislatore, le disposizioni dell'Unione ancorché prive di efficacia diretta assumono un valore interpretativo cogente rispetto al diritto nazionale e in questo modo finiscono per esercitare un effetto orizzontale "indiretto". E non solo: attraverso l'interpretazione conforme, la direttiva può sortire effetti anche in senso verticale discendente, in quanto può essere invocata da parte di un'autorità pubblica nei confronti di un privato⁴⁴.

L'obbligo di interpretazione conforme investe tutto il diritto interno, ivi comprese le disposizioni antecedenti alla disciplina europea e quindi anche le norme non finalizzate al recepimento. Nel caso *Océano*⁴⁵, la Corte ha considerato che il

⁴¹ In giurisprudenza, tra le altre, si ricordano le sentenze della Corte di giustizia del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, *Raccolta*, p. I-4135; del 5 ottobre 2004, cause riunite C-397 e 403/01, *ivi*, p. I-8835; del 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, *ivi*, p. I-6057. Nel senso che gli Stati sono tenuti non solo all'interpretazione conforme, "ma anche a fare in modo di non basarsi su un'interpretazione di norme di diritto derivato che entri in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione", recentemente, sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012, cause riunite C-356 e 357/11, *O. S.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 78.

⁴² Sentenze *Maribel Dominguez*, punto 23, e *Amia Spa in liquidazione*, punto 27.

⁴³ *Infra*, par. 7.

⁴⁴ Sentenze della Corte di giustizia dell'8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, *Raccolta*, p. 3969, punti 12-14, e del 5 luglio 2007, causa C-321/05, *Kofoed*, *ivi*, p. I-5795, punto 45; successivamente, del 15 settembre 2011, causa C-53/10, *Land Hessen c. Franz Mücksch*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 34.

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2000, cause riunite C-240 e 244/98, *Océano Grupo Editoriale*, *Raccolta*, p. I-4941, punti 31-32. La Corte ha altresì dichiarato, riferendosi

giudice di rinvio “deve interpretare le disposizioni del diritto nazionale vigenti alla data dei fatti [ancorché antecedenti al recepimento] quanto più possibile conformemente alla direttiva, in modo che possano essere applicate d’ufficio”.

La Corte di giustizia ha, tra l’altro, affermato che “l’esigenza di un’interpretazione conforme del diritto nazionale attiene al sistema del Trattato”⁴⁶. Pertanto, “il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest’ultimo”⁴⁷ al fine di garantire l’effettività del diritto dell’Unione⁴⁸. In qualche caso la Corte pare spingersi oltre, suggerendo⁴⁹ al giudice nazionale le soluzioni conformi alla finalità perseguita dalla normativa dell’Unione⁵⁰. A questo proposito può essere menzionata la vicenda nella quale la Corte ha chiesto al giudice nazionale di individuare, attraverso l’interpretazione conforme del diritto interno nel suo complesso, una risposta al problema posto dal carattere vincolato delle attività affidate all’autorità pubblica⁵¹.

L’applicazione del principio in questione incontra tuttavia dei limiti stabiliti dalla stessa giurisprudenza dell’Unione. In primo luogo, l’obbligo in questione non può comportare un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale⁵².

alle disposizioni sulla competenza giurisdizionale, che “l’obbligo di interpretazione conforme impone al giudice nazionale di preferire l’interpretazione che gli consenta di declinare d’ufficio la competenza attribuitagli da una clausola vessatoria”.

⁴⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 15 maggio 2003, causa C-160/01, *Mau*, *Raccolta*, p. I-4791, punto 34; del 23 aprile 2009, cause riunite C-378 e 380/07, *Angelidaki e a.*, *ivi*, p. I-3071, punto 198 ss.; *Kücükteveci*, punto 48.

⁴⁷ Sentenza *Angelidaki*, punto 200; ancora recentemente, sentenza *Maribel Dominguez*.

⁴⁸ In senso conforme, sentenze della Corte di giustizia del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, *Raccolta*, p. I-2483, punto 101 e giurisprudenza *ivi* citata; *Pfeiffer*, punto 115, nonché del 16 dicembre 2010, causa C-239/09, *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe*, *ivi*, p. I-13083, punto 50; recentemente, del 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Brahim Samba Diouf c. Ministre du Travail*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Per un’analisi del caso alla luce del rapporto tra effettività e interpretazione conforme, M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?*, in *European Law Review*, 2006, p. 476, spec. p. 491.

⁴⁹ La tendenza viene inaugurata dalla sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995, cause riunite C-430 e 431/93, *van Schijndel*, *Raccolta*, p. I-4705. In dottrina, S. PRECHAL, N. SHELKOPLYAS, *National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond*, in *European Review of Private Law*, 2004/5, p. 589 ss.

⁵⁰ In dottrina, sulla tendenza “propositiva” della Corte di giustizia “ad individuare, all’interno dei singoli ordinamenti nazionali, quegli strumenti che meglio consentirebbero di perseguire quell’obiettivo di effettività del diritto comunitario”, D. U. GALETTA, *La Giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione – Report annuale 2011 – Italia*, www.iu-publicum, p. 13 ss.

⁵¹ Sentenza *Land Hessen*, punto 34 ss. La Corte attribuisce al giudice nazionale il compito di trovare, in via di interpretazione conforme, la soluzione che consenta al Comune tedesco, la cui attività è vincolata, di rispettare gli obblighi imposti dalla direttiva 96/82/CE (del Consiglio, del 9 dicembre 1996, sul controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose, *GUCE* L 10, 14 gennaio 1997, p. 13).

⁵² Sentenza *Adeneler*, punto 110. Non è sempre facile identificare la portata di detto limite; si pensi alla questione relativa al rapporto tra la disciplina italiana in materia di ordinamento scola-

Inoltre, il percorso interpretativo deve rispettare i principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea, quali, ad esempio, i principi della certezza del diritto e dell'irretroattività. Con riferimento alla materia penale, la giurisprudenza ha altresì stabilito che l'obbligo di interpretazione conforme non può determinare un trattamento penale deteriore rispetto a quello previsto dalla normativa nazionale⁵³.

Sul piano temporale, la giurisprudenza dell'Unione ha precisato che l'obbligo di interpretazione conforme vincola i giudici nazionali solo alla scadenza del termine previsto per il recepimento delle direttive, a meno di non poter ricorrere, come si è verificato nel caso *Mangold*, all'applicazione di un principio generale⁵⁴. La Corte ha tuttavia ricordato che in pendenza del termine di recepimento vada comunque rispettato l'obbligo di non pregiudicare il risultato imposto dalla direttiva e il suo effetto utile⁵⁵. L'obbligo testé ricordato è destinato ad operare nei riguardi di qualsiasi norma, a prescindere dalla sua natura (eventualmente costituzionale), anche se si tratta di una disposizione interna che non è finalizzata al recepimento di una direttiva in vigore ma il cui termine di recepimento non è ancora scaduto⁵⁶.

Da quanto fin qui esposto traspare che l'obbligo di interpretazione conforme, a volte, si confonde con l'applicabilità diretta, al punto che è difficile distinguere correttamente la portata dell'uno e dell'altro fenomeno⁵⁷.

Resta da domandarsi se l'obbligo di interpretazione conforme interessi norme nazionali che riproducono testualmente norme dell'Unione⁵⁸ o che fanno rinvio a queste per regolare fattispecie puramente interne⁵⁹. La Corte di giustizia ha

stico e la normativa europea sul contratto a tempo determinato, sollevata davanti alla Corte costituzionale su iniziativa di diversi giudici (vedi ordinanze iscritte ai numeri 283 e 284 del registro ordinanze 2011 e ai numeri 31, 32, 130, 91, 143, 248 e 249 del registro ordinanze 2012).

⁵³ Sentenze della Corte di giustizia dell'11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli, Raccolta*, p. I-10853; *Berlusconi e al.* Ancora sui limiti dell'obbligo di interpretazione conforme in materia penale, la sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2012, causa C-7/11, *Fabio Corona*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 51 ss.

⁵⁴ Sentenza *Mangold*. Sulla pronuncia, in senso critico, M. Ross, *op. cit.*, p. 495. Esclude, invece, la possibilità di invocare il principio di non discriminazione sulla base delle tendenze sessuali prima della scadenza del termine della direttiva 2000/78, in quanto la fattispecie esaminata non rientrava nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Römer, Raccolta*, p. I-3591, punto 60 ss.

⁵⁵ Sentenze *Adeneler*, punti 115 e 123; del 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région Wallone, Raccolta*, p. I-7411, punto 45. Ancora recentemente, sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2012, causa C-43/10, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e a.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁵⁶ Sentenza *Angelidaki*, punti 206-207. Il limite temporale non può essere opposto nel caso in cui la normativa di recepimento sia stata ritualmente adottata entro la scadenza del termine previsto dalla direttiva medesima.

⁵⁷ Sull'incertezza, tra gli altri, G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, p. 397 ss.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1992, causa C-73/89, *Fournier, Raccolta*, p. I-5621.

⁵⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e 197/89, *Dzodzi, Raccolta*, p. I-3763; dell'8 novembre 1990, causa C-231/89, *Gmurzynska-Bscher, ivi*, p.

ammesso la sua competenza a interpretare in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, le disposizioni dell'Unione in situazioni di questo tipo, sia pure con i limiti che saranno esposti trattando delle ipotesi in cui vengono in questione norme costituzionali o disposizioni interpretate dal giudice costituzionale⁶⁰. La giurisprudenza dell'Unione lascia, tuttavia, irrisolti taluni nodi problematici concernenti, tra l'altro, la sussistenza dell'obbligo di rinvio a carico dei giudici di ultima istanza ovvero la portata e gli effetti delle sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia in relazione alle situazioni interne. E soprattutto, per quanto maggiormente interessa in questa sede, resta aperta la questione se in questi casi sussista un obbligo di interpretazione conforme in capo ai giudici nazionali⁶¹.

L'interpretazione conforme, come l'efficacia diretta, si impone anche a costo di disattendere gli orientamenti espressi dal giudice superiore, che ancora una volta pare "colpito" dall'attivismo della Corte di Lussemburgo⁶². Quest'ultima ha, infatti, dichiarato che il diritto dell'Unione osta a che "un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti decidere a seguito di un rinvio ad esso fatto da un organo giurisdizionale di grado superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione"⁶³.

Con riferimento alla natura degli atti dell'Unione, la Corte di giustizia ha ammesso che l'interpretazione conforme investe anche le raccomandazioni; in altre parole, queste, pur non essendo vincolanti, devono essere prese in considerazione ai fini della soluzione della controversia⁶⁴.

La Corte di Lussemburgo ha altresì ritenuto, riferendosi al sistema antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che l'obbligo di interpreta-

I-4003. Sulle condizioni che giustificano l'interesse dell'Unione in queste situazioni, recentemente con riferimento all'ordinamento italiano, sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, causa C-482/10, *Teresa Cicala c. Regione Siciliana*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. In questo caso, la Corte ha dichiarato la sua incompetenza a interpretare il principio dell'obbligo di motivazione, richiamato attraverso il riferimento ai "principi dell'ordinamento comunitario", contenuto nell'art. 1 della legge n. 241/1990, in quanto detto rinvio non risulta essere né diretto, né incondizionato.

⁶⁰ *Infra*, par. 8.

⁶¹ In dottrina sulla competenza della Corte ad interpretare disposizioni dell'Unione in relazione a situazioni interne, M. BROBERG, *The Preliminary Reference Procedure and Questions of International and National Law*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 362 ss.

⁶² Sull'attivismo della Corte, *infra*, nota 127.

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, *Raccolta*, p. I-8889, punto 32. Successivamente, con riferimento all'Italia, sentenza della Corte di giustizia del 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil srl c. Fallimento Interedil, Intesa Gestione Crediti SpA*, non ancora pubblicata in *Raccolta* (per un commento, E. M. BARBIERI, *Il regolamento preventivo di giurisdizione, la rimessione del ricorso giurisdizionale amministrativo all'adunanza plenaria e il diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 1365 ss.).

⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi*, *Raccolta*, p. I-4407, punto 18.

zione conforme riguarda le decisioni-quadro adottate nell'ambito del terzo pilastro relativo al settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. La Corte ha difatti stabilito, sulla base del principio di leale cooperazione e del carattere vincolante delle decisioni-quadro, che "il principio di interpretazione conforme si impone riguardo alle decisioni-quadro adottate nell'ambito del titolo VI del Trattato sull'Unione europea. Applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio chiamato a interpretare quest'ultimo è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione-quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34, n. 2, lett. b), UE"⁶⁵. Per quanto riguarda i limiti, la Corte di giustizia ha fatto riferimento a quelli già noti (impossibilità di estendere o aggravare la responsabilità e di un'interpretazione *contra legem*), preoccupandosi di enfatizzare l'esigenza di rispettare i diritti fondamentali e tra questi in particolare il diritto a un equo processo, previsto dall'art. 6 CEDU⁶⁶.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quindi, con l'eliminazione della suddivisione in pilastri e con l'introduzione di una categoria omogenea di atti per i diversi settori di competenza dell'Unione, l'obbligo di interpretazione conforme, esattamente nella direzione già segnata dal caso *Pupino*, interessa inevitabilmente tutti gli atti dell'Unione, e quindi anche quelli adottati nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁶⁷. Tale scelta si giustifica anche considerando che il principio di leale cooperazione, di cui l'interpretazione conforme è un'espressione, viene esteso esplicitamente a tutti gli ambiti di intervento coperti dal diritto dell'Unione (art. 4 TUE, ex art. 10 TCE)⁶⁸.

Quanto alle conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo di interpretazione conforme, va ricordato che la violazione da parte dei giudici di ultima istanza – ancora una volta "chiamati in causa" – potrebbe dare luogo alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione⁶⁹. Questo punto induce ora a

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, *Raccolta*, p. I-5285, punto 43. Successivamente, sempre con riferimento all'ordinamento italiano, la stessa decisione-quadro è stata interpretata, in virtù del regime transitorio di cui all'art. 10 Protocollo (n. 36), dalla sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, causa C-507/10, *X e Y*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Ancora sull'interpretazione conforme nel c.d. terzo pilastro, sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes da Silva Jorge*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁶⁶ Sentenza *Pupino*. Per un esempio di interpretazione conforme da parte del giudice italiano, Cassazione penale, sentenza del 6 ottobre 2009, n. 38691, *Caruso*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1101, con nota di V. MANES.

⁶⁷ Tra l'altro, la Corte ha affermato che l'obbligo di interpretazione conforme interessa anche gli Stati che non hanno dichiarato di volersi sottomettere alla giurisdizione della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 35, par. 2, TUE (sentenza *Pupino*).

⁶⁸ Sul principio, sia permesso il rinvio a O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, cit., 2008.

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, *Raccolta*, p. I-5177, punto 33 ss. Recentemente, la disciplina italiana sulla responsabilità dei magistrati (legge n. 117/88) è stata censurata alla luce dei criteri già definiti nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, nell'ambito di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258

considerare i rimedi prospettabili nelle ipotesi in cui non sia possibile procedere né all'interpretazione conforme, né alla disapplicazione di una disposizione interna.

5. Nel caso in cui la norma sia priva di effetti diretti o non sia possibile procedere all'interpretazione conforme, che come si è detto configura il primo “palliativo” all'assenza di effetto diretto (soprattutto orizzontale delle direttive), l'ordinamento dell'Unione individua un secondo “palliativo”, rappresentato dall'obbligo di risarcire i singoli dei danni patiti a causa della mancata attuazione del diritto dell'Unione⁷⁰, obbligo che può derivare anche da una condotta imputabile al giudice di ultima istanza, ciò che dovrebbe indurre questi ultimi ad esaltare la necessità di una prospettiva dialogica.

Proseguendo lungo questa direzione, l'Avvocato generale Bot, nelle conclusioni del 7 luglio 2009 nella causa *Kücükdeveci*, ha individuato un terzo “palliativo”, finora non esplicitamente riconosciuto, la cui portata, oltre ad apparire incerta, sarebbe al momento limitata⁷¹. Questo terzo palliativo consisterebbe nella scissione tra l'effetto diretto di “sostituzione” delle direttive e l'invocabilità al fine di escludere l'applicazione del diritto nazionale incompatibile, anche nella controversia tra singoli, come la Corte di giustizia avrebbe ammesso implicitamente nel caso *Mangold*⁷². Si tratterebbe di riconoscere, secondo l'Avvocato generale Bot, la possibilità di disapplicare il diritto interno senza che ciò implichi la necessaria applicazione della norma dell'Unione⁷³. Il ragionamento avrebbe una portata limitata e dovrebbe valere soltanto per le direttive che agevolano l'attuazione dei principi generali (e in particolare dei diritti fondamentali), come il principio di uguaglianza. L'Avvocato generale ha invitato la Corte a prendere posizione sulla questione se “l'identificazione di diritti garantiti da direttive come costituenti dei diritti fondamentali permetta o meno di rafforzare l'invocabilità di questi nell'ambito di controversie tra singoli”. Passando all'esame del caso di specie, l'Avvocato generale ha suggerito di interpretare la disposizione della direttiva invocata, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, nel senso che “osta ad una normativa nazionale (...) che pre-

TFUE: sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁷⁰ La teoria della responsabilità è stata affermata per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich*, *Raccolta*, p. I-5357. Le condizioni sono state precisate successivamente, in particolare, nella sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie de Pêcheur*, *ivi*, p. I-1029.

⁷¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 7 luglio 2009, *Kücükdeveci*.

⁷² Sentenza *Mangold*. In questo caso, in cui come si ricorda veniva in questione una direttiva non scaduta e quindi non applicabile e neppure suscettibile di generare l'obbligo di interpretazione conforme, la Corte ha giustificato la disapplicazione delle disposizioni nazionali confliggenti in nome dell'esigenza di assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione (in ragione dell'età).

⁷³ Sulla difficoltà di distinguere tra effetti di “mera esclusione” ed effetti di “sostituzione” riferibili alle direttive, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *op. cit.*, spec. pp. 210-211.

vede, in modo generale, che il periodo di attività lavorativa subordinata maturato prima del compimento del venticinquesimo anno di età non va preso in considerazione ai fini del calcolo dei termini di preavviso di licenziamento”. Con la conseguenza di stabilire a carico del giudice nazionale l’onere di “disapplicare la normativa nazionale”, anche nei rapporti orizzontali⁷⁴.

La Corte di giustizia, pronunciandosi sul caso⁷⁵, pur non accogliendo il suggerimento proposto dall’Avvocato generale di individuare in termini generali una categoria particolare di direttive suscettibili di effetti “orizzontali”, ha tuttavia affermato, come si è ricordato, l’obbligo di disapplicare la normativa interna sulla base del principio di non discriminazione concretizzatosi nella direttiva sulla parità di trattamento⁷⁶.

6. Il rapporto tra ordinamenti, venutosi a delineare grazie al “dialogo” tra la Corte di giustizia e specialmente i giudici costituzionali⁷⁷, può essere analizzato anche in una proiezione dinamica, prendendo in considerazione il punto di vista della Corte costituzionale e quello della Corte di giustizia.

7. Non è questa la sede per ripercorrere tutte le tappe che hanno caratterizzato la giurisprudenza costituzionale sul rapporto con l’ordinamento dell’Unione⁷⁸. L’interesse è di richiamare soltanto i passaggi ritenuti più significativi e talune tendenze in atto.

A partire dalla celebre sentenza *Granital*⁷⁹ la Consulta ha dichiarato che in virtù dell’art. 11 Cost. è stata conferita una delega di competenze normative all’Unione europea. Da questa premessa deriva che il contrasto della norma interna con quella dell’Unione non dà luogo a una questione di legittimità costituzionale, ma di competenza dell’ordinamento dell’Unione, sì che la norma interna “non viene in rilievo” per la disciplina del caso e non può essere applicata dal giudice comune, il quale deve applicare la norma dell’Unione in luogo di quella nazionale, escludendosi la possibilità di ricorso alla Consulta⁸⁰.

⁷⁴ Sentenza *Mangold*, punto 74 ss.

⁷⁵ Sentenza *Küçükdeveci*.

⁷⁶ *Supra* par. 3.

⁷⁷ In dottrina, tra gli altri, C. GRABENWARTER, *National Constitutional Law Relating to the European Union*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010, II ed., p. 83. Sulla giurisprudenza delle diverse corti costituzionali tendenzialmente favorevoli al riconoscimento del primato, pur prevedendo taluni limiti costituzionali, A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *op. cit.*, p. 1433 (e dottrina citata in nota 75 ss.).

⁷⁸ Per tutti, *Diritto comunitario e diritto interno, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008.

⁷⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 5 maggio 1984, confermata successivamente alla riforma del titolo V, tra le altre, dalle sentenze n. 227, del 21 giugno 2010, e n. 280 del 7 luglio 2010. La Corte costituzionale ha altresì ammesso che una norma europea possa incidere sul riparto di competenze tra Stato e Regioni ai sensi dell’art. 117 Cost. (sentenza n. 126 del 24 aprile 1996).

⁸⁰ Vedi ordinanza n. 311 del 21 novembre 2011, pronunciata successivamente alla sentenza *El Dridi*. Ancora recentemente, con ordinanza n. 298 del 7 novembre 2011, la Corte costituzionale si è soffermata sul rapporto tra rinvio pregiudiziale (ai sensi dell’art. 267 TFUE) e ricorso di costitu-

Una questione di legittimità costituzionale di una disposizione interna rispetto all'art. 11 (e, dopo la riforma del titolo V, anche all'art. 117 Cost.) in ragione del suo contrasto con norme dell'Unione può, tuttavia, essere portata davanti alla Corte costituzionale:

- a) nel caso in cui il giudice comune non possa procedere all'interpretazione conforme, per la presenza di uno dei limiti che sono stati sopra menzionati e non possa neppure procedere alla disapplicazione, perché si tratta di norma priva di effetto diretto⁸¹. Questa soluzione configura al momento la strada maestra quando vengano in questione decisioni-quadro, adottate nel regime antecedente al Trattato di Lisbona, le quali per definizione sono prive di effetti diretti⁸²;
- b) nel caso di “norme dirette ad impedire o a pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi nell'impossibilità di un'interpretazione conforme”⁸³;
- c) qualora la non applicazione della disposizione interna determini un contrasto con principi fondamentali dell'assetto costituzionale e con la tutela dei diritti umani (c.d. controlimiti), contrasto sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale⁸⁴;
- d) nel caso di ricorso in via principale (ipotesi che sta progressivamente aumentando) del Governo contro la legge regionale o della Regione contro la legge statale⁸⁵.

Resta ancora da verificare se il ricorso alla Corte costituzionale sia possibile (o invece da negare) nelle ipotesi in cui la Corte di giustizia abbia pronunciato una sentenza di inadempimento per l'incompatibilità della disciplina interna con il diritto dell'Unione e tuttavia il legislatore non sia intervenuto a rimuovere detta disciplina. La risposta alla questione imporrebbe di verificare se la norma dell'Unione violata sia dotata di effetti diretti o suscettibile di interpretazione conforme. Nel primo caso, il giudice e la pubblica amministrazione sono tenuti ad applicare la disposizione dell'Unione nell'interpretazione data dalla Corte di

zionalità, affermando che “la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *pruis* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio *a quo* e pertanto la rilevanza della questione (ordinanze n. 241 del 7 luglio 2010 e n. 100 del 1° aprile 2009)”.

⁸¹ Vedi tra le altre, Corte costituzionale, sentenza n. 284 del 4 luglio 2007. Recentemente, per un caso di contrasto della normativa di recepimento con la legge delega interpretata alla luce della direttiva dell'Unione, Corte costituzionale, sentenza n. 75 del 21 marzo 2012. Con riferimento all'ipotesi in cui dall'applicazione della direttiva possa derivare una responsabilità penale, Corte costituzionale, sentenza n. 28 del 25 gennaio 2010.

⁸² Si veda Corte costituzionale, sentenza n. 227 del 21 giugno 2010 (sul mandato di arresto europeo).

⁸³ Tra le altre, Corte costituzionale, sentenza n. 125 del 22 aprile 2009.

⁸⁴ Corte costituzionale, ordinanza n. 454 del 13 dicembre 2006 e sentenza n. 284 del 4 luglio 2007. La Corte costituzionale reagisce così alle pronunce eccentriche rese, in particolare, dal Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 19 aprile-8 agosto 2005, n. 4207).

⁸⁵ A partire dalla sentenza n. 384 del 7 novembre 1994.

giustizia⁸⁶. Nel caso in cui invece la norma sia priva di effetti diretti, ferme restando le conseguenze sul piano della responsabilità dello Stato⁸⁷, dovrebbe essere ammesso il rinvio alla Corte costituzionale secondo i principi ordinari sopra richiamati. Una diversa soluzione implicherebbe la configurabilità di quel terzo genere di situazione, caratterizzata dalla disapplicazione della normativa interna senza contestuale applicazione della disciplina dell'Unione⁸⁸, a meno di non voler ritenere che la sentenza costituisca uno strumento in grado di irrobustire gli effetti della norma dell'Unione violata, consentendole di acquisire efficacia diretta⁸⁹. Un problema analogo potrebbe porsi anche rispetto ad una sentenza interpretativa di una disposizione non direttamente applicabile. Seguendo il ragionamento dianzi proposto, il giudice nazionale dovrebbe ritenersi obbligato a rimettere la questione alla Corte costituzionale per eliminare la disposizione dall'ordinamento, sempreché non sia possibile superare il problema attraverso l'interpretazione conforme. Non pare utilizzabile come argomento contrario⁹⁰ la giurisprudenza della Consulta che consente la non applicazione di una norma interna contrastante con il diritto dell'Unione sulla base di sentenze interpretative adottate ai sensi dell'art. 267 TFUE⁹¹. Per chiudere sul punto conviene sottolineare che le questioni prospettate, per quanto stimolanti, appaiono al momento meramente teoriche, non essendo ancora state sollevate innanzi alla Consulta.

Tornando al giudizio di costituzionalità, in particolare al parametro utilizzabile, la Corte ha precisato il rapporto tra l'art. 11 e l'art. 117, primo comma, introdotto con la riforma del titolo V della Costituzione. In particolare, nella sentenza n. 227 del 2010 il giudice costituzionale ha chiarito che "l'art. 117, primo comma, Cost. ha (...) confermato espressamente, in parte ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale,

⁸⁶ La Corte costituzionale ha riconosciuto l'immediata applicabilità delle norme, come interpretate dal giudice di Lussemburgo all'esito non solo di un rinvio pregiudiziale (sentenza n. 113 del 19 aprile 1985), ma anche di una procedura per infrazione (sentenza n. 389 del 4 luglio 1989). In un'altra vicenda, la Consulta pare limitare l'operatività immediata alle statuizioni della Corte di giustizia concernenti norme dotate di effetti diretti (sentenza n. 284 del 4 luglio 2007).

⁸⁷ Lo Stato dichiarato inadempiente è tenuto a prendere tutti i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza impone (art. 258 TFUE).

⁸⁸ Sul c.d. terzo palliativo identificato dall'Avvocato generale Bot, *supra*, par. 5.

⁸⁹ In senso contrario, si veda la giurisprudenza sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo, la quale, da un lato, non richiede il previo accertamento dell'infrazione da parte della Corte di giustizia e, dall'altro lato, non consente di attribuire effetti diretti ad una norma solo perché è intervenuta una sentenza di inadempimento (sentenza *Franovich*). Va tuttavia sottolineato che questa sentenza riguarda un caso di omissione da parte del legislatore.

⁹⁰ Cassazione, Sezione lavoro, sentenza del 20 novembre 1997, n. 11571, in *Giustizia civile*, 1998, I, p. 1975 con nota di G. GIACALONE, *Sull'efficacia «verticale» ed «orizzontale» delle direttive comunitarie*. In particolare, la Corte ha dichiarato "che il presupposto per la rilevanza, in una controversia giudiziaria, di una statuizione contenuta in una sentenza della Corte di giustizia dipende dalla circostanza che la norma interpretata sia di per sé direttamente efficace". Diversa opinione pare esprimere Cassazione, Sezione lavoro, sentenza del 17 ottobre 2011 n. 21441.

⁹¹ Corte costituzionale, sentenza n. 113 del 19 aprile 1985.

di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., è tuttavia solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte nel corso degli ultimi decenni, trova ancora 'sicuro fondamento' nell'art. 11 Cost. Restano, infatti, ben fermi, anche successivamente alla riforma, oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e processuale, per l'amministrazione e i giudici. In particolare, quanto ad eventuali contrasti con la Costituzione, resta ferma la garanzia che, diversamente dalle norme internazionali convenzionali (compresa la CEDU: sentenze n. 348 e 349 del 2007), l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona (sentenze n. 102 del 2008, n. 284 del 2007, n. 169 del 2006)".

È interessante osservare che sta progressivamente aumentando il numero delle cause che fanno riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. In crescita è soprattutto il dato relativo alle pronunce della Corte in cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale della legislazione italiana per contrasto con la disciplina dell'Unione, in particolare, in sede di ricorsi in via principale, su impugnativa del governo contro leggi regionali⁹². E non solo. Si può anche dare atto di una notevole sensibilità da parte della Corte costituzionale ad interpretare le norme interne e dell'Unione alla luce delle indicazioni provenienti da Lussemburgo⁹³, al fine di assicurare l'effettività del diritto dell'Unione⁹⁴.

⁹² Relazioni Attività della Corte costituzionale, 2010 e 2011.

⁹³ Tra i casi più significativi, oltre alla sentenza n. 227 del 21 giugno 2010, si veda la pronuncia n. 28 del 25 gennaio 2010. Rilevante è anche la posizione assunta dalla Corte sulla prescrizione dei termini in una vicenda in cui veniva in questione l'esecuzione dell'obbligo di recupero degli aiuti imposto dal diritto dell'Unione europea: ordinanze n. 36, del 26 gennaio 2009, e n. 125, del 22 aprile 2009. Sulla maggiore disponibilità al dialogo con la Corte di giustizia, si veda la Relazione del Presidente Alfonso Quaranta sulla giurisprudenza costituzionale nel 2011, Incontro con la stampa, 23 febbraio 2012, www.cortecostituzionale.it.

⁹⁴ Non mancano tuttavia casi problematici. A titolo esemplificativo si può menzionare la sentenza n. 281 del 7 luglio 2010. In questo caso la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 3, terzo periodo, del d.l. n. 59/2008, nella parte in cui stabilisce la perdita di efficacia del provvedimento di sospensione, adottato o confermato dal giudice, dell'esecuzione delle decisioni europee di recupero degli aiuti illegittimi. La Corte ha ritenuto detta previsione in contrasto con gli articoli 24, secondo comma (diritto di difesa), e 111 (diritto ad un giusto processo) della Costituzione. La Corte costituzionale pare non tenere conto della sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004, causa C-99/02, *Commissione c. Italia, Raccolta*, p. I-3353, e degli obblighi da essa discendenti. In questa occasione, infatti, la Corte di giustizia aveva già dichiarato l'inadempimento dell'Italia per mancata esecuzione della decisione di recupero dell'11 maggio 1999, 2000/128/CE, relativa al regime di aiuti concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione, *GUCE* L 42, 15 febbraio 2000, p. 1. Successivamente, con sentenza del 17 novembre 2011, causa C-496/09, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, la Corte di

Tra gli esempi recenti che contengono riferimenti al diritto dell'Unione, merita ricordare le sentenze n. 93/2010 e n. 80/2011⁹⁵. Nel primo caso la Consulta ha utilizzato come strumento interpretativo (in senso rafforzativo) il riferimento all'art. 47, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta Carta di Nizza), recepita dall'art. 6, par. 1, TUE, nella versione consolidata derivante dalle modifiche ad esso apportate dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009. Nella seconda pronuncia, la Corte costituzionale ha precisato l'ambito di applicazione della Carta dei diritti, escludendo, con ogni evidenza, che essa "costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza del 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Mariano*) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*; ordinanza del 12 novembre 2010, causa C-399/10, *Krasimir-Estov*)"⁹⁶.

Il dialogo con la Corte di giustizia si è sviluppato non solo indirettamente, attraverso le pronunce fin qui richiamate, ma anche in via diretta grazie al rinvio pregiudiziale disposto dalla Consulta ai sensi dell'art. 267 TFUE per la prima volta nel 2008⁹⁷.

Nella sentenza n. 102 del 2008 e nell'ordinanza n. 103 del 2008, pronunciata nel medesimo giudizio, la Corte ha ammesso di avere, "pur nella sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale (...) natura di giudice e, in parti-

Lussemburgo ha inflitto per la prima volta all'Italia, ai sensi dell'art. 260 TFUE, una penalità di mora e una somma forfettaria per non aver eseguito la prima pronuncia del 2004. Preme osservare che anche la Corte di Lussemburgo ha ignorato la pronuncia della Consulta, forse perché non informata dalla difesa.

⁹⁵ Vedi anche Corte costituzionale, sentenza n. 284 del 4 luglio 2007. In questo caso la Corte ha ammesso che le norme europee devono essere applicate così come interpretate dalla Corte di giustizia.

⁹⁶ V. anche sentenze n. 303 del 9 novembre 2011, n. 175 del 7 giugno 2011, e ordinanza n. 138 del 6 aprile 2011.

⁹⁷ Giudici costituzionali di diversi Stati si sono avvalsi della procedura per rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia (conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 2 luglio 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, *Raccolta*, p. I-10821, punto 21). Tra le altre sentenze rese su rinvio di giudici costituzionali, si veda, con riferimento al Belgio, la sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 1988, causa C-93/97, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins ASBL c. Governo fiammingo, Governo della Comunità francese, Consiglio dei ministri*, *ivi*, p. I-4837; nonché del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *v.z.w. Advocaten voor de Wereld c. Leden van de Ministerraad*, *ivi*, p. I-3633; con riferimento all'Austria, la sentenza dell'8 novembre 2001, causa C-243/99, *Adria-Wien Pipeline*, *ivi*, p. I-8365 e recentemente, del 1° marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry c. Etat belge*, *ivi*, p. I-819 ss.; alla Lituania, la sentenza del 9 ottobre 2008, causa C-239/07, *Sabatauskas e al.*, *Raccolta*, p. I-7523; con riferimento alla Spagna, la sentenza *Melloni*). La possibilità del rinvio è altresì accettata dal Tribunale federale tedesco: BVerf, sentenza del 2 marzo 2010, 63 NJW (2010) (*Data Retention*), punti 833 e 835, BVerfGE, sentenza del 6 luglio 2010, NJW (*Honeywell*) punto 60 (nella versione inglese, www.bverfg.de). Resta invece problematica la posizione del Conseil Constitutionnel francese: 2006-540 DC, punti 88, 92, caso 2010-605 DC, punto 18.

colare, di giudice di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni non è ammessa alcuna impugnazione: art. 137, terzo comma, cost.)”. Essa pertanto, si è ritenuta, quantomeno nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale, “legittimata a proporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE. Difatti, in primo luogo, (...) non v’è dubbio che la Corte costituzionale italiana possiede requisiti individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE per attribuire a tal fine tale qualificazione. In secondo luogo, nell’ambito dei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale, la Corte è l’unico giudice chiamato a pronunciarsi in ordine al loro oggetto, in quanto manca un giudice *a quo* abilitato a definire la controversia, e cioè ad applicare o a disapplicare direttamente la norma interna non conforme al diritto comunitario. Pertanto, non ammettere in tali giudizi il rinvio pregiudiziale di cui all’art. 234 del Trattato CE comporterebbe un’inaccettabile lesione del generale interesse all’uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE”.

A seguito della decisione della Corte di giustizia resa il 17 novembre 2009⁹⁸, la Consulta ha pronunciato la sentenza n. 216 del 2010, con la quale ha dichiarato “costituzionalmente illegittimo l’art. 4 della legge della Regione Sardegna 11 maggio 2006, n. 4, nel testo sostituito dall’art. 3, comma 3, della legge della Regione Sardegna 29 maggio 2007, n. 2, per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., poiché incompatibile con la norma interposta dell’art. 49 del Trattato CE [ora art. 56 TFUE] come interpretata dalla Corte di giustizia”⁹⁹.

8. Passando ad esaminare la prospettiva della Corte di giustizia, quale è desumibile dalla recente giurisprudenza nella quale vengono in rilievo norme costituzionali o pronunce dei giudici costituzionali, è importante innanzitutto precisare che le situazioni emerse davanti alla – e le posizioni assunte dalla – Corte sono fortemente differenziate, rendendo difficile una loro ricostruzione sistematica.

⁹⁸ Sentenza *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*.

⁹⁹ Pensando alle esperienze in corso in altri Stati membri, merita ricordare senz’altro il Tribunale federale tedesco che negli ultimi tre anni si è pronunciato più volte sui rapporti tra norme dell’Unione e interne. In particolare, si vedano sentenza *Lisbon*, BVerfG, 2 BvE 2/08 del 30 giugno 2009 (nella versione inglese, www.bverfg.de). I commenti della sentenza sono numerosi, tra i tanti: J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 973 ss.; A. FISCHER-LESCANO, C. JOERGES, A. WONKA (eds.), *The German Constitutional Court’s Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives*, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Universität Bremen, Discussion Paper 1/2010, reperibile *on line*; e i commenti apparsi in *German Law Journal*, 2009, pp. 1169-1354; THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1795. Successivamente, *Honeywell/Mangold*, BVerfGE, sentenza del 6 Luglio 2010, (2010) NJW (nella versione inglese, www.bverfg.de). Per un primo commento, R. CAPONI, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, www.astrid-online.it. In quest’ultimo caso la Corte tedesca enfatizza il canone del *favor* verso il diritto dell’Unione europea (“*friendliness towards EU law*”): A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *op. cit.*, spec. pp. 1450-1451.

A volte, il giudice di Lussemburgo sembra contenere il suo ruolo, ad esempio quando ha chiarito, riferendosi ad un'ipotesi in cui vengono in questione norme interne che riproducono disposizioni dell'Unione volte a regolare fattispecie non direttamente riconducibili all'ambito di applicazione di queste ultime, che "la necessità di assicurare l'interpretazione uniforme¹⁰⁰ del diritto dell'Unione"¹⁰¹ "non può (...) a meno di non tener conto della ripartizione delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati membri, portare a conferire alla norma del diritto dell'Unione un primato su norme interne di rango superiore che imponga, in una situazione del genere, di disapplicare detta norma di diritto nazionale o respingere l'interpretazione fornite" dal giudice costituzionale¹⁰².

La soluzione nel caso concreto sembra giustificata solo dalla presenza di norme costituzionali, lasciando intendere che la posizione potrebbe essere diversa nell'ipotesi in cui il rapporto avesse riguardato disposizioni interne di rango inferiore, ancorché volte a disciplinare fattispecie estranee all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Questa soluzione pare trascurare che il primato può operare solo nei limiti delle competenze dell'Unione: fuori da questo ambito le disposizioni dell'Unione non possono comportare la disapplicazione di qualsivoglia disposizione interna (quale ne sia il rango).

In altri casi invece, la Corte, in nome del primato, non sembra disposta ad arrestarsi davanti a una norma costituzionale o alla previsione di un procedimento di controllo della legittimità costituzionale ostativo dell'effettività.

Nella pronuncia *Ilonka Sayn-Wittgenstein*¹⁰³, il valore costituzionale della legge austriaca sull'abolizione della nobiltà, già passata al vaglio della Corte costituzionale austriaca, non ne ha impedito il sindacato giurisdizionale in sede europea, e ciò nonostante essa venga considerata quale elemento dell'identità nazionale. Su questo punto, la Corte di giustizia si limita a ricordare che l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE¹⁰⁴, ma non sembra preoccuparsi del rapporto tra questa disposizione e il

¹⁰⁰ *Supra*, par. 4.

¹⁰¹ Sulla competenza della Corte ad interpretare norme interne riprodotte o che fanno riferimento a norme dell'Unione, da ultimo, sentenza *Teresa Cicala*.

¹⁰² Sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 2011, causa C-310/10, *Ministerul Justiției*.

¹⁰³ Sentenza *Ilonka Sayn-Wittgenstein*.

¹⁰⁴ Si veda anche l'ordinanza della Corte di giustizia del 1° ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato*, *Raccolta*, p. I-121. L'ordinanza è stata pronunciata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha posto l'art. 4, par. 2, TUE sotto il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia (art. 19 TFUE). Successivamente, sentenze della Corte di giustizia del 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Malgožata Runevič-Vardyn*, *ivi*, p. I-3787, punto 86, in cui si riconosce che l'identità nazionale comprende la tutela della lingua ufficiale dello Stato; del 21 maggio 2011, causa C-51/08, *Commissione c. Lussemburgo*, *ivi*, p. I-4231, punto 124. In epoca antecedente, il riferimento all'identità nazionale era contenuto nell'art. 6, par. 3, TUE, non sindacabile dal giudice dell'Unione. Tuttavia, in qualche occasione la Corte aveva già richiamato la nozione di identità nazionale: sentenza del 2 luglio 1996, causa C-473/93, *Commissione c. Lussemburgo*, *ivi*, p. I-3207, punto 35. La clausola è altresì menzionata nelle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 4 giugno 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, *ivi*, p. I-8457, punto 85 ss.; dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 30 settembre 2009, nella causa C-135/08, *Rottmann*, *ivi*, p. I-1449, punto 23

principio delle competenze di attribuzione richiamato tra l'altro nel par. 1 del medesimo articolo¹⁰⁵. Nello specifico, il giudice dell'Unione, collocandosi nel solco della precedente giurisprudenza sul rapporto tra diritti e libertà fondamentali¹⁰⁶, esamina le restrizioni che la disciplina austriaca provoca alla libertà di circolazione e di soggiorno, verificandone il bilanciamento rispetto alle esigenze di ordine pubblico alla luce dei tradizionali criteri della necessità e della proporzionalità¹⁰⁷. Al termine della valutazione, la Corte ritiene giustificata¹⁰⁸ la legge sull'abolizione della nobiltà in ragione dell'obiettivo di preservare il principio di uguaglianza, tutelato tra l'altro anche nell'ordinamento giuridico dell'Unione (art. 20 Carta dei diritti fondamentali), e non in ragione dell'esigenza di rispettare la clausola sull'identità nazionale¹⁰⁹. La soluzione proposta in concreto dalla Corte ha in ogni caso evitato l'apertura di un conflitto con la Corte costituzionale austriaca, la quale, come si è detto, si era già pronunciata a favore del mantenimento del divieto dei titoli nobiliari.

ss., e nel caso *Michaniki*, punto 30 ss., e recentemente dell'Avvocato generale Bot, nel caso *Meloni*, punto 138 ss.

¹⁰⁵ La clausola sull'identità nazionale deve essere messa in relazione non soltanto con il principio delle competenze di attribuzione, racchiuso nell'art. 4, par. 1, TUE, ma anche con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3. In questo senso, O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, cit., p. 14. Per una valorizzazione del rapporto con il principio di leale cooperazione, v. inoltre A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *op. cit.*, p. 1419 ss. Secondo gli autori, le due disposizioni (art. 4, paragrafi 2 e 3) offrono "an institutional and procedural framework in which domestic courts and the ECJ interact closely as a part of composite system of constitutional adjudication".

¹⁰⁶ Cfr. sentenza *Kreil*, punto 16. La Corte riferendosi alla clausola di pubblica sicurezza, invocata dalla Germania a giustificazione della previsione costituzionale tedesca limitativa dell'accesso alle donne, ha stabilito che non è lecito ammettere una riserva generale, inerente al Trattato, che escluda dall'ambito di applicazione del diritto europeo qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza.

¹⁰⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, *Raccolta*, p. I-9609, punto 30 ss. Nel senso che in entrambe le pronunce il livello minimo di protezione dei diritti garantito dalle tradizioni costituzionali viene inteso solo "come misura difensiva" in grado di giustificare le limitazioni all'applicazione del diritto dell'Unione sulla base della clausola di ordine pubblico, M. SAFJAN, *Between Mangold and Omega: Fundamental Rights versus Constitutional identity*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 437 ss., spec. p. 458.

¹⁰⁸ Sentenza *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, punto 90 (e ivi giurisprudenza citata). In dottrina, E. DI SALVATORE, *Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, p. 435; P. FARAGUNA, *Il caso Sayn-Wittgenstein: la Corte di giustizia traccia un modello di "controlimiti europeizzati"?*, ivi, p. 437; C. MURPHY, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Commentaires des arrêts. Arrêt "Sayn-Wittgenstein"*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2011, p. 131 ss; F. PICOD, *Respect de l'interdiction des titres de noblesse*, in *La Semaine Juridique – édition générale*, 2011, p. 111. In senso critico nei confronti della sentenza, che tutelerebbe l'identità nazionale a scapito dell'identità personale, H. A. JACOBI, *A Fürstin by Any Other Name? Citizenship, Identity, and the Limits of Individual Rights in the ECJ*, in *Columbia Journal of European Law*, 2011, p. 3 ss.

¹⁰⁹ In senso favorevole al bilanciamento si esprimono A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *op. cit.*, p. 1425. Secondo gli autori la soluzione giurisprudenziale "indicates that the resolution of potential tensions between constitutional law and EU law lies in an overarching balancing test".

In un'altra vicenda relativa alla Germania¹¹⁰, la Corte di giustizia ha precisato che in virtù del proprio diritto costituzionale uno Stato membro può accordare ad una persona esclusa dallo *status* di rifugiato ai sensi della direttiva 2004/83 lo *status* di protezione nazionale, per ragioni diverse dalla necessità di protezione internazionale, come prevede la Legge fondamentale tedesca, a titolo discrezionale e per ragioni caritatevoli o umanitarie¹¹¹. Pur ammettendo che tale riconoscimento non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva, la Corte tuttavia ne stabilisce i limiti, prevedendo che questo tipo di protezione non debba comportare un rischio di confusione con lo *status* di rifugiato ai sensi del diritto dell'Unione.

In termini più incisivi, la Corte ha stabilito, nella sentenza *Winner*¹¹², che “il fatto che, dopo aver rilevato [l']incompatibilità con la Costituzione, il *Bundesverfassungsgericht* abbia deciso (...) di mantenere a titolo transitorio gli effetti della normativa interna relativa a detto monopolio, (...) non osta a che il giudice nazionale che accerti che la stessa normativa contravviene a disposizioni del diritto dell'Unione aventi effetto diretto, come gli articoli 43 CE e 49 CE, decida, conformemente al principio del primato del diritto dell'Unione, di disapplicare tale normativa nell'ambito della causa di cui è investito”¹¹³. Secondo la Corte, infatti, “è inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione”¹¹⁴.

Successivamente, con riferimento alla direttiva 1999/70 e all'accordo quadro allegato¹¹⁵, il giudice di Lussemburgo ha affermato che una giurisprudenza nazionale, anche costituzionale, che escludesse l'applicazione della direttiva al personale dell'amministrazione pubblica di uno Stato e/o permettesse disparità di trattamento tra i dipendenti pubblici temporanei e i dipendenti pubblici di ruolo in mancanza di ragioni oggettive ai sensi della direttiva, “sarebbe contraria alle disposizioni di tali atti del diritto dell'Unione e violerebbe gli obblighi che, nell'ambito delle loro competenze, incombono alle autorità giurisdizionali degli Stati membri di assicurare la tutela giuridica attribuita ai singoli dalle disposizioni di detto diritto e di garantirne la piena efficacia”¹¹⁶.

¹¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 2010, cause riunite C-57 e 101/09, *Bundesrepublik Deutschland c. B*, *Raccolta*, p. I-10979.

¹¹¹ Direttiva 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, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, *GUUE* L 304, 30 settembre 2004, p. 2.

¹¹² Sentenza *Winner Wetten*.

¹¹³ Per analogia, sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filiipiak*, *Raccolta*, p. I-11049, punto 84.

¹¹⁴ In tal senso, sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Raccolta*, p. 1125, punto 3.

¹¹⁵ Direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, *GUCE* L 175, 10 giugno 1999, p. 43.

¹¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2011, causa C-177/10, *Francisco Javier Rosado Santana*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 61.

La Corte si è anche espressa sui meccanismi di controllo di costituzionalità. In particolare, nel caso *Melki*¹¹⁷ la Corte ha dichiarato che “l’art. 267 TFUE osta ad una normativa di uno Stato membro che instaura un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali, nei limiti in cui il carattere prioritario di siffatto procedimento abbia l’effetto di impedire – tanto prima della trasmissione di una questione di legittimità costituzionale all’organo giurisdizionale nazionale incaricato di esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi, quanto, eventualmente, dopo la decisione di siffatto organo giurisdizionale su detta questione – a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte”, lasciando in ogni caso al giudice del rinvio il compito di verificare se la normativa nazionale controversa possa essere interpretata conformemente a siffatti precetti del diritto dell’Unione.

Infine, può essere menzionato un caso sicuramente sintomatico della complessità dei rapporti venutisi ormai a instaurare tra Corti europee e Corte costituzionale. Si tratta della vicenda provocata dalla disciplina sul trasferimento del personale Amministrativo Tecnico e Ausiliario (ATA), contenuta nella L. 126/99, come interpretata dalla L. 266/2005. La Corte costituzionale in quattro occasioni ha respinto le censure di illegittimità della legge interpretativa sollevate, in un primo tempo, con riferimento al principio di autonomia del potere giudiziario sancito dalla Costituzione italiana¹¹⁸ e, in un secondo momento, al principio della tutela giurisdizionale effettiva stabilito dalla CEDU¹¹⁹. Successivamente, è intervenuta la Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale, in contrasto con la posizione espressa dalla Corte costituzionale, con la sentenza *Agrati* del 7 giugno 2011, ha dichiarato la violazione dell’art. 6 CEDU e dell’art. 1 Primo Protocollo addizionale, da parte dell’Italia, per aver adottato la legge di interpretazione autentica 266/2005¹²⁰. Infine, si è pronunciata la Corte di giustizia, la quale, nella sentenza *Scattolon*, ha preso in esame esclusivamente il rapporto della normativa italiana con la direttiva sul trasferimento di azienda (diret-

¹¹⁷ Sentenza *Melki e Abdeli*. In dottrina, D. U. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2011, p. 221 ss.; R. MEHDI, *French Supreme Courts and European Union Law: Between Historical Compromise and Accepted Loyalty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 439.

¹¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 234 del 4 luglio 2007, ordinanze n. 400 del 19 novembre 2007 e n. 212 del 9 giugno 2008.

¹¹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 311 del 16 novembre 2009.

¹²⁰ A seguito del rigetto della domanda di rinvio alla Grande Camera presentata dal Governo italiano (*Communiqué de Presse*, CEDH 286 (2011) del 14 dicembre 2001), la sentenza del 7 giugno 2011 deve ritenersi ormai definitiva ai sensi dell’art. 44, n. 2, lett. c), CEDU. Un altro conflitto con la Corte europea è stato provocato dalla pronuncia del 21 maggio 2011 (*Maggio e a. c. Italia*), che ha suggerito una conclusione difforme rispetto a quella precedentemente adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 172 del 2008. Tale difformità ha indotto la Cassazione (Cassazione civile, ordinanza del 15 novembre 2011) a sollevare una nuova questione davanti alla Corte costituzionale. Quest’ultima, recentemente, con sentenza n. 264 del 28 novembre 2012, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità della normativa italiana, confermando, così, la soluzione precedentemente assunta.

tiva 77/187)¹²¹, rinunciando a dare una risposta alla questione concernente la relazione con il diritto ad un equo processo nonostante l'accertato collegamento con il diritto dell'Unione. È possibile leggere il silenzio sul punto come l'espressione della scelta precisa di non voler intromettersi nel rapporto tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, evitando in questo modo di aprire un conflitto con entrambe¹²².

9. La giurisprudenza costituzionale ed europea, fin qui ricostruita, mette in luce che i rapporti tra ordinamenti continuano a reggersi su un delicato punto di equilibrio di volta in volta cercato in nome della leale cooperazione.

In questo senso, l'immagine della piramide, per la prospettiva gerarchica che evoca, non è adeguata a rappresentare i rapporti tra giudici europei e nazionali. Più seducente appare l'immagine della rete¹²³, per quanto essa non renda ragione del fatto che i punti nodali nell'Unione non si trovano tutti (o sempre) su una posizione di parità. Si dovrebbe forse parlare di una rete "mobile", che a volte tende ad assumere le sembianze di una piramide per poi dissolversi in altre figure di difficile identificazione. La rete ha "catturato" tutti i giudici, inclusi i giudici costituzionali e i giudici superiori e di ultima istanza; anzi, soprattutto questi ultimi stanno intensificando il dialogo¹²⁴, in forma diretta o

¹²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2011, causa C-108/10, *Scattolon*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. La Corte ha dichiarato che "l'art. 3 di detta direttiva osta a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata presso il cedente, equivalente a quella maturata da altri lavoratori alle dipendenze del cessionario, all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza presso quest'ultimo. Ha tuttavia affidato al giudice del rinvio il compito di esaminare se, all'atto del trasferimento in questione, si sia verificato un siffatto peggioramento retributivo". Per un commento, O. PORCHIA, *La sentenza Scattolon sulla disciplina sul trasferimento del personale ATA: un caso emblematico della difficoltà di dialogo a "tre"*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, p. 127 ss.; R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali*, cit., p. 3759.

¹²² Successivamente, la Cassazione ha esplicitato i criteri sanciti dalla sentenza *Scattolon* (Cassazione, Sezione lavoro, sentenza del 17 ottobre 2011 n. 21441).

¹²³ In dottrina, sull'utilizzo di questi termini con riferimento all'Europa, intesa come "laboratoire expérimental des transformations juridiques", F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Bruxelles, 2002, p. 32 e p. 65. Riconducono i rapporti tra diritto dell'Unione e diritto degli Stati a un modello di "composite constitutionalism", A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *op. cit.*, p. 1421 ss.

¹²⁴ Costituisce una testimonianza della preoccupazione per la responsabilità che grava sul giudice di ultima istanza, l'ordinanza di remissione alla Corte di giustizia, pronunciata dal Consiglio di Stato in data 5 marzo 2012, www.federalismi.it. Il Consiglio di Stato pone diversi quesiti sull'interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE. Tra gli altri, chiede alla Corte di giustizia di chiarire la portata della nozione di "violazione manifesta del diritto dell'Unione" ai sensi della giurisprudenza dell'Unione (sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-244/01, *Köbler*, *Raccolta*, p. I-10239) e più nello specifico il giudice italiano chiede se questa nozione possa assumere un significato diverso ai fini dell'azione di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117, sulla responsabilità civile dei magistrati. Sull'accresciuta attenzione rivolta dalla giustizia italiana verso la dimensione europea, si veda, Cassazione, Presidente Ernesto Lupo, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011*, Roma, 26 gennaio 2012.

indiretta, con la Corte di giustizia vuoi per sottrarsi alle responsabilità per i danni causati ai singoli¹²⁵, vuoi per ovviare al rischio di vedere compromessa “la cosa giudicata”¹²⁶.

Per quanto i rapporti tra norme dell’Unione e disposizioni nazionali sfuggano da rigide categorie gerarchiche e siano tuttora regolati dal principio di leale cooperazione, è innegabile che, in nome del primato e del principio di effettività, la Corte di giustizia si trova nella condizione di controllare “attivamente”¹²⁷ i nodi della rete, facendo così sorgere il timore di un “affievolimento” del principio delle competenze di attribuzione (art. 5 TUE) e di un “depotenziamento” della teoria dei c.d. “controlimiti”¹²⁸. Vale forse a contenere questo timore la considerazione dell’interesse della Corte essenzialmente volto a perseguire una situazione di equilibrio¹²⁹ attraverso un proficuo confronto sui limiti nazionali¹³⁰,

¹²⁵ Si pensi alla vicenda *Traghetti del Mediterraneo*, *supra*, par. 4.

¹²⁶ Certo non si possono ignorare i rischi di fuga o di deriva provocati da sorprendenti posizioni assunte da giudici non di ultima istanza, come testimonia la sentenza del Tribunale di Roma del 23 marzo 2011 pronunciata a seguito della vicenda Lucchini (*supra*, par. 2). In questo caso, il giudice di Roma, disattendendo completamente la pronuncia della Corte di giustizia, fa salvo il giudicato e riconosce il diritto della Lucchini a trattenere le somme erogate illegittimamente. Secondo il Tribunale di Roma, “la cosiddetta supremazia del diritto dell’Unione (...) è rapporto tra fonti del diritto e non intacca la regola per la quale il giudicato formale costituisce accertamento definitivo di una situazione giuridica anche (e forse soprattutto) quando tale accertamento sia errato, per erronea applicazione del diritto interno come di quello sovranazionale”.

¹²⁷ La Corte viene rimproverata di “*excessive activism*” da T. TRIDIMAS, *The Court of Justice and Judicial Activism*, in *European Law Review*, 1996, p. 199 ss. Vedi, anche, Id., *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 6. In quest’opera l’autore critica l’utilizzo disinvolto dei principi generali, figli degli ordinamenti nazionali, ma poi “allevati” dalla Corte di giustizia come “*enfants terribles*”: questi principi sarebbero estesi, ribaditi, ridotti, trasformati da un processo giurisdizionale creativo ed eclettico. Non condividono la critica, tra gli altri, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2010, p. 256; P. CRAIG, *ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 395 ss., spec. p. 396 ss.

¹²⁸ In prospettiva questo potrà verificarsi anche in virtù di un più penetrante sindacato della clausola di identità nazionale (art. 4, par. 2, TUE: per un primo caso, dai contorni ancora sfumati, sentenza *Ilonka Sayn-Wittgenstein*). Per alcune considerazioni interessanti sul ruolo della clausola di identità nazionale, G. VAN DER SCHYFF, *The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4 (2) TEU*, in *European Law Review*, 2012, p. 563 ss.

¹²⁹ La ricerca di un equilibrio è imprescindibile anche considerato il nuovo ruolo assunto dalla Corte di giustizia nell’ambito degli strumenti (internazionali e dell’Unione) recentemente adottati in risposta alla crisi economica. In particolare, con riferimento al c.d. *Fiscal compact* (Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell’Unione economica e monetaria firmato il 2 marzo 2012) la Corte di giustizia è chiamata, sia pure fuori dalla cornice dell’Unione europea, a verificare l’introduzione dell’obbligo di pareggio di bilancio nell’ordinamento interno e a infliggere le sanzioni nel caso di violazione. Recentemente, sulla competenza attribuita alla Corte, ai sensi dell’art. 273 TFUE, sulla base dei nuovi strumenti di *governance*, in particolare, in virtù del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità (MES) firmato il 2 febbraio 2012, v. la sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

¹³⁰ Sul punto, A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. contro limiti costituzionali*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 479 ss., spec. p. 483.

compito che richiede una saggia apertura da parte dei giudici costituzionali¹³¹ anche valorizzando il carattere reciproco del principio di leale cooperazione¹³².

E non solo. Su un altro fronte¹³³, la Corte di giustizia si deve ritenere costantemente impegnata nella ricerca di una mediazione nei rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di scongiurare i rischi di conflitto proprio nel terreno "minato" dei diritti fondamentali, rischi¹³⁴ che sono destinati ad intensificarsi per effetto del processo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹³⁵.

¹³¹ Il rapporto con i giudici costituzionali si rivela delicato, come testimonia la vicenda sorta intorno al computo delle prestazioni pensionistiche a favore delle persone che hanno legami con la Repubblica ceca e la Repubblica Slovacca. Sulla questione si è pronunciata la Corte di giustizia (sentenza del 22 giugno 2011, causa C-399/09, *Marie Landtová* e conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 3 marzo 2011, spec. punto 3, non ancora pubblicate in *Raccolta*), contraddicendo la giurisprudenza della Corte costituzionale ceca. Questa, intervenendo successivamente (sentenza del 31 gennaio 2012, Pl. US 5/12: *Slovak pensions*), ha assunto una posizione critica nei confronti del giudice dell'Unione, ritenendolo responsabile di aver ecceduto i suoi poteri.

¹³² O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, cit., pp. 7, 69, 253 e 254. Con riferimento all'ordinamento tedesco, per un esempio di progressiva apertura da parte dei giudici costituzionali, si veda la saga originata dalla questione del riconoscimento dei sussidi previsti dalle norme tedesche a favore della famiglia anche alle unioni solidali. Su questa vicenda si è dapprima espresso il giudice di Lussemburgo (sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko*, *Raccolta*, p. I-1758), mettendo alla prova la capacità di dialogo del giudice di Karlsruhe. Quest'ultimo, infatti, si è dimostrato inizialmente "sordo", ma nel tempo ha progressivamente cambiato il suo orientamento per conformarsi alle indicazioni sovranazionali (recentemente, BVerfG, 19 giugno 2012, n. 2 BvR 1397/09). Sulla saga, S. NINATTI, *Ai confini dell'identità nazionale*, Torino, 2012.

¹³³ Si è vista la delicata situazione venutasi a creare in relazione alla vicenda *ATA*, *supra*, nota 118 ss.

¹³⁴ Sui possibili momenti di interazione tra i due sistemi, L. F. M. BESSELINK, *General Report*, in J. LAFFRANQUE (ed.), *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions, Reports of the XXV FIDE Congress*, Tartu, 2012, p. 63 ss.; E. CANNIZZARO, *L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea sul contenuto della tutela dei diritti umani nell'Unione europea*, in M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012, p. 39 ss.; U. VILLANI, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, p. 1 ss.

¹³⁵ Si veda, il Progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU (versione del 7 novembre 2012), www.sidi-isil.org.

Abstract

The Relationship between National and EU Law in Light of the Dialogue between National Judges and the European Court of Justice

This paper explores the relation between EU and national law, as sketched in the European and national case-law. In this context, as a major premise, it particularly stresses the importance of the preliminary ruling procedure provided by Article 267 TFEU: a powerful tool for a fruitful dialogue between the ECJ and national jurisdictions and the main means through which the EU legal order has evolved. The key role played by judicial dialogue is highlighted by the most relevant outcome of judicial cooperation under Article 267 TFEU: the gradual development of fundamental principles of the EU legal order, namely the primacy of EU law, the direct effect doctrine and the duty of consistent interpretation. The second part of the article is more specifically focused on the relationship between the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice. The intersections between these Courts stem first of all from the constitutional scrutiny the former is in charge of. Indeed, national rules incompatible with EU law should be declared illegal with respect to Articles 11 and 117 of the Italian Constitution, read in conjunction with EU law itself. Another relevant aspect is the increasing use of the European case-law by the Constitutional Court in its daily interpretative activity. A third meaningful tool is once again the preliminary ruling procedure, which the Italian Constitutional Court directly experienced for the first time in 2008. Also, this paper explores one of the most debated contemporary issues regarding the relationship between EU law and constitutional rules, that is, the extent to which a Member State can derogate from the obligations arising from EU law, by invoking the respect of the material core of its constitutional identity, under Article 4, para. 2, TEU. With this aim, a first glance at the most recent case-law of the Court of Justice on the topic is taken.

Such complex set of issues suggests a final note on the architecture of the relations between the European Court of Justice and the national judiciaries (especially, the supreme or constitutional courts): this paper rejects the idea of a hierarchical system and supports the growth of an increasingly resilient network of judicial dialogue and cooperation, for the benefit of the coherent and effective application of EU law at the national level.

Stefano Montaldo*

La competenza dell'Unione europea ad adottare norme di diritto penale *ex art. 83, par. 2, TFUE* e sue possibili applicazioni

SOMMARIO: 1. La genesi dell'art. 83, par. 2, TFUE: il dibattito sull'estensione della competenza dell'Unione europea in materia penale. – 2. Il primo presupposto dell'art. 83, par. 2, TFUE: l'adozione di norme di armonizzazione degli ordinamenti nazionali. – 3. Il secondo presupposto: l'indispensabilità delle norme penali per l'efficacia dell'azione UE. – 4. Un'ipotesi paradigmatica di applicazione dell'art. 83, par. 2, TFUE: il caso della contraffazione delle indicazioni geografiche degli alimenti. – 5. La contraffazione alimentare attraverso la lente di ingrandimento di norme penali europee: possibili criteri di portata generale per l'applicazione dell'art. 83, par. 2, TFUE.

1. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha segnato un decisivo punto di svolta nella definizione delle competenze dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale¹. Grazie all'estinzione della "struttura a tempio", la disciplina di questo settore è stata trasferita nei Capi 4 e 5 del Titolo V TFUE, nel complesso dedicato allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A questa modifica strutturale è conseguito un radicale mutamento di approccio alla materia, dettato dall'abbandono del paradigma intergovernativo, in favore dell'estensione dei metodi decisionali e degli strumenti normativi propri dell'esperienza comunitaria².

Nel contesto del rafforzamento delle competenze dell'Unione europea nel settore della cooperazione penale, un profilo di particolare interesse è costituito

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

¹ V., *ex multis*, S. PEERS, *The Treaty of Lisbon and the Reform of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 115.

² Ancor prima del Trattato di Lisbona, la dottrina offriva una lettura evolutiva del terzo pilastro, evidenziando come, grazie all'attivismo del legislatore ed all'insostituibile contributo propulsivo della Corte, già si potesse rilevare un progressivo ravvicinamento fra i pilastri UE. V. F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il "terzo pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 773; V. MITSILEGAS, *The Third Wave of Third Pillar Law. Which Direction for EU Criminal Justice?*, in *European Law Review*, 2009, p. 523 ss.

dal disposto dell'art. 83, par. 2, TFUE. Esso infatti conferisce al legislatore europeo il potere di adottare direttive, recanti norme penali minime, nell'ambito di politiche dell'Unione già soggette a disciplina di armonizzazione e non afferenti alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. Questa potestà è tuttavia circoscritta ai casi in cui il ravvicinamento delle disposizioni penali sia necessario e funzionale alla piena efficacia dell'azione europea in detti ambiti³. Un ulteriore limite riguarda poi il contenuto dell'eventuale intervento normativo dell'Unione, che deve essere circoscritto alla previsione di standard minimi comuni per la definizione di fattispecie penali o misure sanzionatorie⁴.

La disposizione in esame trae origine dal dibattito sulla competenza della Comunità europea a fissare sanzioni, eventualmente di natura penale, per assicurare in maggior grado il perseguimento delle finalità sottese alle politiche previste dai Trattati⁵. La questione aveva tratto origine da un filone giurisprudenziale della Corte di giustizia culminato con le pronunce *Reati ambientali* e *Sicurezza marittima*, che qui occorre brevemente richiamare, riguardanti l'individuazione della corretta base giuridica per l'adozione di norme in tema di tutela dell'ambiente.

Nel primo caso⁶, la controversia sorta fra Commissione e Consiglio verteva sulla decisione quadro 2003/80/GAI, adottata dal Consiglio stesso in forza degli articoli 29, 31 e 34 TUE⁷. Nella sua proposta, la Commissione aveva indicato quale base giuridica l'art. 175, par. 1, TCE. Tuttavia, come precisato nei 'considerando' dell'atto, i rappresentanti degli Stati membri riuniti in Consiglio avevano inteso incorporare nel documento alcune norme di diritto penale sostanziale. Di conseguenza, avevano ritenuto che il progetto trascendesse le prerogative della Comunità. Onde evitare il fallimento dell'*iter* normativo, era stata disposta la modifica del richiamo alla base giuridica, senza sottoporre ulteriormente la problematica alla Commissione⁸. La Commissione sollecitava dunque l'annulla-

³ In termini generali, sull'art. 83, par. 2, TFUE v. C. LADEMBURGER, *The Resources of European Security: Developing the EU Treaty Basis for Police Cooperation and Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in *Revue européenne de droit public*, 2008, p. 125; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 43.

⁴ L'*iter* decisionale per l'adozione di tali norme minime è individuato *per relationem* alla procedura indicata dal Trattato per la materia extrapenale di volta in volta interessata.

⁵ V. le sentenze della Corte di giustizia del 1° settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, c.d. "*Reati ambientali*", *Raccolta*, p. I-7879; e del 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, c.d. "*Sicurezza marittima*", *ivi*, p. I-9097. Per approfondimenti v. *ex multis* A. DAWES, O. LINSKEY, *The Ever-Longer Arm of EC Law: the Extension of Community Competence into the Field of Criminal Law*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 131; S. PEERS, *The European Community's Criminal Law Competence: the Plot Thickens*, in *European Law Review*, 2008, p. 399.

⁶ V., fra i numerosi commenti, C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 941.

⁷ Decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio, del 27 gennaio 2003, sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, *GUUE* L 29, 5 febbraio 2003, p. 55 ss.

⁸ V. in particolare il 7° 'considerando' della decisione quadro.

mento di tale atto, che interessava profili e perseguiva finalità teoricamente riconducibili sia al terzo pilastro che al Trattato comunitario. In effetti, se la previsione di norme di ravvicinamento degli ordinamenti interni nel settore penale rappresentava un obiettivo di tradizionale matrice intergovernativa, la tutela dell'ambiente era annoverata fra le politiche comunitarie.

In uno con il Parlamento europeo, l'istituzione ricorrente riteneva, dunque, che le disposizioni inserite nella decisione quadro dovessero essere più correttamente fondate sull'art. 175 TCE, ritenuto idoneo ad imporre agli Stati l'introduzione di norme penali sostanziali e sanzionatorie, funzionali ad assicurare la piena efficacia dell'azione europea nel settore ambientale⁹.

Il compito della Corte, pertanto, consisteva nella valutazione del contenuto della decisione quadro, attraverso l'attenta ponderazione delle due anime dell'atto¹⁰. Nel dirimere la controversa questione, la Corte ha richiamato i principi a più riprese sostenuti nelle cause riguardanti l'elezione della base giuridica, applicandoli altresì ai conflitti tra diversi pilastri dell'UE. In questo senso, essa ha riproposto l'assunto giurisprudenziale secondo cui l'individuazione della base giuridica deve ispirarsi a criteri oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali il contenuto e lo scopo dell'atto¹¹. Proprio la ponderazione di questi elementi è infatti il presupposto per apprezzare quale profilo costituisca l'asse portante dell'atto e quale invece rivesta una funzione meramente ancillare¹². Muovendo dalla valutazione di tali presupposti, la Corte ha ravvisato nel rafforzamento della tutela ambientale l'oggetto principale della decisione quadro, reso urgente dall'acuirsi dei fenomeni criminali transfrontalieri. Essa ha di conseguenza dichiarato la nullità dell'atto.

I giudici di Lussemburgo hanno in particolare riconosciuto, in presenza di talune condizioni, la legittimazione in capo alla Comunità ad imporre agli Stati l'adozione di norme penali¹³. Pur mancando un'attribuzione generale di compe-

⁹ Pur in mancanza di precedenti specifici, la Commissione si appellava alla giurisprudenza della Corte sul principio di leale cooperazione, nonché ai principi di effettività e di equivalenza, ed in particolare alle sentenze della Corte di giustizia del 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bulb*, *Raccolta*, p. 137, punto 33, e dell'8 luglio 1999, causa C-186/98, *Nunes e de Matos*, *ivi*, p. I-4883, punti 12 e 14.

¹⁰ In passato, ove vi fosse stata una coincidenza di profili, l'uno di rilevanza comunitaria, l'altro intergovernativa, si era assistito alla prassi della c.d. *cohabitation forcée*, ossia alla contestuale adozione di due atti complementari: J. VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy*, in *European Criminal Law Association's Forum*, 2006, p. 88.

¹¹ V. fra le molte pronunce della Corte di giustizia in materia, le sentenze dell'11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, c.d. "*Biossido di titanio*", *Raccolta*, p. I-2867, punto 10, e del 19 settembre 2002, causa C-336/00, *Huber*, *ivi*, p. I-7699, punto 30.

¹² Ciò anche in ragione del fatto che, secondo la Corte, nell'ambito del primo pilastro, solo in casi eccezionali, ove sia provato che l'atto persegue contemporaneamente più obiettivi tra loro inseparabili e di pari centralità, la base giuridica può essere individuata in più fondamenti normativi. V. il parere della Corte di giustizia del 6 dicembre 2001, n. 2/00, sulla Convenzione sulla diversità biologica, *Raccolta*, p. I-9713, punto 23.

¹³ L'impostazione della Corte non è stata esente da critiche, relative all'individuazione di competenza penale in capo alla Comunità in assenza di espresse disposizioni del Trattato e di una

tenza alla Comunità a legiferare nel settore penale¹⁴, infatti, la previsione di fattispecie criminali e l'applicazione di misure sanzionatorie effettive, proporzionate e dissuasive è stata ritenuta uno strumento elettivo per salvaguardare l'effetto utile delle norme sulla tutela ambientale e, di riflesso, l'effettività dell'azione europea. Pertanto, nel limite in cui l'individuazione di condotte penalmente rilevanti fosse strettamente necessaria ad assicurare l'effettività della disciplina comunitaria ed a contrastare fenomeni di criminalità transfrontaliera di accentuata gravità, la Comunità era legittimata a disporre norme capaci di incidere direttamente sulla legislazione penale degli Stati membri, operando un progressivo ravvicinamento dei loro ordinamenti¹⁵.

A breve distanza di tempo, la Corte è stata nuovamente chiamata a statuire su una controversia analoga, sorta in relazione alla decisione quadro 2005/667/GAI sul rafforzamento della cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi¹⁶. Il *punctum dolens* dell'atto era costituito dalla previsione di una serie di disposizioni di carattere penale fondate sugli articoli 30 e 34 TUE. La Commissione riteneva infatti che l'esercizio della potestà legislativa del Consiglio dovesse essere ricondotto all'art. 80, par. 2, TCE, norma che estendeva ad altri mezzi di trasporto la disciplina riservata espressamente dal Trattato alla sola circolazione su strada e che sollecitava il Consiglio a disporre norme per il rafforzamento della sicurezza della navigazione.

La decisione quadro in esame, dunque, perseguiva al contempo l'obiettivo di incrementare la sicurezza marittima e di innalzare il grado di tutela ambientale, anche mediante l'imposizione di misure penali. La presenza di una pluralità di scopi era peraltro dettata dalla natura stessa della politica ambientale, settore trasversale e multidisciplinare necessariamente integrato da ulteriori politiche, quali i trasporti, l'energia, l'agricoltura.

chiara volontà degli Stati membri. Cfr. R. PLENDER, *The Criminal Law Competence of the European Community*, House of Lords EC Committee Report n. 42, session 2005-2006, paper 227, www.publications.parliament.uk. Hanno invece sostenuto apertamente la necessità di configurare prerogative in materia penale in capo alla Comunità M. WASMAIER, N. THWAITES, *The "Battle of the Pillars". Does the European Community Have the Power to Approximate National Criminal Laws?*, in *European Law Review*, 2004, p. 613.

¹⁴ V., da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, *Raccolta*, p. I-3015, punto 53.

¹⁵ Cfr. il punto 48 della sentenza *Reati ambientali*. La Corte ha dunque posto l'accento sui concetti di necessità delle misure sanzionatorie ed effettività delle politiche comunitarie. L'Avvocato generale Colomer, invece, si era più diffusamente soffermato sulla specifica esigenza di un più elevato grado di tutela dell'ambiente. Cfr. le conclusioni del 26 maggio 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-7879, punti 86-87. In dottrina, H. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 2006, p. 10.

¹⁶ Cfr. la decisione quadro 2005/667/GAI del Consiglio del 12 luglio 2005, sulla cornice penale per la repressione dell'inquinamento navale, *GUUE* L 255, 30 settembre 2005, p. 164. Sulla sentenza *Sicurezza marittima* v. in dottrina, *ex multis*, L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il «caso» dell'inquinamento provocato da navi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 769.

In un simile contesto, l'analisi dello scopo e del contenuto dell'atto corroborava il giudizio di indispensabilità dell'azione penale ai fini della maggiore effettività delle norme comunitarie a protezione dell'ambiente dall'inquinamento navale. Ne erano indici decisivi la stretta connessione con la direttiva 2005/35/CE¹⁷, anch'essa riguardante la medesima materia, nonché l'ampio potere discrezionale riconosciuto al legislatore europeo dall'art. 80 TCE. Il secondo paragrafo, infatti, in ossequio alla necessità di garantire l'effetto utile del diritto comunitario, affidava al Consiglio il compito di adottare ogni misura necessaria, senza precludere espressamente un intervento normativo in ambito penale. Inoltre, alla luce del testo del Trattato, le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente, da annoverarsi fra gli obiettivi prioritari della Comunità, dovevano essere "integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie"¹⁸. Il legislatore comunitario avrebbe dunque potuto, sulla base dell'art. 80, par. 2, TCE e nell'esercizio delle attribuzioni conferitegli da tale disposizione in materia di trasporti, promuovere la tutela dell'ambiente. Queste constatazioni hanno condotto la Corte a rilevare la nullità della decisione quadro, individuando nell'art. 80, par. 2, TCE la corretta base giuridica¹⁹.

In dottrina, per quanto di utilità ai fini dell'analisi sulla portata dell'attuale art. 83, par. 2, TFUE, non sono mancati commenti critici al percorso argomentativo della Corte, che, da un lato, ha annoverato i trasporti tra i fondamenti della Comunità e, dall'altro, ha assegnato un ruolo decisivo nell'economia della pronuncia alla tutela ambientale. Questo doppio richiamo ha invero generato incertezza circa il reale fondamento della competenza della Comunità a disporre norme penali²⁰.

Ulteriori profili critici sono stati sollevati in ordine alla precisa individuazione di quelle che l'Avvocato generale Mazak ha definito la larghezza e la profondità delle attribuzioni penali della Comunità, un aspetto rimasto in effetti insoluto nelle sentenze della Corte²¹. L'Avvocato generale ha suggerito, infatti, l'esistenza di un saldo legame fra la previsione di norme penali ad opera della

¹⁷ Cfr. la direttiva 2005/35/CE del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, *GUUE* L 255, 30 settembre 2005, p. 1 ss.

¹⁸ Cfr. l'art. 6 TCE ed il punto 60 della sentenza *Sicurezza marittima*.

¹⁹ In particolare, secondo la Corte, rientravano nell'ambito operativo del terzo pilastro gli articoli 4 e 6, che definivano il tipo ed il livello di sanzioni applicabili, materia eccedente la competenza della Comunità. Erano invece finalizzati al rafforzamento della sicurezza marittima gli articoli 2, 3 e 5, volti ad imporre agli Stati membri la repressione di talune condotte dannose per l'ambiente. V. i punti 69-73 della pronuncia.

²⁰ Cfr. A. MONPION, *Arrêt CJCE, Commission contre Conseil du 23 octobre 2007: les limites de la compétence pénale de la Communauté*, in *Revue du marché commun de l'Union européenne*, 2008, p. 130. V. inoltre, rispettivamente, i punti 55 e 60 della sentenza.

²¹ Il giudice francese della Corte, J.-P. Puissechet, ebbe a precisare che la portata della pronuncia era circoscritta ai casi di condotte lesive dell'ambiente. Cfr. la relazione alla commissione del Senato francese per l'UE, 22 febbraio 2006, www.senat.fr. Sugli orientamenti espressi in dottrina v. C. HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 384.

Comunità, indipendentemente dalla singola politica interessata, e la garanzia dell'effetto utile delle norme del primo pilastro²². A questo scopo, egli ha avvalorato un'ampia interpretazione dello scopo sotteso all'allora art. 47 TUE²³, ritenuto presidio a tutela non solo delle disposizioni del Trattato comunitario, ma, in senso più ampio, delle competenze conferite alla Comunità, anche in materia penale. Pertanto, la prevalenza del primo pilastro consacrata dalla norma in esame comportava che le istituzioni dell'Unione sarebbero state legittimate a legiferare sul fondamento del Trattato CE se e nella misura in cui quest'ultimo avesse fornito una base giuridica adeguata, ossia rispondente ai canoni giurisprudenziali tradizionalmente sostenuti.

Muovendo da queste premesse, nell'opinione dell'Avvocato generale, l'ampiezza delle competenze comunitarie nel settore penale non poteva esaurirsi alla materia ambientale²⁴. *Prima facie*, essa non incarnava l'unico obiettivo essenziale della Comunità, ma si accompagnava agli ulteriori scopi posti dagli articoli 2 e 3 TCE²⁵. Non solo la politica ambientale era dunque capace di permeare di sé, integrandoli, gli altri settori di intervento delle istituzioni europee. Analoga peculiarità poteva essere riconosciuta, ad esempio, al divieto di discriminazione, alla tutela della sanità pubblica, alla normativa sulla concorrenza ed alla disciplina sui mercati finanziari. Anche in questi contesti, pertanto, si sarebbe profilata la possibilità di riconoscere alla Comunità competenza ad adottare norme penali, a garanzia della piena realizzazione dei suoi scopi e della possibilità di contrastare con efficacia fenomeni criminali suscettibili di ledere rilevanti interessi sovranazionali.

Quanto alla nozione di profondità delle attribuzioni comunitarie, le conclusioni ricalcavano l'orientamento della Corte nella sentenza *Reati ambientali*: la Comunità beneficiava della competenza ad armonizzare talune fattispecie penali, ma non era legittimata a fissare il livello ed il tipo di sanzione, in ragione delle forti differenze presenti al riguardo nei sistemi nazionali e dell'esigenza di preservare le scelte di politica criminale degli Stati membri. Alla luce del principio di sussidiarietà, il livello statale appariva il più indicato per fissare pene effettive e coerenti con il contesto sociale di riferimento²⁶.

²² Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Mazàk del 28 giugno 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio, Raccolta*, p. I-2867.

²³ L'art. 47 TUE è stato definito in dottrina una "clausola di subordinazione" del TUE rispetto al trattato comunitario, anche alla luce della necessità di interpretarlo anzitutto alla luce del suo significato letterale. Una conferma ulteriore di questa impostazione poteva essere desunta dall'art. 29 TUE, che, in tema di cooperazione in materia penale, esordiva condizionando la realizzazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia al rispetto delle competenze della Comunità. In questo senso V. MITSILEGAS, *The Competence Question: The European Community and Criminal Law*, in E. GUILD, F. GEYER (eds.), *Security Versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Aldershot, 2008, p. 153.

²⁴ Cfr. il punto 78 delle conclusioni.

²⁵ Queste due norme individuavano gli obiettivi e valori fondamentali del processo di integrazione europea. Nella vigente sistemica dei Trattati risultano abrogate, ma il loro contenuto è stato in sostanza trasfuso, rispettivamente, nell'attuale art. 3 TUE e negli articoli da 3 a 6 del TFUE.

²⁶ L'Avvocato generale si è altresì soffermato sul concetto di garanzia dell'effettività del diritto

Al contrario, la Corte ha conservato un atteggiamento prudente, omettendo di manifestare una chiara posizione circa l'ampiezza delle competenze penali della Comunità. In particolare, il Collegio non ha fatto propria la visione dell'art. 47 TUE come norma idonea ad accordare automatica priorità al pilastro comunitario in ogni ipotesi di interferenza con materie devolute alla cooperazione intergovernativa, ma soprattutto non si è soffermata sulla portata dei criteri in presenza dei quali si potesse profilare l'adozione di norme penali nell'ambito di settori e politiche differenti dalla cooperazione giudiziaria e di polizia²⁷.

Su questa problematica, sin dalle battute immediatamente successive alla sentenza *Reati ambientali*, è intervenuta anche la Commissione, con una comunicazione in merito alle conseguenze della pronuncia del settembre 2005²⁸. Nel documento, la Commissione preannunciava l'intenzione di impugnare la decisione quadro 2005/667 sull'inquinamento navale, adottata dal Consiglio a breve distanza dalla pronuncia della Corte. Nel tentativo di sostenere con forza l'esito di quella controversia, la Commissione sottolineava come il ragionamento seguito dalla Corte ben si attagliasse ad ogni ambito di intervento della Comunità, così che per ciascuna politica si sarebbe potuta prospettare, alle condizioni indicate, competenza penale in capo alla Comunità. Il presupposto fondamentale risiedeva nel giudizio di necessità dell'introduzione di disposizioni di natura penale e di garanzia dell'effetto utile delle norme comunitarie, sulla scorta di una valutazione su base casistica, condotta dalla Commissione stessa²⁹.

In assenza di ulteriori pronunce sul punto, questo orientamento giurisprudenziale ha sollevato un acceso dibattito sull'estensione della potestà normativa penale in capo al legislatore europeo³⁰. Un dibattito che la riforma del Trattato di Lisbona ha in parte risolto, proprio attraverso il disposto dell'art. 83, par. 2, TFUE, evidenziando tuttavia l'urgenza di una più puntuale riflessione circa l'ampiezza operativa della norma in esame.

comunitario, precisando come questo parametro di giudizio, sostenuto dalla Corte, non fosse esente dal rischio di eccessiva vaghezza e lasciasse ampi spazi a giudizi prettamente soggettivi. Questa riflessione ha condotto Mazak a ritenere la costruzione elaborata dalla Corte nella sentenza *Reati ambientali* inidonea a giustificare il rafforzamento delle prerogative penali della Comunità. Egli ha sollecitato l'introduzione di un specifico fondamento normativo, che introducesse una procedura legislativa uniforme. Cfr. il punto 122 delle conclusioni.

²⁷ Parte della dottrina ha suggerito che il *self-restraint* della Corte sul punto potesse essere letto come prudente approccio conservatore destinato a mitigare gli ostacoli alla ratifica del Trattato di Lisbona. Cfr. S. PEERS, *Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006, p. 402.

²⁸ Cfr. la Comunicazione al Consiglio ed al Parlamento, del 23 novembre 2005, in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03, Commissione contro Consiglio), COM(2005)583 def.

²⁹ Cfr. i punti 8-10 della Comunicazione. La Commissione sosteneva inoltre la necessità di rivedere le proposte di decisioni quadro allora in fase di adozione e di sostituire alcuni atti del terzo pilastro con fonti comunitarie. Un allegato alla Comunicazione indicava in particolare sei atti, riguardanti rispettivamente la falsificazione delle monete e dei mezzi di pagamento, il riciclaggio, il favoreggiamento dell'immigrazione e del soggiorno illegali, corruzione e criminalità informatica.

³⁰ V. R. VAN OOIK, *Cross Pillar Litigation Before the ECJ: Community and Union Competences*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 399.

2. Sulla scorta del contributo della Corte e del confronto che ne è seguito, il disposto dell'art. 83, par. 2, TFUE evidenzia due presupposti sostanziali e cumulativi per l'adozione di norme penali da parte dell'Unione in ambiti diversi dalla cooperazione giudiziaria e di polizia: il coinvolgimento di un settore già oggetto di misure di armonizzazione e l'indispensabilità della previsione di norme minime comuni penali per la piena efficacia dell'azione europea.

Il primo di questi requisiti riprende e specifica un profilo già sotteso – ma non compiutamente esplicitato – alla giurisprudenza della Corte di giustizia. In effetti, nella sentenza *Sicurezza marittima* il Collegio aveva a più riprese evidenziato la funzione ancillare delle disposizioni penali sostanziali o sanzionatorie rispetto alla piena efficacia di altre norme adottate dal legislatore europeo³¹. In assenza di maggiori indicazioni sul punto, non erano mancate contrastanti letture di questo criterio, talvolta animate anche da alcune prese di posizione delle istituzioni europee³². Al contempo, nell'attuale contesto normativo permangono alcune criticità interpretative. In primo luogo, un approccio letterale al testo pare escludere la rilevanza di attività di armonizzazione poste in essere mediante riforma dei Trattati: il richiamo alle misure di armonizzazione adottate con procedura legislativa ordinaria o speciale depone, infatti, a favore di una chiara individuazione, per tramite di atti di diritto derivato, delle norme comuni dalla cui violazione può originare una reazione secondo il paradigma penalistico³³. Appare di conseguenza ragionevole – oltre che maggiormente coerente con il dettame del Trattato – che tali regolamenti o direttive di armonizzazione anticipino l'adozione di eventuali norme penali o, secondo parte della dottrina, siano quanto meno ad esse contestuali³⁴.

In secondo luogo, si pone il problema di fissare l'asticella ad una altezza opportuna, ossia di individuare i parametri che consentano di eleggere il *quantum* di armonizzazione necessario e sufficiente a legittimare il legislatore dell'Unione al corretto utilizzo della clausola di cui all'art. 83, par. 2, TFUE. Al riguardo, si può anzitutto escludere che il dettame del Trattato imponga una

³¹ Cfr. il punto 66 della sentenza.

³² La Commissione europea aveva formulato una proposta di direttiva recante misure sanzionatorie atte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, senza distinguere in alcun modo gli ambiti nei quali fosse già intervenuta una disciplina di armonizzazione da quelli non ancora esplorati dal legislatore europeo. Cfr. la Comunicazione del 24 aprile 2006, relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2006)168 def., nel preambolo della quale la Commissione fondava la propria iniziativa normativa sull'orientamento espresso dalla Corte di giustizia nella sentenza *Reati ambientali*. La proposta non ha avuto alcun seguito. Cfr. M. VINCENZI, *Proposta di direttiva sulla tutela penale dei diritti di proprietà industriale*, in *Il diritto industriale*, 2007, p. 468.

³³ In questo senso v. M. FLETCHER, in HOUSE OF LORDS, *op. cit.*, p. 150; P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon. Law, Politics and Reform*, Oxford, 2010, p. 365.

³⁴ È di quest'ultimo avviso S. PEERS, *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2008, p. 520, secondo il quale la formulazione testuale della norma in alcune lingue ufficiali non escluderebbe questa eventualità, anzi auspicabile proprio in ragione dell'ottica funzionalista alla quale si ispira il dettame del Trattato: l'autore sostiene infatti che, nelle more dell'adozione di norme penali, la piena efficacia dell'azione dell'Unione potrebbe essere inficiata.

totale uniformazione del settore interessato, anche in ragione del fatto che ben potrebbe trattarsi di materie di attribuzione non esclusiva dell'UE.

Utili notazioni sul punto possono provenire dall'analisi sistematica delle norme del Trattato sulla cooperazione in materia penale. Invero, ad una visione complessiva, l'adozione di norme *ex art.* 83, par. 2, TFUE impone la – previa o al massimo contestuale – approvazione di due distinti atti di diritto derivato. L'esercizio della potestà legislativa in materia penale è, infatti, sottoposto al vaglio politico del freno d'emergenza, il quale consente di arrestare l'*iter* legislativo ogniqualvolta uno Stato ritenga che le norme in corso di elaborazione interessino profili cardine del sistema penale interno e solleciti dunque una più approfondita riflessione, attraverso la mediazione del Consiglio europeo. Per dato normativo espresso dell'art. 83, par. 3, TFUE, nondimeno, questo rimedio può essere attivato solo rispetto alle iniziative legislative fondate sui due paragrafi che precedono, ovverosia sulle basi giuridiche che il Trattato offre per l'adozione di norme penali sostanziali e sanzionatorie. Ove dunque si optasse per un unico strumento normativo comprensivo anche dei profili penalistici della materia, fondato esclusivamente sulle norme primarie afferenti alla politica oggetto di misure di armonizzazione, si precluderebbe la possibilità in capo agli Stati di invocare questo rimedio. Allo stesso modo, qualora si proponesse una duplice base giuridica, includendo altresì l'art. 83, par. 2, TFUE, si rischierebbe di inficiare l'intero impianto legislativo in ragione della eventuale contrarietà degli Stati ad un precipuo ed ancillare profilo dell'atto³⁵. Inoltre, in entrambe le eventualità, Regno Unito, Irlanda e Danimarca vedrebbero vanificata la possibilità di esercitare l'*opt out* previsto dai Protocolli n. 21 e 22 rispetto agli atti che riguardino le materie in cui si articola lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia³⁶.

In linea teorica, dunque, appare preferibile un approccio accorto e multiprospettico alla clausola di cui all'art. 83, par. 2, TFUE, che colga nel segno delle

³⁵ In ogni caso, anche senza considerare l'eventuale attivazione del freno d'emergenza, la coesistenza di due anime dell'atto richiederebbe un maggiore sforzo motivazionale sin dalla fase della proposta legislativa, in modo da superare il vaglio sul rispetto del principio di sussidiarietà. Anche in fase di elaborazione dell'*impact assessment*, la Commissione risulterebbe gravata dall'onere di condurre ampie consultazioni, così da limare la maggiore diffidenza che spesso gli Stati palesano ove si tratti di valutare l'adozione di norme penali.

³⁶ Ai sensi dell'art. 2 del Protocollo n. 21, in linea di principio, nessuna norma o sentenza che coinvolga una materia del Titolo V TFUE può vincolare Gran Bretagna ed Irlanda. È concesso ai due Stati, tuttavia, di notificare *ex ante* l'intenzione di partecipare all'adozione ed applicazione di singole misure, purché tale richiesta intervenga entro tre mesi dalla proposta e non determini un'eccessiva dilazione dell'*iter* decisionale. È altresì prevista una procedura di adesione *ex post*, che verte sulla notifica alla Commissione ed al Consiglio della volontà di partecipare ad iniziative già avviate. Questa impostazione coglie nel segno della giurisprudenza della Corte, tesa ad assicurare maggiore coerenza e sistematicità nel "*pick and choose approach*" accordato a tali Stati già in relazione all'*acquis* di Schengen. V. fra le altre la sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2010, causa C-482/08, *Regno Unito c. Consiglio, Raccolta*, p. I-10413, punto 47. In dottrina, M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom "Ins" and "Outs"*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 75.

differenti esigenze e garanzie sottese all'adozione di norme di carattere penale rispetto agli altri settori di intervento dell'Unione, anche alla luce del disposto dell'art. 4, par. 2, TUE e dell'art. 67, par. 1, TFUE. In questo senso, vi è chi in dottrina, nel tentativo di disegnare l'architettura più armoniosa sulla quale erigere l'art. 83, par. 2, TFUE, ha sostenuto come sia preferibile conseguire *in primis* un significativo livello di armonizzazione³⁷. Occorrerebbe dunque in prima istanza disciplinare i rimedi e le sanzioni di carattere civile o amministrativo che gli Stati sono chiamati ad introdurre nel proprio ordinamento, al fine di fronteggiare violazioni alle norme europee. Esclusivamente in seconda battuta – e rispetto alle sole ipotesi di particolare gravità – si profilerebbe l'opportunità di ricorrere all'adozione di norme minime di carattere penale³⁸. Questo *modus operandi*, invero, appare altresì maggiormente orientato al principio della sussidiarietà del diritto penale, che impone di ricorrere a misure di natura penalistica come *extrema ratio*, quando cioè differenti soluzioni non risultino idonee ed efficaci o abbiano dato concreta dimostrazione di non esserlo³⁹. In definitiva, il legislatore dell'Unione ricalcherebbe la tecnica normativa dell'adozione di più atti in relazione alla medesima materia, già sperimentata nella previgente sistematica dei Trattati⁴⁰.

D'altra parte, vi è anche chi, indipendentemente dalle astrazioni dogmatiche ed alla luce delle caratteristiche della materia interessata, dell'*iter* normativo e del contesto giuridico di riferimento, sollecita un'opportuna valorizzazione dei tradizionali schemi argomentativi sostenuti dalla Corte di giustizia in tema di basi giuridiche. Viene infatti evidenziata la possibile rilevanza, ai fini dell'adeguatezza del ricorso all'art. 83, par. 2, TFUE, del “*gravity test*” connesso alla valutazione dell'effettivo fulcro tematico e teleologico dell'atto, o quanto meno della possibilità di ricondurre la materia disciplinata ad una differente norma del Trattato, che consenta l'armonizzazione o il ravvicinamento degli ordinamenti nazionali⁴¹.

³⁷ V. in particolare J. OBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, p. 316. L'autore prende in considerazione l'esempio del contrasto a comportamenti che violino la disciplina europea sulla concorrenza applicabile alle imprese, per arrivare a sostenere come l'adozione di norme penali possa trovare giustificazione solo dopo un attento scrutinio dei risultati conseguiti con l'applicazione di misure sanzionatorie amministrative.

³⁸ *Ivi*, p. 317, motiva l'impostazione suggerita anche sulla scorta del principio di democrazia: l'adozione di norme penali deve essere improntata ad un ampio confronto con le parti sociali coinvolte e presuppone l'approfondito coinvolgimento dei parlamenti nazionali.

³⁹ V. M. A. SANCHEZ, *Derecho penal y Tratado de Lisboa*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 2008, p. 349; E. HERLIN-KARNELL, *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law*, in *European Law Journal*, 2009, p. 351.

⁴⁰ Cfr. *supra*, nota 10.

⁴¹ Cfr. E. HERLIN-KARNELL, *White-Collar Crime and European Financial Crises: Getting Tough on EU Market Abuse*, in *European Law Review*, 2012, p. 481. L'autrice evidenzia come la proposta di direttiva sulla repressione delle condotte abusive nei mercati finanziari persegua in via prioritaria l'obiettivo di rafforzare la fiducia degli investitori e la stabilità finanziaria. Questa finalità verrebbe perseguita con maggiore efficacia fondando la proposta sull'art. 114 TFUE, in tema

A questo riguardo, è opportuno segnalare come la Commissione abbia di recente inaugurato, in due occasioni, l'esercizio del proprio potere di iniziativa legislativa sulla scorta dell'art. 83, par. 2, TFUE.

Nel primo caso, sull'onda della crisi economica internazionale, la Commissione ha proposto l'adozione di una direttiva volta a reprimere le condotte distorsive dei mercati finanziari, quali l'aggrottaggio e la manipolazione⁴². Questa iniziativa rappresenta dunque lo spunto per una prima verifica dell'elaborazione concettuale consolidatasi sulle competenze indirette dell'Unione in materia penale⁴³. In ossequio alle peculiarità dell'art. 83, par. 2, TFUE, la Commissione ha contestualmente avviato una ulteriore iniziativa, volta all'adozione di un regolamento destinato a disciplinare sotto altri profili la sicurezza dei mercati finanziari ed il controllo sui soggetti che a vario titolo vi operano⁴⁴. Entrambe le proposte insistono, dunque, sulla medesima materia, ma poggiano su differenti basi giuridiche: segnatamente l'art. 83, par. 2, e l'art. 114 TFUE. La Commissione ha dunque ritenuto di dare contestualmente avvio all'*iter* legislativo per l'adozione di due strumenti normativi complementari, ispirati alla medesima finalità, ma focalizzati su differenti prospettive. L'ambito operativo della proposta è circoscritto ad alcune fattispecie espressamente descritte, così come alle ipotesi di delitto tentato ed alla condotta di istigazione a porre in essere comportamenti lesivi degli interessi tutelati⁴⁵. La formulazione dell'art. 6 non suggerisce alcuna indicazione in ordine a tipologia e quantificazione delle sanzioni, purché si tratti di misure di natura penale: in particolare, la Commissione valorizza la tradizionale formula a mente della quale gli Stati sono chiamati a predisporre sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive⁴⁶.

di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri nell'ottica della realizzazione del mercato unico. La stessa autrice, *EU Competence in Criminal Law after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2011, p. 329, sottolinea che potrebbero parimenti costituire idonee basi giuridiche gli articoli 67, 75 e 352 TFUE.

⁴² Cfr. la Comunicazione della Commissione, del 20 ottobre 2011, recante una proposta di direttiva sulle sanzioni penali in caso di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, COM(2011)654 def. La proposta mira a riformare la disciplina della direttiva 2003/6/CE sulla repressione degli abusi di mercato, attraverso l'introduzione di sanzioni penali per alcune specifiche condotte che minano la fiducia degli investitori e la stabilità dei mercati finanziari. Per approfondimenti v. P. HARDUIN, *The Aftermath of the Financial Crises. Poor Compliance and New Risks for the Integrity of the Financial Sector*, in *Journal of Financial Crime*, 2011, p. 148.

⁴³ Peraltro, il primo atto nel quale la Comunità ha sollecitato gli Stati a introdurre forme di tutela di interessi sopranazionali è proprio la direttiva 89/592/CE del Consiglio, del 13 novembre 1989, sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*), GUCE L 334, 18 novembre 1989, p. 30 ss.

⁴⁴ Cfr. la Comunicazione della Commissione, del 20 ottobre 2011, Proposta di regolamento sull'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato, COM(2011)651 def. La proposta è incentrata sulla sicurezza dei mercati dei prodotti finanziari derivati e deve essere letta in uno con la proposta di riforma della direttiva 2004/39/CE sul mercato degli strumenti finanziari – direttiva MiFID – di cui alla Comunicazione del 3 luglio 2009 COM(2009)332 def.

⁴⁵ Cfr. articoli 3, 4 e 5 della proposta COM(2011)654 def.

⁴⁶ La c.d. formula sanzionatoria è stata inaugurata con la sentenza *Mais greco* ed è stata riproposta dalla Corte di giustizia in numerose pronunce, senza tuttavia chiare indicazioni circa la na-

La seconda iniziativa legislativa promossa dalla Commissione ha ad oggetto un ambito tradizionalmente sensibile per le istituzioni europee: il contrasto, attraverso il diritto penale, alle condotte fraudolente lesive degli interessi finanziari dell'Unione⁴⁷. In questo caso, la proposta si inserisce in un più ampio panorama di norme adottate nel tempo a sostegno della vigilanza sui mercati e della repressione di fenomeni criminosi che incidono in misura significativa sul bilancio europeo e sull'economia legale⁴⁸. Allo stesso tempo, a conferma dell'impostazione già seguita in relazione alle comunicazioni sul contrasto agli abusi nei mercati finanziari, anche la proposta in esame è parte di una serie di atti che la Commissione si è impegnata a adottare, allo scopo dichiarato di tutelare, in uno con il bilancio dell'UE, la proficua destinazione del gettito versato dai contribuenti⁴⁹. Pare dunque profilarsi l'embrionale tendenza ad un utilizzo dell'art. 83, par. 2, TFUE quale strumento complementare rispetto ad ulteriori atti contestualmente proposti dalla Commissione. La comunicazione in parola offre inoltre importanti spunti di riflessione per quanto riguarda la base giuridica prescelta. Essa infatti poggia interamente sull'art. 325 TFUE, a mente del quale l'Unione è legittimata a adottare misure dissuasive che consentano un'efficace protezione degli interessi finanziari europei. Non è dunque in alcun modo menzionato l'art. 83, par. 2, TFUE. Viene così fugato il dubbio circa la legittimazione in capo alle istituzioni europee ad approvare norme penali in settori non riconducibili allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, se tale potestà promana da un chiaro dettame del Trattato, pur diverso dalla clausola generale in esame.

La scelta operata nella proposta di direttiva a tutela degli interessi finanziari dell'Unione trova ulteriore conferma in una recente comunicazione, con la quale la Commissione ha tracciato le linee direttrici della politica dell'UE in materia penale⁵⁰. Il documento sottolinea infatti la centralità dell'art. 83, par. 2, TFUE

tura delle misure da adottare. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*, *Raccolta*, p. 2965. Costituisce isolata eccezione la sentenza del 28 gennaio 1999, causa C-77/97, *Unilever*, *ivi*, p. I-431. Cfr. M. DOUGAN, *From the Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law*, in M. CREMONA (ed.), *Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, 2012, p. 167.

⁴⁷ Cfr. la Comunicazione della Commissione del 12 luglio 2012 COM(2012)363 def. Il problema è stato in passato affrontato con la Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari CE del 26 luglio 1995.

⁴⁸ V. ad esempio il regolamento (CE) n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari dell'UE, *GUCE* L 312, 23 dicembre 1995, p. 1 ss. V. J. HERTZER, *Fight against Fraud and Protection of Fundamental Rights in the European Union*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2006, p. 20.

⁴⁹ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale ed al Comitato delle regioni, del 26 maggio 2011, La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale e le indagini amministrative. Una politica integrata per salvaguardare il denaro dei contribuenti, COM(2011)293 def. La Commissione ha assunto l'impegno di perfezionare, entro il 2020, un quadro normativo completo, idoneo a ridurre al minimo le attività criminali in danno del bilancio UE.

⁵⁰ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale ed al Comitato delle regioni, del 20 settembre 2011, Verso una politica penale

e del ricorso a misure di carattere penale in tutte le ipotesi in cui si ritenga non sufficiente la previsione di differenti rimedi, come l'applicazione di sanzioni amministrative. Tuttavia, la comunicazione stessa menziona espressamente anche l'art. 325, par. 4, TFUE, la cui invocabilità quale base giuridica per l'adozione di norme penali viene però circoscritta alla sola protezione degli interessi finanziari dell'Unione⁵¹.

3. L'art. 83, par. 2, TFUE subordina l'adozione di norme penali ad un previo giudizio di indispensabilità di tali misure per la piena efficacia dell'azione UE nei settori considerati. Interpretato letteralmente, questo criterio impone al legislatore europeo stringenti confini operativi, in quanto la clausola in esame appare invocabile solo laddove la definizione di una fattispecie di reato o la previsione di sanzioni si riveli imprescindibile per il conseguimento degli obiettivi posti dal Trattato.

All'atto pratico, l'analisi testuale sconta l'esigenza di individuare i criteri valutativi ai quali la Commissione deve orientare l'esercizio del potere di iniziativa normativa. Nella menzionata comunicazione sull'approccio della Commissione all'adozione di norme penali⁵², il concetto di indispensabilità viene letto quale espressione delle nozioni di necessità e proporzionalità. La Commissione, tuttavia, si arresta al dato definitorio e si limita a prefigurare l'adozione di norme penali quale *ultima ratio*, ove dunque, anche in forza di un attento studio degli ordinamenti nazionali e della loro idoneità al perseguimento degli obiettivi dell'Unione⁵³, differenti soluzioni non risultino suffi-

dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def.

⁵¹ Se ne può dunque dedurre la necessità in capo al legislatore dell'Unione di fare esclusivo ricorso all'art. 83, par. 2, TFUE ed all'art. 325, par. 4, TFUE. Giova nondimeno segnalare che alcuni autori ritengono ipotizzabile un futuro richiamo ad ulteriori disposizioni primarie a sostegno di iniziative UE in campo penale. Ciò vale soprattutto per l'art. 114 TFUE, in ragione del fatto che, in passato, la Corte ha sostenuto che condotte idonee a generare discriminazioni o ad ostacolare il mercato interno possono giustificare l'approvazione di norme penali incardinate nel settore di competenza del mercato interno stesso. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, Raccolta, p. I-593. Per approfondimenti v. E. HERLIN-KARNELL, *EU Competence in Criminal Law*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *op. cit.*, pp. 339-341. Viene altresì in rilievo l'art. 16 TFUE, in forza del quale l'Unione assicura la tutela dei dati personali, così come la disciplina sull'adozione di misure restrittive nei confronti di soggetti o enti sospettati di legami con organizzazioni terroristiche. A. RIJKEN, *Re-balancing Security and Justice: Protection of Fundamental Rights in Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1455. Cfr. altresì *supra*, nota 39, per il richiamo ad ulteriori possibili basi giuridiche, segnatamente gli articoli 67, 75 e 352 TFUE.

⁵² V. *supra*, nota 49.

⁵³ Un primo esempio di questa valutazione empirica si riscontra nella menzionata Comunicazione sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, nella quale la Commissione esordisce con una puntuale panoramica sulle norme in vigore negli ordinamenti nazionali, la cui elevata eterogeneità viene considerata un fattore che mina la capacità repressiva e deterrente degli atti adottati dall'UE.

cienti⁵⁴. La comunicazione, inoltre, riconduce il concetto di proporzionalità non solo al principio generale sancito dall'art. 5, par. 4, TUE, ma anche alla sua specifica declinazione di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in forza del quale “le pene inflitte non devono essere sproporzionate al reato”⁵⁵.

Nell'assenza di ulteriori indicazioni da parte della Commissione, appare opportuno un breve richiamo alle linee direttrici della copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di principio di proporzionalità, che ben si attagliano al parametro della indispensabilità in esame. Nelle pronunce del Collegio di Lussemburgo, in effetti, il principio acquista una dimensione complessa, che comporta un giudizio articolato su tre livelli: l'adeguatezza delle misure poste in essere rispetto all'obiettivo prefissato; la loro necessità in rapporto ad eventuali alternative di analoga o sufficiente efficacia e praticabilità; la valutazione sulla loro effettiva proporzionalità, in relazione alle loro conseguenze sui soggetti coinvolti⁵⁶.

Questo complesso scrutinio giurisdizionale si atteggia diversamente, a seconda del maggiore o minore margine di discrezionalità del quale goda il legislatore europeo. L'analisi sul punto non ha il conforto di precedenti specifici della Corte circa la portata dell'art. 83, par. 2, TFUE, ma può essere utile per selezionare, attraverso il tentativo di estrapolare la *ratio decidendi* sottesa dell'approccio giurisprudenziale al principio, i criteri ai quali improntare il ricorso alle norme penali.

Tradizionalmente, infatti, la Corte allarga le maglie della rete del proprio sindacato sulla proporzionalità laddove in favore delle istituzioni sovranazionali sia accordato un significativo spazio decisionale, in ragione dell'ampiezza della materia interessata e della portata generale degli scopi perseguiti⁵⁷. Costituiscono espressione elettiva di questo filone la casistica sulla politica sociale e le sentenze nelle quali la Corte interviene su scelte di politica economica ad ampio spettro, come nell'ambito della PAC⁵⁸. In tali situazioni, la Corte orienta il pro-

⁵⁴ Cfr. la Comunicazione COM(2011)573 def., p. 3.

⁵⁵ La Commissione profila la possibilità di limitarsi a indicare la tipologia di sanzione, accordando agli Stati la decisione sulla quantificazione. Per approfondimenti sulla prassi normativa dell'UE sulla definizione di norme minime sulle sanzioni penali v. T. ELHOLM, *Does EU Criminal Cooperation Necessarily Mean Increased Repression?*, in *Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, p. 191.

⁵⁶ Al riguardo v. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, p. 656; T. TRIDIMAS, *General Principles of EU Law*, 2006, p. 139. V. la sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer*, *Raccolta*, p. 3727; più di recente v. la sentenza del 9 marzo 2010, cause riunite C-379 e 380/08, *ERG Spa*, *ivi*, p. I-2007.

⁵⁷ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008, causa C-127/07, *Société Arcelor Atlantique*, *Raccolta*, p. I-9895, punto 57 e ulteriore giurisprudenza *ivi* citata.

⁵⁸ Cfr., a titolo esemplificativo, le sentenze della Corte di giustizia del 12 luglio 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-5755; del 7 settembre 2006, causa C-310/04, *Spagna c. Commissione*, *ivi*, p. I-7285; del 12 maggio 2011, causa C-176/09, *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*; del 12 luglio 2012, causa C-59/11, *Association Kokopelli*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*.

prio convincimento ad un sensibile *self-restraint*, per la necessaria deferenza istituzionale e cautela nel valutare l'esercizio dell'ampia potestà della quale il legislatore europeo è investito dai Trattati⁵⁹. Pertanto, essa circoscrive il proprio sindacato alla manifesta sproporzione o evidente inadeguatezza delle misure adottate, di talché l'eventuale lesione degli interessi di alcuni soggetti non è di per sé sufficiente a motivare la censura dell'operato delle istituzioni europee, se esso appare frutto di scelte coerenti con gli obiettivi perseguiti.

Viceversa, ove il margine decisionale in capo al legislatore sia più circoscritto, anche in ragione delle caratteristiche della materia interessata, la giurisprudenza evidenzia uno scrutinio alquanto puntuale, che si potrebbe definire di "stretta proporzionalità" e che comporta una maggiore cautela nella valutazione degli interessi individuali o collettivi sui quali l'atto europeo incide. Ciò vale, a titolo esemplificativo, nell'ipotesi di sindacato sull'adeguatezza di misure sanzionatorie amministrative previste dall'ordinamento dell'Unione europea⁶⁰. In simili situazioni, l'approccio della Corte appare assai più rigoroso, in quanto si esplica in un dettagliato raffronto tra le conseguenze della sanzione sui soggetti coinvolti, la disposizione violata e gli interessi dell'Unione ad essa sottesi⁶¹.

In linea astratta, la nozione di indispensabilità di cui all'art. 83, par. 2, TFUE sembra potersi attagliare ad entrambe le declinazioni del criterio di proporzionalità. Da un lato, il Trattato consente l'adozione di sole norme minime comuni, dunque di direttive di scarso dettaglio, espressione di ampio potere discrezionale del legislatore UE e idonee a riservare significativi margini di intervento in favore degli Stati⁶². Dall'altro lato, il ricorso alla clausola di estensione della potestà normativa nel settore penale presuppone una valutazione *ad hoc* sull'esigenza di rafforzare la *compliance* alla normativa europea, assicurandone l'effetto utile, anche sulla scorta di una puntuale valutazione dello stato della sua attuazione negli ordinamenti nazionali. Non si tratta dunque di una scelta politica fra molte, parimenti legittime e suscettibili di tenere in maggiore considerazione determinati interessi, bensì dell'esito di una specifica ponderazione della reale indispensabilità del ricorso al diritto penale, peraltro capace di incidere

⁵⁹ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 658.

⁶⁰ Nel percorso valutativo della Corte, il legame fra sanzione e norma infranta è funzionale alla pesatura della reale portata affittiva, deterrente e preventiva della misura, rispetto al complesso normativo di riferimento. Cfr. le sentenze del 6 luglio 2000, causa C-356/97, *Molkerei-Genossenschaft Wiedergeltingen*, *Raccolta*, p. I-5461, e del 1° aprile 2004, causa C-1/02, *Borgmann*, *ivi*, p. I-3219.

⁶¹ Talora, la Corte sottopone a vaglio anche atti che esprimano rilevanti scelte politiche, ma incidano in maniera alquanto pervasiva sulla sfera dei soggetti coinvolti. Cfr. le sentenze del 5 luglio 1977, causa 114/76, *Behla Muhle*, *Raccolta*, p. 1211, e dell'11 giugno 1998, causa C-361/96, *Société générale des grandes sources d'eaux minérales françaises*, *ivi*, p. I-3495. Per approfondimenti v. G. DE BURCA, *The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law*, in *Yearbook of European Law*, 1993, p. 105.

⁶² Come evidenziano le prime esperienze applicative, le istituzioni europee si limitano a fissare i cardini delle fattispecie di reato, selezionando le condotte più gravi e indicando solo la tipologia di misura sanzionatoria.

fortemente sui diritti fondamentali degli individui. Questa dimensione necessariamente empirica del parametro dell'indispensabilità pare dunque sollecitare una sua accorta ponderazione da parte della Commissione, del Consiglio e del Parlamento, ispirata al canone della stretta proporzionalità, alla luce della specifica materia interessata e del contesto normativo nazionale, europeo ed internazionale.

4. La menzionata comunicazione della Commissione COM(2011)573 def. sulla futura politica penale dell'Unione europea costituisce il punto di partenza per una riflessione sulle possibili prospettive in ordine all'applicazione dell'art. 83, par. 2, TFUE, qui declinate, a titolo di esempio elettivo, nel campo della contraffazione delle indicazioni geografiche alimentari di qualità.

La premessa sulla quale la Commissione europea fonda il proprio approccio è la percezione della notevole gravità dei fenomeni criminali transfrontalieri diffusamente manifestata dai cittadini degli Stati membri. Il documento cita, infatti, i risultati di un recente sondaggio condotto da Eurobarometro circa i settori sui quali la popolazione europea ritiene necessario ed auspicabile un intervento delle istituzioni dell'Unione: il contrasto alla criminalità si attesta al quarto posto, anticipato solo da settori di estrema attualità e sensibilità, segnatamente la politica economica e monetaria, l'immigrazione e le problematiche connesse alla salute ed ai servizi sanitari⁶³. Il dato statistico viene colto dalla Commissione quale ulteriore sollecitazione ad evidenziare il "valore aggiunto" della previsione di norme penali in sede europea: un efficace deterrente agli "eurocrimini" idoneo a rafforzare la fiducia reciproca fra le autorità giudiziarie e di polizia nazionali ed a consentire il conseguimento degli obiettivi delle politiche previste nei Trattati.

In tale contesto, la Commissione seleziona alcuni fra i settori già oggetto di disciplina di armonizzazione, in relazione ai quali si potrà profilare l'adozione di norme penali ai sensi dell'art. 83, par. 2, TFUE. Si tratta di ambiti in cui l'istituzione rileva forte l'esigenza di contrastare pratiche delittuose capaci di conseguire ingenti profitti illeciti e di minare alla base l'attività delle imprese e la sicurezza dei consumatori e risparmiatori: la moneta unica, la disciplina dei mercati finanziari, le frodi ai danni degli interessi finanziari UE. A titolo esemplificativo, inoltre, la Commissione menziona altresì settori quali il trasporto su strada, la tutela dei dati personali, la normativa doganale, la politica ambientale e della pesca, il mercato interno, avuto particolare riguardo per l'attività di contraffazione.

Tra i possibili sviluppi, con riferimento a quest'ultimo settore di intervento, desta particolare attenzione il tema della sicurezza alimentare. Si tratta, invero, di un ambito a forte valenza interdisciplinare, che investe eterogenei interessi di primario rilievo e sul quale si innestano molteplici settori normativi, ad esempio rispetto alle caratteristiche degli alimenti, all'etichettatura o alla tutela dei beni

⁶³ Cfr. Eurobarometro 75, maggio 2011, ec.europa.eu.

di qualità, eventualmente fregiati di indicazioni geografiche protette o denominazioni d'origine⁶⁴. La disciplina europea in materia si presenta dunque copiosa ed assai frammentata. Ai fini della presente analisi, procedendo nel solco tracciato dalla Commissione, appare opportuno soffermarsi proprio sul profilo della contraffazione dei titoli di proprietà intellettuale atti a tutelare prodotti alimentari d'eccellenza, espressione di uno specifico territorio. Essa infatti sintetizza la duplice prospettiva segnalata dalla Commissione stessa: la tutela degli individui – in quanto tali ed in quanto consumatori – e la protezione di rilevanti interessi socio-economici⁶⁵. Sussistono inoltre alcuni elementi indicatori a sostegno della tesi, qui proposta, di un auspicabile intervento in materia da parte del legislatore europeo, quali la portata del fenomeno e la difficoltà di contrastarlo con i soli strumenti del diritto della proprietà intellettuale; il significativo sviluppo che tali indicazioni geografiche hanno conosciuto nella prassi; i considerevoli riflessi economici, in ragione del valore aggiunto espresso dai segni geografici; la presenza di una articolata rete di norme sovranazionali sulla materia, a testimonianza della rilevanza degli istituti in esame⁶⁶.

La disciplina in tema di segni geografici, incentrata in via elettiva sui profili connessi al diritto della proprietà intellettuale, ha conosciuto una significativa evoluzione a livello internazionale, che occorre sinteticamente richiamare. Essa affonda invero le proprie radici nella Convenzione di Unione di Parigi del 20 marzo 1883⁶⁷, che per la prima volta ha annoverato le “indications of source” e le “appellations of origin” fra i titoli meritevoli di protezione, pur senza prevederne una specifica definizione⁶⁸. La tutela approntata da questa Convenzione

⁶⁴ Per una panoramica esaustiva ed aggiornata v. C. MACMAOLAÏN, *EU Food Law. Protecting Consumers and Health in a Common Market*, Oxford, 2007; L. COSTATO, F. ALBISSINI (eds.), *European Food Law*, Padova, 2012.

⁶⁵ Nella relazione a supporto della proposta di regolamento sui regimi di qualità dei prodotti agricoli, la Commissione evidenzia come la provenienza certificata di prodotti alimentari garantisca maggiore remuneratività rispetto ai profitti derivanti dalla vendita di prodotti generici. Si calcola che il mercato dei beni con riconoscimento d'origine ammonti ad almeno 21 miliardi di euro, con una quota di *export* superiore al 18%. Cfr. la Comunicazione della Commissione del 10 dicembre 2010, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui regimi di qualità degli alimenti, COM(2010)733 def. Per approfondimenti v. M. P. RAGIONIERI, B. GRUNER, F. ZOLLA, *La proposta legislativa sulla politica europea di qualità: il cd. “Pacchetto qualità”*, in L. COSTATO, P. BORGHI, L. RUSSO, S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona: i riflessi sul diritto agrario, alimentare e ambientale*, Napoli, 2011, p. 323.

⁶⁶ Per una panoramica sulle implicazioni economiche delle indicazioni geografiche degli alimenti e della diffusione del fenomeno della contraffazione, v. Corte dei conti dell'UE, *Do the Design and Management of the Geographical Indications Scheme Allow It to Be Effective?*, 2011, eca.europa.eu, p. 13. La Corte dei Conti evidenzia come la possibilità di fregiarsi di una denominazione d'origine o indicazione di provenienza determini la possibilità di vendere prodotti agroalimentari a prezzi superiori dal 5 al 300% rispetto alla media.

⁶⁷ Per approfondimenti sulle fonti in materia cfr. V. RUBINO, *Le denominazioni d'origine dei prodotti alimentari*, Alessandria, 2007, p. 24.

⁶⁸ L'art. 10 si limitava a ricollegare in via generica a questi segni il compito di individuare qualità dei prodotti agroalimentari derivanti da fattori ambientali o umani specifici di una data area geografica.

appariva tuttavia flebile, giacché era circoscritta alla repressione degli usi fraudolenti di indicazioni false⁶⁹.

La definizione esaustiva del fenomeno risale al 1958, anno di approvazione dell'Accordo di Lisbona⁷⁰, che per la prima volta ha consentito di ricollegare chiaramente il valore aggiunto del prodotto alle caratteristiche del territorio e dell'ambiente di riferimento, indicando una strada successivamente seguita in maniera costante a livello definitorio. Esso infatti ha qualificato tali segni come toponimi di un Paese, di una regione o di una località, utilizzati per individuare un prodotto che ne è originario e le cui peculiarità sono dovute esclusivamente o essenzialmente a tale ambiente geografico, comprendente i fattori naturali o umani che lo compongono.

Da ultimo, la materia è stata disciplinata dall'Accordo TRIPs, il cui art. 22, par. 1, prevede il riconoscimento di un'indicazione d'origine ove una determinata qualità, reputazione o altra caratteristica del prodotto sia attribuibile essenzialmente all'origine geografica. Per tutti i prodotti fregiati di tali segni, l'art. 22 prevede, tuttavia, esclusivamente una protezione "in negativo": gli Stati devono approntare i rimedi volti ad evitare che un'indicazione sia utilizzata in maniera scorretta da produttori non localizzati nella regione di riferimento, compiendo atti di concorrenza sleale od orientando in maniera fraudolenta la percezione dei consumatori circa la provenienza geografica⁷¹.

Sebbene con notevole ritardo rispetto agli approdi del diritto internazionale, anche in sede europea si è assistito all'elaborazione di un quadro normativo alquanto articolato, oggetto negli ultimi anni di significativi interventi riformatori. Sotto questo profilo, viene principalmente in rilievo il regolamento (CE) n. 510/06⁷², relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari. Questo atto è stato peraltro recentemente abrogato dal regolamento (UE) n. 1151/12⁷³, che, conservando inalterato l'impianto della tutela dei segni distintivi, ha ammodernato e razionalizzato la procedura per la loro registrazione, disponendo altresì una tutela *ad hoc* per i prodotti tipici della montagna. La disciplina del 2006 delineava nel suo complesso

⁶⁹ V. G. MACCIONI, *La sicurezza alimentare nel sistema di tutela multilivello*, Pisa, 2010, p. 142.

⁷⁰ Accordo di Lisbona del 31 ottobre 1958, sulla protezione delle denominazioni d'origine e la loro registrazione internazionale, riveduto a Stoccolma il 14 luglio 1967 e modificato il 28 settembre 1979, in *Recueil des Traités des Nations Unies*, n. 13172, p. 205.

⁷¹ L'art. 23 prevede una disciplina specifica per i vini e le altre bevande alcoliche, che godono di una tutela rafforzata. Per approfondimenti, A. LUPONE, *Il dibattito sulle indicazioni geografiche nel sistema multilaterale degli scambi: dal Doha Round dell'Organizzazione Mondiale del Commercio alla protezione TRIPs plus*, in E. MUNIZ ESPADA, B. UBERTAZZI (a cura di), *Indicazioni di qualità degli alimenti: diritto internazionale ed europeo*, Milano, 2009, p. 36.

⁷² Cfr. il regolamento (CE) n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, *GUUE* L 93, 31 marzo 2006, p. 12 ss.

⁷³ Cfr. il regolamento (UE) n. 1151/12 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli ed alimentari, *GUUE* L 343, 14 dicembre 2012, p. 1 ss.

la materia, secondo le medesime linee direttrici di cui alla citata novella del 2012, a partire dall'aspetto tassonomico, sino a tracciare le procedure e gli adempimenti necessari a garantire tutela ai segni geografici nell'UE⁷⁴. A livello definitorio, con scelta in parte divergente rispetto all'impostazione avvalorata in sede internazionale, l'art. 2, par. 1, precisava la portata delle nozioni di indicazione geografica e denominazione d'origine, modulandone il significato in base all'intensità del legame che il prodotto disvela con il territorio di riferimento⁷⁵.

Nel caso delle denominazioni d'origine, infatti, le caratteristiche o le qualità del prodotto devono essere essenzialmente o esclusivamente dovute alle peculiarità di un ambiente geografico: ciò comporta che tutte le fasi della lavorazione debbano svolgersi e giungere a compimento all'interno di quel determinato territorio. Per quanto riguarda le indicazioni geografiche, invece, esse presentano caratteristiche o peculiarità riconducibili – ma non in maniera decisiva – all'ambiente di provenienza; ne consegue che un prodotto possa fregiarsi di tale segno anche ove una sola delle fasi di produzione, trasformazione o elaborazione avvenga in quel dato contesto ambientale⁷⁶. L'estensione della tutela accordata ai segni oggetto di registrazione copre tutt'oggi un'ampia serie di situazioni che integrano un indebito o ingannevole sfruttamento economico, come l'uso commerciale diretto o indiretto per prodotti rispetto ai quali il segno non è registrato e che possano sfruttarne la reputazione sul mercato; l'usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine reale del prodotto è indicata o vi è l'aggiunta di espressioni come “alla maniera”, “metodo”, “tipo”, “imitazione”; ogni falsa o ingannevole indicazione sull'origine e sulle caratteristiche essenziali riportata sulla confezione, nell'imballaggio o in messaggi pubblicitari⁷⁷.

La disciplina in esame ha dunque eretto un sistema complessivo di protezione dei segni geografici, che ha tuttavia posto all'attenzione dell'interprete alcuni nodi ad oggi in parte insoluti sull'estensione e sull'incisività della tutela accordata, anche in relazione al ruolo giocato dagli Stati membri.

Anzitutto, il regolamento del 2006 ha generato un notevole dibattito in ordine alla sussistenza di una residua possibilità per gli Stati membri di riconoscere forme di protezione a indicazioni geografiche c.d. semplici. Esse infatti, a

⁷⁴ A norma dell'art. 1, par. 2, il regolamento trovava applicazione rispetto a tutti i prodotti agro-alimentari, con la rilevante eccezione di quelli vitivinicoli, ai quali anche nel vigente contesto normativo è riservato un regime *ad hoc*.

⁷⁵ Cfr. G. COSCIA, *I rapporti fra sistemi internazionali e comunitari sulla protezione delle indicazioni geografiche di qualità*, in E. MUNIZ ESPADA, B. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁶ Entrambe le definizioni di denominazione d'origine (D.O.P.) e indicazione geografica (I.G.P.) sono rimaste sostanzialmente invariate nei vari passaggi di riforma della disciplina in materia.

⁷⁷ Una disciplina in larga parte analoga è prevista per le denominazioni d'origine, indicazioni geografiche e menzioni tradizionali del settore vitivinicolo, dal regolamento (CE) n. 1234/07 sull'organizzazione comune dei mercati agricoli, così come riformato dal regolamento (CE) n. 491/09. Cfr. il regolamento (CE) n. 1234/07 del Consiglio, del 22 ottobre 2007, recante organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (regolamento unico OCM), *GUUE* L 299, 16 novembre 2007, p. 1 ss.

stretto rigore, non rientrano nel campo di applicazione della normativa europea, poiché mancano di un legame qualitativo decisivo con un territorio di riferimento, pur qualificandosi per una peculiare reputazione o per particolari pregi. Sul punto, la Corte di giustizia è intervenuta confermando, con orientamento costante, che i segni geografici di tal fatta sono suscettibili di protezione in sede nazionale⁷⁸; laddove, invece, si tratti di un nome geografico non ancora registrato di un prodotto che tragga le proprie qualità da un peculiare legame con il territorio di provenienza, la portata esaustiva della disciplina sui toponimi europei esclude recisamente che la tutela possa essere accordata in via autonoma dalle autorità nazionali, poiché la compiuta e coerente applicazione del diritto UE ne risulterebbe gravemente inficiata. Il sistema di tutela dei segni geografici deve dunque trovare attuazione in relazione a tutti i toponimi che integrino i presupposti per conseguire la tutela europea. Gli Stati, specularmente, non possono introdurre *ex novo* o mantenere in vigore sistemi di riconoscimento delle qualità “territoriali” di determinati beni che confliggano con le D.O.P. e I.G.P.

L’orientamento giurisprudenziale ora considerato deve essere rapportato in via sistematica ad un secondo filone, attinente all’incisività della protezione accordata ai prodotti agroalimentari dall’Unione. Nel caso *Parmesan*⁷⁹, infatti, con statuizione fortemente criticata in dottrina⁸⁰, la Corte di giustizia ha escluso che l’attuale assetto normativo imponga agli Stati membri l’obbligo di tutelare *ex officio*, sul proprio territorio, le denominazioni registrate. Sebbene la prospettiva in via elettiva considerata dal Collegio attenga alla protezione commer-

⁷⁸ Già prima dell’adozione del regolamento 2081/92, la Corte aveva ritenuto compatibili con la libera circolazione delle merci eventuali normative nazionali volte alla tutela delle indicazioni geografiche semplici. Cfr. la sentenza del 10 novembre 1991, causa C-3/91, *Exportur*, *Raccolta*, p. I-529. L’orientamento è stato successivamente confermato ed esteso alla possibilità di coesistenza di distinti livelli di tutela, purché l’operatività del solo disposto comunitario fosse assicurata in presenza di prodotti connessi ad una specificità territoriale. V., fra le altre, le sentenze del 7 novembre 2000, causa C-312/98, *Warsteiner*, *ivi*, p. I-9187; del 18 novembre 2003, causa C-216/01, *BUD I*, *ivi*, p. I-13617; del 8 settembre 2009, causa C-478/07, *BUD II*, *ivi*, p. I-7721; da ultimo, sentenza del 29 marzo 2011, causa C-96/09 P, *Anheuser Busch Inc.*, *ivi*, p. I-3555. Per un contributo fortemente critico v. F. CAPELLI, *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all’Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni d’origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza BUD II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, p. 401.

⁷⁹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 2008, causa C-132/05, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-957. La Commissione chiedeva alla Corte di dichiarare che la Germania, rifiutando formalmente di contrastare l’impiego nel suo territorio della denominazione *Parmesan* nell’etichettatura di prodotti non corrispondenti al disciplinare della denominazione d’origine protetta Parmigiano Reggiano, favorendo così l’usurpazione da parte di terzi della notorietà di cui gode il prodotto autentico, tutelato a livello comunitario, era venuta meno agli obblighi che le incombevano in forza dell’art. 13, n. 1, lett. b), del regolamento 2081/92.

⁸⁰ V., fra gli altri, F. CAPELLI, *La sentenza Parmesan della Corte di giustizia: una decisione sbagliata*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 329; F. GENCARELLI, *Il caso Parmesan: la responsabilità degli Stati nella tutela delle DOP e IGP tra interventi legislativi e giurisprudenziali*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2008, p. 825.

ciali dei prodotti agroalimentari, è pur vero che la previsione di sanzioni penali in contrasto a condotte gravemente lesive di diritti di proprietà industriale non può affatto ritenersi avulsa da un quadro di tutela realmente esaustivo ed efficace. Ciò anche alla luce dei molteplici e primari interessi che promanano dal riconoscimento di un titolo di proprietà intellettuale su un prodotto agroalimentare d'eccellenza⁸¹. Come riconosciuto dalla Corte stessa, inoltre, tali interessi appaiono amplificati – e dunque meritevoli di peculiare ed accentuata protezione – nel momento in cui l'alimento o la bevanda siano valorizzati a livello commerciale⁸².

5. Poste queste necessarie premesse, appare possibile suggerire alcune brevi riflessioni conclusive che, a partire dall'esaurimento della trattazione del caso studio sulla contraffazione alimentare, giunga ad estrapolare possibili criteri di valore generale e paradigmatico – fattuali e non – idonei ad orientare la Commissione, i legislatori dell'Unione e la Corte di giustizia nell'applicazione dell'art. 83, par. 2, TFUE.

Proprio il fenomeno della fraudolenta elusione delle regole sull'attribuzione dei segni geografici e sulla produzione degli alimenti fregiati di tali titoli distintivi ha generato, negli ultimi anni, un duplice impulso normativo: da un lato, si è a più riprese tentato di rafforzare la tutela penale ed amministrativa; dall'altro lato, in termini propositivi, le istituzioni europee hanno inteso investire crescenti risorse nella valorizzazione delle specificità alimentari degli Stati membri.

A conferma della rilevanza del problema, dal primo punto di vista, nel 2003 e poi nel 2006, la Commissione europea ha elaborato due proposte di direttive, destinate a fissare misure e procedure per il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, il cui ambito di applicazione comprendeva espressamente la tutela dei segni geografici⁸³. La prima comunicazione, frutto di un lungo percorso di consultazioni e confronti istituzionali, poggiava su una approfondita valutazione dello stato dell'arte nel settore della proprietà intellettuale, dalla quale promanava la consapevolezza di alcune rilevanti e non procrastinabili esigenze di tutela, agevolmente riconducibili alle priorità che la Commissione ha selezionato nella Comunicazione del 2011 sul futuro della politica penale dell'Unione europea.

Da un lato, infatti, la proposta trovava giustificazione in un *genus* di obiettivi riconducibili alla realizzazione del mercato interno: assicurare il rispetto del diritto sostanziale della proprietà intellettuale; garantire la libera circolazione e

⁸¹ Sul punto, inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 17, par. 2, prevede che “la proprietà intellettuale è tutelata”.

⁸² Cfr. i punti 111-112 della sentenza *BUD II*.

⁸³ Cfr. le comunicazioni della Commissione, del 30 gennaio 2003, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure e procedure per assicurare la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2003)46 def., e del 26 aprile 2006, Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2006)168 def.

la più ampia concorrenza nei settori coinvolti; fare fronte comune rispetto alla gestione del fenomeno della contraffazione alle frontiere esterne dell'Unione. Dall'altro lato, l'iniziativa intrapresa era altresì imperniata su finalità di carattere *lato sensu* sociali, ovverosia la tutela dei consumatori e dei livelli occupazionali, lo sviluppo della cultura e della ricerca, la volontà di scongiurare perdite di gettito fiscale, il mantenimento dell'ordine pubblico.

Un altro elemento valorizzato dalla Commissione – anche in questo caso in piena assonanza con i recenti esempi di esercizio del potere di iniziativa sulla base dell'art. 83, par. 2, TFUE – era la notevole disparità fra gli Stati membri circa i rimedi e le sanzioni previsti per fronteggiare eventuali lesioni di diritti di proprietà intellettuale. In effetti, in forza dell'Accordo TRIPs, ogni ordinamento nazionale prevede misure di carattere pecuniario o privative della libertà personale, ma non sussiste alcun criterio comune quanto alla tipologia di sanzione, alla quantificazione ed al metodo per computarne l'ammontare⁸⁴.

Nell'opinione della Commissione, pertanto, “l'applicazione effettiva di pene davvero dissuasive in tutti gli Stati membri [avrebbe contribuito] positivamente alla lotta contro la pirateria e la contraffazione”. Ne conseguiva l'opportunità di armonizzare le normative degli Stati membri, nell'espressa consapevolezza, però, di non poter imporre *ex abrupto* disposizioni direttamente applicabili, in ragione della necessità di rispettare le peculiarità degli ordinamenti interni e le rispettive tradizioni giuridiche, soprattutto in un contesto complesso come il settore dei rimedi a tutela della proprietà intellettuale.

La disciplina penale era prevista all'art. 20, il cui ambito di operatività era limitato alle sole violazioni di grave portata. D'altra parte, il paragrafo 1 – con una scelta redazionale fortemente criticata – forniva una definizione di gravità alquanto labile ed astrattamente idonea ad investire la maggior parte delle condotte lesive dei diritti di proprietà industriale: si considerava tale, infatti, qualsiasi comportamento deliberato ed ispirato a finalità commerciali. Nella successiva comunicazione del 2006, in larga parte formulata sull'esempio della precedente, il richiamo allo sfruttamento economico dei prodotti contraffatti è stato chiarito con il ricorso all'espressione “su scala commerciale”, idonea a selezionare le sole condotte poste in essere su base stabile, continuativa ed organizzata.

Quanto all'apparato sanzionatorio, la prima comunicazione sollecitava la predisposizione di pene privative della libertà personale, unitamente a sanzioni pecuniarie ed alla confisca degli strumenti e prodotti del reato o di beni per un valore ad essi equivalente. Inoltre, gli Stati conservavano potestà discrezionale in ordine all'introduzione di ulteriori misure di carattere afflittivo e volte ad incrementare la capacità dissuasiva della risposta dell'ordinamento alla condotta di reato, anche nei confronti delle persone giuridiche: la distruzione dei beni

⁸⁴ La Commissione rileva come, in relazione alle sanzioni penali, esistano notevoli differenze non solo nel livello delle pene previste dalle legislazioni nazionali ma anche nel metodo e dei criteri di computazione, a detrimento dell'efficacia complessiva dell'azione degli Stati membri. Cfr. p. 17 della Comunicazione.

oggetto materiale della condotta; il divieto di esercitare attività commerciale; l'inibizione a beneficiare di sovvenzioni e finanziamenti pubblici; l'amministrazione controllata; la liquidazione coatta; la chiusura del sito di elaborazione dei prodotti contraffatti; la pubblicazione della sentenza di condanna.

Anche questa previsione è stata riproposta nell'iniziativa normativa promossa dalla Commissione nel 2006, con alcune integrazioni particolarmente incisive. La Commissione, infatti, all'art. 5, si è spinta sino a fissare il limite edittale massimo della pena detentiva e delle sanzioni pecuniarie che avrebbero dovuto essere recepite negli ordinamenti degli Stati membri, chiamati, ad esempio, a predisporre misure volte ad assicurare che la pena restrittiva della libertà personale raggiungesse nel massimo l'ammontare di 4 anni.

Come è possibile intuire dal tenore stesso delle proposte formulate dalla Commissione, l'*iter* decisionale ha incontrato criticità non superabili dinnanzi al Consiglio e le iniziative non hanno avuto concreto seguito. Nondimeno, il loro fallimento 'istituzionale' non neutralizza l'importanza degli spunti che possono offrire circa il metodo seguito dalla Commissione e le argomentazioni proposte a sostegno dell'estensione della potestà legislativa penale dell'Unione.

Per quanto riguarda invece il richiamato aspetto positivo e propositivo dell'approccio al tema degli alimenti di qualità localmente radicati, gli sforzi della Commissione nell'evidenziare l'importanza di una protezione efficace delle indicazioni geografiche traggono oggi ulteriore linfa nell'embrionale politica europea sulla qualità alimentare, che ad oggi si sostanzia nella menzionata proposta di regolamento sulla tutela dei prodotti alimentari di pregio. Ad essa si aggiunge l'impulso programmatico dettato dalla Strategia Europa 2020 per la crescita sostenibile dell'Unione⁸⁵. Questa strategia fissa infatti le priorità per lo sviluppo economico e sociale dell'Unione e individua nella protezione dei diritti di proprietà industriale uno dei fattori essenziali per la realizzazione degli obiettivi europei del decennio 2010-2020, con riflessi positivi in campi ulteriori, quali l'occupazione o la tutela dell'ambiente.

In questo contesto, nell'espressa consapevolezza della diffusione del fenomeno della contraffazione – non soltanto di prodotti alimentari – la Commissione ha dato avvio ad un programma di proposte normative, inaugurato con un'iniziativa per l'adozione di un regolamento sulla tutela doganale dei diritti di proprietà industriale⁸⁶. Detta proposta non prevede l'adozione di norme di carattere penale, optando per l'introduzione negli ordinamenti nazionali di misure di carattere amministrativo efficaci, proporzionate e dissuasive. Tuttavia, essa costituisce, per espressa indicazione, il primo tassello di un più ampio e rinnovato quadro di atti di diritto derivato, nel quale potrà trovare spazio, anche in riferimento a singoli profili della materia, la definizione di norme penali comuni.

⁸⁵ Cfr. la Comunicazione della Commissione, del 3 marzo 2010, Strategia per la crescita economica dell'Unione nel decennio 2010-2020, COM(2010)2020 def.

⁸⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione del 24 maggio 2011, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali, COM(2011)285 def.

Su questo frammentato panorama si innesta con urgenza un tema di fondo: l'esigenza di una tutela uniforme e coerente ai segni geografici su tutto il territorio dell'Unione, eventualmente attraverso norme penali adottate *ex art.* 83, par. 2, TFUE.

Dal punto di vista del primo criterio affrontato nel corso dell'analisi, ovverosia la previa adozione di una disciplina di armonizzazione, non paiono susistere problematiche ermeneutiche ulteriori rispetto a quelle in precedenza evidenziate. Né d'altra parte nel caso di specie l'integrazione del requisito in parola è revocabile in dubbio, data la portata esaustiva della disciplina europea in tema di segni geografici, riconosciuta, pur con critiche in dottrina, dalla Corte di giustizia.

Ove invece si consideri il presupposto della essenzialità dell'adozione di norme europee per la piena efficacia delle politiche dell'Unione in materia alimentare, l'auspicato giudizio di stretta proporzionalità cui occorre orientarsi impone un maggiore sforzo d'indagine. Tale operazione non può peraltro esaurirsi in una speculazione dogmatica. Piuttosto essa deve arricchirsi di notazioni di carattere fattuale, sulle quali spesso, inevitabilmente, si impernia la valutazione sulla proporzionalità e sul concetto di effetto utile dell'azione dell'Unione. D'altra parte, ove così non fosse, proporzionalità ed effetto utile rischierebbero di scontare un'eccessiva vaghezza contenutistica, divenendo una *carte blanche* suscettibile di giustificare l'adozione di norme penali in assenza di reali giustificazioni e sulla base di mere considerazioni teoriche di opportunità⁸⁷.

Da questo punto di vista, il tema di approfondimento prescelto pare fornire alcune utili indicazioni.

In primo luogo, l'attività di contraffazione costituisce un problema radicato ed in costante espansione, in termini quantitativi e di capacità pervasiva dell'azione criminale. È inoltre un fenomeno che interessa sia i singoli Stati membri, che il mercato interno ed i prodotti importati dai Paesi terzi, come si evince dalle menzionate evidenze raccolte all'esito dei controlli doganali sulle merci in ingresso nel territorio dell'UE dalle frontiere esterne. Si tratta dunque di condotte che si connotano per oggettiva gravità ed ampia diffusione, elemento implicitamente richiamato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Reati ambientali* e *Sicurezza marittima* ed oggi meritevole di valorizzazione nella prospettiva dell'art. 83, par. 2, TFUE.

In secondo luogo, sotto il profilo degli interessi meritevoli di tutela, la contraffazione trascende la dimensione dell'indebito sfruttamento commerciale della reputazione di prodotti agroalimentari. Essa infatti, per la natura multidisciplinare ed 'orizzontale' del diritto alimentare, appare capace di ledere interessi superindividuali alla protezione delle categorie produttive interessate e dei consumatori, così come, non ultimo, il diritto alla salute. La convergenza di molteplici interessi e diritti di primario rilievo evoca le riflessioni proposte

⁸⁷ Sottolinea in particolare questo rischio, con specifico riferimento per la nozione di effetto utile delle politiche europee, E. HERLIN-KARNELL, *EU Competence in Criminal Law*, cit., p. 337.

dall'Avvocato generale Mazak nelle conclusioni nel caso *Reati ambientali*, rispetto all'opportunità di estendere la portata della competenza dell'Unione in materia penale anche a settori differenti dalla tutela ambientale, purché contraddistinti dall'esigenza di proteggere beni giuridici di assoluta centralità.

A questi fattori 'strutturali', in terzo luogo, si affianca l'attuale panorama normativo, che evidenzia, secondo le indicazioni fornite dalla Commissione, una frammentazione estrema, sia dal punto di vista delle fattispecie tipizzate che del tipo e del *quantum* delle pene. A fronte dunque di un assetto normativo completo ed esaustivo comune a tutti gli Stati membri sul versante della protezione commerciale dei segni geografici, si registrano sotto altre prospettive lacune e incoerenze. Anche il richiamo a tale asimmetria legislativa e parcellizzazione nazionale ben potrebbe costituire un solido criterio di valutazione, applicabile altresì ad altre politiche europee.

Da ultimo, fanno eco ai profili già sottolineati alcuni elementi indicatori che, complessivamente considerati, possono concorrere a formulare un giudizio di indispensabilità dell'adozione di norme penali minime comuni da parte dell'Unione europea. Da un lato, l'impulso derivante dalle iniziative volte a promuovere e rafforzare le denominazioni d'origine e le indicazioni di provenienza, attraverso la normativa alimentare, gli ambiziosi obiettivi della Strategia Europa 2020 e la proposta legislativa sul c.d. 'pacchetto qualità' delineano i contorni di un interesse ritenuto meritevole di accentuata protezione e valorizzazione in sede europea. Dall'altro lato, non possono non assumere importanza i menzionati – e criticati – arresti giurisprudenziali della Corte di giustizia sull'incisività della protezione accordata ai segni geografici e sul ruolo degli Stati nell'assicurarla. Essi infatti lasciano campo aperto ad eventuali scelte riduttive da parte delle autorità nazionali in ordine all'efficacia della protezione dei segni geografici da possibili usi decettivi e segnano pertanto un'ulteriore discrepanza in rapporto alla proclamata centralità della materia e ed alla rilevanza degli interessi che essa racchiude.

Abstract

EU Criminal Law Competence under Article 83, para. 2, TFEU: Issues and Perspectives

Stemming from the European Court of Justice judgments on *Environmental crime* and *Maritime Security* cases, the article focuses on the width and extent of EU competence in the domain of substantive criminal law, under Article 83, para. 2, TFEU. It analyses the wording of the new Treaty provision, suggesting a strict interpretation of the conditions set out by Article 83, para. 2, TFEU for the exercise of EU criminal law competence: the previous adoption of harmonization measures and the necessity to opt

for criminal provisions in order to ensure the effective implementation of a Union policy. Finally, the analysis moves to the possible domains of application of such Treaty provision and is centered on the case-study of high quality food geographical indications counterfeiting. In fact, the subject allows for an attempt to select the general criteria through which the concepts of necessity and effective implementation provided by Article 83, para. 2, TFEU can be read.



Note e Commenti

Pieralberto Mengozzi*

Il Trattato sul Meccanismo di stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Pringle*

SOMMARIO: 1. L'obbligo di evitare disavanzi eccessivi e il controllo del suo rispetto nel diritto dell'Unione. – 2. Le innovazioni a cui sul piano dell'Unione e su quello internazionale si è fatto ricorso a seguito della crisi finanziaria. – 3. L'obbligo di pareggio dei bilanci degli Stati dell'area euro previsti dal *Fiscal Compact*. – 4. Il Trattato MES e l'assistenza da esso prevista a Stati dell'area euro che si trovino o rischino di trovarsi in difficoltà finanziaria. – 5. La struttura e le modalità di funzionamento del MES. – 6. Il meccanismo di condizionalità a cui è subordinata l'assistenza finanziaria MES e i ricorsi costituzionali contro la ratifica del Trattato che la prevede. – 7. *Segue*: le puntualizzazioni relative alla salvaguardia delle prerogative del Parlamento tedesco che hanno caratterizzato il rigetto del ricorso avanzato in Germania. – 8. *Segue*: il rinvio pregiudiziale che l'High Court irlandese ha fatto alla Corte di giustizia e le principali questioni su cui questa si è pronunciata. – 9. La competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sulla legittimità di una decisione del Consiglio europeo di avvio della procedura di revisione semplificata prevista dal co. 2 dell'art. 48, par. 6, TUE. – 10. La qualificazione che la Corte ha fatto del MES come destinato ad operare unicamente nel quadro delle competenze degli Stati membri in materia di politica economica. – 11. *Segue*: e non ad accrescere le competenze dell'Unione. – 12. La distinzione dell'assistenza MES da quella del par. 2 dell'art. 122 TFUE. – 13. Le ragioni per cui la Corte considera il MES compatibile con la competenza esclusiva dell'Unione a concludere accordi internazionali in materia monetaria: a) l'attenzione privilegiata da prestarsi alla ripartizione delle competenze risultante dal TFUE in ossequio al principio di attribuzione. – 14. *Segue*: b) il non contrasto di forme di assistenza finanziaria ad uno Stato membro responsabile degli impegni risultanti da tale assistenza con il divieto di *bail-out* dell'art. 125 TFUE. – 15. *Segue*: c) la conformità alle misure di coordinamento delle politiche economiche previste dall'art. 126 TFUE che gli interventi MES devono sempre presentare. – 16. *Segue*: d) la non implicazione di alcun potere decisionale e di alcun impegno propri della Commissione e della BCE che caratterizzano le funzioni ad esse affidate. – 17. *Segue*: e) il fondamento sull'art. 273 TFUE delle funzioni affidate alla Corte di giustizia e la connessione del loro oggetto con quello dei Trattati istitutivi dell'Unione. – 18. La connotazione che la sentenza *Pringle* dà del MES come un legittimo arricchimento della cooperazione e della solidarietà a cui gli Stati membri dell'Unione sono chiamati in materia economica e finanziaria.

* Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna.

1. L'art. 104 TCE, stabilendo un principio centrale della politica economica e monetaria della Comunità, prevedeva l'obbligo degli Stati membri di evitare disavanzi pubblici eccessivi. Questo principio, precisato nel Patto di stabilità e crescita del 1997¹, nel *Six Pack*² e nell'Accordo concluso in forma semplificata *Europlus*³ è ora ripreso nell'art. 126 TFUE, risultante dal Trattato di Lisbona, e nel Protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi, annesso a tale Trattato. Il Protocollo completa e concretizza le disposizioni del TFUE: stabilisce i valori di riferimento a cui si devono attenere i bilanci degli Stati membri precisando che il rapporto tra il loro disavanzo pubblico, previsto o effettivo, ed il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato non deve superare il 3% e che il rapporto tra il loro debito pubblico e il prodotto interno lordo a prezzi di mercato non deve superare il 60%.

Nel caso di violazione di queste prescrizioni da parte di uno Stato membro, l'art. 104, par. 10, TCE, non modificato dall'art. 126 TFUE, escludeva il diritto della Commissione e degli Stati membri di proporre una procedura di infrazione nei confronti di quello Stato davanti alla Corte di giustizia. Ai sensi di detto art. 104 – ora ripreso nei paragrafi 9 e 11 dell'art. 126 – la responsabilità di fare

¹ Risultante dalla risoluzione del Consiglio europeo relativa al Patto di stabilità adottata ad Amsterdam il 17 giugno 1997 (97/C 236/01) e da due regolamenti del Consiglio, adottati il 7 luglio 1997, il regolamento (CE) n. 1466/97, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, e il regolamento (CE) n. 1467/97, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, entrambi in *GUCE* L 209, 2 agosto 1997, p. 1 ss. Nel marzo 2005 il Patto è stato sottoposto ad un'importante riforma che ha portato a togliere dal conteggio delle entrate quelle *una tantum*, eliminando al contempo le spese per ricerca, innovazione, formazione e cooperazione internazionale. Su questa riforma e, più in generale, sulle modalità secondo cui il Patto trova applicazione cfr. M. LÓPEZ ESCUDERO, *Le Pacte de stabilité et croissance*, in S. CAFARO (a cura di), *Il governo dell'economia in Europa*, Napoli, 2008, p. 49 ss.; M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *La politica economica e monetaria*, in U. DRAETTA, N. PARI-SI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea, Parte Speciale – Il diritto sostanziale*, Milano, 2010, III ed., p. 287 ss.

² Il *Six Pack* è costituito da cinque regolamenti UE, quattro dei quali del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011 – il n. 1173/2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro; il n. 1174/2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro; il n. 1175/2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; il n. 1176/2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici – e uno del Consiglio, dell'8 novembre 2011, il n. 1177/2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, nonché dalla direttiva 85/2011/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri (i cinque regolamenti e la direttiva sono in *GUUE* L 306, 23 novembre 2011, p. 1 ss.). Su di essi e sul successivo Accordo *Europlus* cfr. G. D'AURIA, *Sull'ingresso in Costituzione del principio del "pareggio di bilancio" (a proposito di un recente parere delle sezioni riunite della Corte dei Conti)*, in *Il Foro italiano*, 2012, III, c. 58 ss.; G. L. TOSATO, *L'impatto della crisi sulle istituzioni dell'Unione*, in G. BONVICINI, F. BRUGNOLI (a cura di), *Il Fiscal Compact*, Roma, 2012, p. 16 ss.

³ Accordo concluso a margine del Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011.

rispettare quelle prescrizioni spettava essenzialmente al Consiglio, agente nel quadro di una procedura per disavanzo eccessivo⁴.

In ogni fase di tale procedura implicante un atto del Consiglio questo atto, però, doveva essere preceduto da un intervento della Commissione raccomandante una sua adozione. È stato perché nel quadro di una procedura per disavanzo eccessivo nei confronti della Francia e della Germania non è stata rispettata tale regola⁵ che, con la pronuncia *Commissione c. Consiglio*⁶, la Corte di giustizia ha annullato una decisione del Consiglio favorevole a quei due Paesi che sospendeva tale procedura dato che questa, in contrasto con detto art. 104, modificava precedenti raccomandazioni del Consiglio rivolte a tali Paesi senza che tale modifica fosse stata preceduta da raccomandazioni in tale senso della Commissione⁷.

2. Purtroppo, all'indicato atteggiamento di Francia e Germania si è accompagnata la generalizzata inosservanza, da parte degli Stati membri della zona euro, dei valori di riferimento a cui, secondo il Protocollo n. 12, devono attenersi nel presentare i loro bilanci⁸. Ciò ha notevolmente contribuito al determinarsi ed al diffondersi della crisi finanziaria che è venuta ad interessare tale zona.

Quando la crisi finanziaria si è fatta particolarmente sentire, oltre che in Irlanda e Portogallo, in Grecia, Spagna ed Italia, il rinforzo alle disposizioni contenute nel Patto di stabilità e crescita, contenuto nel *Six Pack* e nell'Accordo *Europlus* non è parso sufficiente; particolarmente inadeguata è parsa l'attribu-

⁴ Sul ruolo che il Trattato di Lisbona attribuisce in via generale al Consiglio nella definizione degli obiettivi di politica economica degli Stati membri dell'UE e per una collocazione in tale ruolo istituzionale della responsabilità che gli è affidata nel quadro di una procedura per disavanzo eccessivo e per un'analisi delle caratteristiche degli atti che esso è abilitato ad adottare al riguardo cfr. G. M. RUOTOLO, *La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 438 ss.

⁵ Completando detta procedura, il Consiglio, a termini dell'art. 126, avrebbe potuto adottare sanzioni che, sempre in caso di perdurare di detto disavanzo, avrebbero potuto divenire sempre più incidenti, passando, da un'intimazione ad adottare misure idonee alla riduzione del disavanzo e da una pretesa di deposito di relazioni periodiche, ad un invito alla BEI di rivedere la sua politica di prestiti nei confronti dello Stato in questione, ad un deposito infruttifero e, infine, ad ammende. Per un'osservazione secondo cui sanzioni di tal tipo, per effetto del *Fiscal Compact* entrato in vigore il 1° gennaio 2013, nei rapporti tra i Paesi parte a questo Trattato, perderebbero di rilevanza dal momento che questo impone a quei Paesi di produrre alla Commissione e al Consiglio europeo un rapporto *ex ante* dei loro piani di emissione di titoli di debito cfr. G. M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 442.

⁶ Corte di giustizia, sentenza del 13 luglio 2004, causa C-27/04, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-6649. Su tale sentenza cfr. M. C. MALAGUTI, *Un'agenzia europea del debito pubblico? Brevi riflessioni sui profili giuridici ed istituzionali*, in S. CAFARO (a cura di), *op. cit.*, p. 92 s.

⁷ *Ivi*, p. 94.

⁸ Per un'informazione secondo cui nel 2010 nessuno degli Stati membri della zona euro ha rispettato detti valori cfr. A. ROSAS, L. ARMATI, *Constitutional Law. An Introduction*, Oxford-Portland, 2012, p. 227, nota 34. Sul punto cfr. altresì G. L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 258, il quale mette in evidenza che allo stato attuale, se si fa eccezione per Estonia, Lussemburgo e Finlandia, tutti gli altri Paesi sono oggetto di procedura per disavanzo eccessivo.

zione al Consiglio della responsabilità di far rispettare tali disposizioni stante la tendenza di quell'istituzione a far prevalere transazioni di tipo politico sull'esigenza di garantire la loro osservanza⁹.

Si è, allora, innanzitutto, introdotta un'importante innovazione istituzionale modificando, con il regolamento 1175/2011, il regolamento 1466/97, facente parte del Patto di stabilità e crescita: si sono aumentati i poteri della Commissione di supervisionare i comportamenti in materia degli Stati membri con l'introduzione di un sistema di "reverse voting", che riduce la competenza al riguardo spettante al Consiglio mantenendo a questo unicamente la possibilità di bloccare la presa di posizione della prima istituzione con decisioni prese a maggioranza qualificata. E, poi, su iniziativa particolarmente della Germania¹⁰, si è proceduto alla firma, il 2 marzo 2012, da parte di 25 Paesi membri dell'Unione – cioè tutti, eccettuati il Regno Unito e la Repubblica ceca – del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria (TSCG, entrato in vigore il 1° gennaio 2013, dopo la sua ratifica da parte di 12 Stati membri, Italia compresa, detto più sinteticamente *Fiscal Compact*¹¹) ed il 2 febbraio 2012, da parte dei 17 Stati membri della zona euro, del Trattato che prevede l'istituzione di un Meccanismo europeo di stabilità (MES), destinato, quest'ultimo, ad entrare in vigore alla data di deposito degli strumenti di ratifica, approvazione o accettazione da parte di firmatari le cui sottoscrizioni iniziali siano non meno del 90% delle sottoscrizioni totali previste.

Entrambi i Trattati sono stati elaborati come trattati internazionali per le difficoltà che sul piano politico si opponevano all'introduzione nell'ordinamento dell'Unione di quanto in essi previsto nel quadro di una modifica dei Trattati istitutivi o in quello più semplice dell'istituzione di una cooperazione rafforzata, da realizzarsi ai sensi dell'art. 20 TUE¹². Sia per l'uno che per l'altro Trattato si

⁹ Sulla debolezza di tipo istituzionale che per detta ragione il sistema presentava cfr. A. ROSAS, L. ARMATI, *op. cit.*, p. 229 ss; R. BARATTA, *Legal Issue of the Fiscal Compact – Searching for a Mature Democratic Governance*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 648 ss. Nonostante detta debolezza, in relazione ad una controversia insorta in Portogallo tra un sindacato e una banca controllata dallo Stato a seguito dell'applicazione da parte di questa di una legge che, mirando a ridurre le spese pubbliche, aveva ridotto i salari dei dipendenti di quella banca, il Tribunale del lavoro di Porto, l'8 marzo 2012, ha sottoposto alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale (causa C-128/12, *Sindicatos dos Bancarios do Norte*, GUUE C 151, 26 maggio 2012, p. 20), il problema di stabilire se quella banca potesse invocare in giudizio l'art. 126 TFUE. Ciò al fine di stabilire l'applicabilità nel caso dell'art. 51, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali e, di conseguenza, di una serie di diritti da essa previsti che il sindacato ricorrente ha sostenuto fossero stati violati dalle riduzioni salariali applicate dalla stessa banca. Sarà interessante vedere se la Corte di giustizia si riterrà competente a pronunciarsi su tale richiesta e, in caso positivo, quali effetti giuridici riconoscerà alla disposizione invocata.

¹⁰ Sul punto cfr., particolarmente, F. RODRIGUEZ ORTIZ, *Crisis europea de la deuda: limites de la Unión monetaria y nueva gobernanza económica*, in *Revista de Estudios Europeos*, 2012, p. 91 ss.

¹¹ Ad esso l'ordinamento italiano si è adeguato con la l. n. 114, del 23 luglio 2012, contenente l'autorizzazione alla ratifica del Trattato e l'ordine di esecuzione dello stesso, GURI 175, 28 luglio 2012.

¹² Su tali difficoltà cfr. L. DANIELE, *Prefazione*, in S. CAFARO (a cura di), *op. cit.*, p. 2. Su quel-

è però previsto che l'interpretazione e l'applicazione delle loro norme deve avvenire in conformità e nel rispetto delle norme dell'Unione europea. Essi, inoltre, in linea con il loro obiettivo di superare le debolezze del sistema, risultante dall'art. 104 TCE (divenuto 126 TFUE), che obbligava tutti gli Stati membri ad evitare disavanzi pubblici eccessivi e di far fronte, in modo più stringente, alle sfide sollevate dalla crisi finanziaria, prevedono, sia pure in maniera ed in misura diversa, l'affidamento alla Corte di giustizia di compiti da esercitare in relazione a controversie insorgenti nel quadro di applicazione di loro proprie disposizioni: il TSCG, all'art. 8, paragrafi 1 e 2, prevede un suo compito di accertare e sanzionare *ex art.* 273 TFUE il non rispetto da parte di uno Stato membro dell'obbligo di incorporare nel proprio ordinamento giuridico interno il principio del pareggio di bilancio che esso stabilisce all'art. 3¹³; il Trattato che

le risultanti particolarmente dall'opposizione del Regno Unito ad una modifica dei Trattati istitutivi cfr. R. BARATTA, *op. cit.*, p. 653. Sulla configurazione del sistema pattizio attraverso il quale si sono superate come un'integrazione differenziata non all'interno dei Trattati ma all'esterno degli stessi dando luogo ad effetti di geometria variabile cfr. L. S. ROSSI, *Fiscal Compact e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in G. BONVICINI, F. BRUGNOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 29 s., nonché L. S. ROSSI, "Fiscal Compact" e Trattato sul meccanismo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 295 ss.; A. ROSAS, L. ARMATI, *op. cit.*, p. 234 s.

È evidentemente con riferimento all'esigenza di far fronte a tali difficoltà che nella sentenza resa il 12 settembre 2012 la Corte costituzionale tedesca ha attribuito un carattere più elastico alla tutela dell'identità costituzionale del proprio Paese affermando che a) "la conformazione attuale, secondo i Trattati, dell'Unione monetaria come comunità di stabilità", già affermata nella *Lissabon Urteil*, "non significa che una modifica di tale conformazione, legittimata democraticamente, sia in via di principio incompatibile con l'art. 79 co. 3 G.G.", b) questo articolo "non garantisce l'esistenza immutabile del diritto vigente, ma strutture e procedimenti che mantengano aperto il processo democratico e che, in tal modo, assicurino la responsabilità complessiva del Parlamento per le politiche di bilancio e c) "se l'Unione monetaria non può essere realizzata nella sua struttura originaria con il "programma di integrazione vigente", occorrono nuove decisioni politiche su come si debba procedere" (per una sottolineatura di queste affermazioni cfr. A. DI MARTINO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in *federalismi.it*, 2012, p. 5).

È evidentemente anche sulla scia di detta apertura della Corte costituzionale a decisioni politiche da prendersi per far fronte a situazioni che impediscono all'Unione economica e monetaria di essere realizzata nei modi e nel tempo prefissati che, con la lettera inviata ai membri dell'Ecofin il 13 febbraio 2013, il vicepresidente della Commissione e commissario agli affari economici Olli Rehn ha precisato che, ove la crescita dei Paesi europei che abbiano un disavanzo eccessivo si deteriori in modo inaspettato, la Commissione potrà concedere loro più tempo per rientrare da tale disavanzo, a condizione che compiano gli sforzi di risanamento richiesti (ec.europa.eu).

¹³ Non si può condividere l'opinione espressa da G. M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 454, secondo cui il ricorso alla Corte di giustizia degli Stati membri, previsto dall'art. 8 del Trattato TSCG, sarebbe assimilabile, seppure con qualche differenza, al "ricorso per infrazione per così dire ordinario" previsto dai Trattati istitutivi, la differenza consistendo nel fatto che lo Stato che ricorre, contrariamente a quanto previsto dall'art. 259 TFUE, non è tenuto a richiedere alla Commissione l'adozione di un parere motivato. Come espressamente previsto dal suo par. 3, l'art. 8, infatti, pretende espressamente di basare i compiti affidati alla Corte di giustizia sull'art. 273 TFUE. Nonostante questa sua caratteristica fondamentale, la procedura prevista dall'art. 8 presenta, comunque, una sua assimilazione alla procedura per ricorso in infrazione con riferimento al seguito previsto

prevede l'istituzione del MES, all'art. 37, attribuisce al Consiglio dei governatori la funzione di risolvere qualsiasi controversia tra il MES ed i suoi membri o tra questi ultimi e affida alla Corte di giustizia il compito di decidere sulle contestazioni che un membro del MES avanzi contro le decisioni che il Consiglio di amministrazione adotti al riguardo.

Non si può, comunque, non rilevare che la realizzazione degli obiettivi perseguiti attraverso due trattati internazionali dà luogo ad un notevole irrigidimento delle regole in essi contenuti, nel senso che queste possono essere modificate solo con il consenso di tutti gli Stati contraenti, attribuendo così a ciascuno un diritto di veto¹⁴.

3. La principale innovazione del TSCG è certamente costituita dal fatto che i 25 Paesi parti del Trattato sono andati al di là dell'obbligo già loro incombente di evitare disavanzi pubblici eccessivi; si sono impegnati a che i loro bilanci nazionali siano in pareggio o presentino un avanzo prevedendo che disavanzi strutturali superiori allo 0,5% (elevabili all'1% da parte di Paesi membri il cui debito sia inferiore al 60% del PIL)¹⁵ possano essere solo temporanei o possano darsi unicamente in caso di ciclo economico negativo o in periodi di grave crisi e comunque nella misura in cui tale deroga non comprometta la sostenibilità del debito di lungo periodo. L'indicata innovazione è, peraltro, rinforzata

a) dalla c.d. "Golden Rule", secondo cui gli Stati firmatari del TSCG si impegnano al recepimento della regola in questione entro un anno dall'entrata in vigore del Trattato in disposizioni legislative interne di carattere vincolante e permanente che dovrebbero preferibilmente avere natura costituzionale (art. 3, par. 2)¹⁶,

nell'ipotesi in cui lo Stato per cui la Corte di giustizia accerti l'inadempimento prosegua nel non adempiere adeguatamente agli obblighi che gli sono imposti dall'art. 3, par. 2. In tal caso qualunque altro Stato della zona euro può adire nuovamente la Corte per imporre al primo Stato il versamento di una somma forfettaria o di una penalità da determinarsi secondo i criteri stabiliti dalla Commissione europea nel quadro dell'art. 260 TFUE, in una misura non superiore allo 0,1% del suo prodotto interno (o da versarsi peraltro al MES).

¹⁴ Per una sottolineatura del fatto che detto irrigidimento ha costituito un chiaro messaggio inviato all'elettorato di alcuni Paesi (Germania *in primis*) riluttanti ad accettare la solidarietà che i due Trattati intendono stabilire tra gli Stati membri della zona euro al fine di garantire la stabilità finanziaria di tale zona considerata nel suo insieme cfr. G. L. TOSATO, *L'impatto della crisi*, cit., p. 19.

¹⁵ Con riferimento al disavanzo strutturale di ciascuno Stato membro e al calcolo della percentuale annua di rientro dal relativo debito, peraltro, l'art. 2 del regolamento 1467/97, come modificato dal regolamento 1177/2011, al par. 3, lett. a), fortemente voluto dall'Italia, prevede che la Commissione, nella relazione che, ai sensi del par. 3, lett. a), dell'art. 126 TFUE, deve redigere nel caso in cui uno Stato membro non rispetti i criteri di bilancio stabiliti nel Protocollo n. 12, annesso al Trattato di Lisbona, sia tenuta a considerare, tra l'altro, "l'evoluzione congiunturale e la posizione in termini di risparmi netti del settore privato". Sul punto cfr. G. M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 455, nota 67 compresa.

¹⁶ La legge costituzionale n. 1, del 20 aprile 2012, *GURI* 95, 23 aprile 2012, p. 1 ss., ha costituzionalizzato l'obbligo in questione. L'art. 81 Cost. prevede ora: "Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del

- b) da un obbligo di attivazione di un meccanismo automatico di correzione che vincola ogni Stato membro ad attuare misure per correggere le deviazioni dal pareggio di bilancio (meccanismo che deve essere istituito a livello nazionale sulla base di principi comuni proposti dalla Commissione europea) (art. 3, lettere d) ed e),
- c) da una previsione (art. 8) secondo cui l'inosservanza da parte degli Stati membri degli obblighi previsti in tema di disavanzo (compreso quello di sancire in via legislativa il pareggio di bilancio) dà luogo ad un'azione davanti alla Corte di giustizia, la quale può essere adita da una o più parti contraenti e può, ove abbia ritenuto che sia intervenuta una violazione di tali obblighi e sia di nuovo da essa adita, irrogare una sanzione consistente nell'obbligo di corrispondere una somma forfettaria, ovvero una penalità comunque non superiore allo 0,1% del PIL dello Stato soccombente e
- d) dalla prescrizione alle Parti contraenti di discutere in seno al Consiglio *ex ante* le loro più significative pratiche economiche presentando ad esso e alla Commissione i rispettivi piani di emissione del debito pubblico¹⁷.

4. Il MES, previsto dal Trattato firmato il 2 febbraio 2012, costituisce, secondo la definizione datane dal Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011¹⁸ un'organizzazione intergovernativa di diritto internazionale, con sede in Lussemburgo. Esso ha la funzione di mobilitare, in via permanente¹⁹, secondo condizioni rigorose – che usualmente si indica che danno luogo ad un “meccanismo di condizionalità” –, risorse finanziarie a beneficio dei suoi membri che già si trovino o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari, ove ciò risulti indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e quella dei suoi Stati membri. Per permettergli di svolgere tale funzione il Trattato che lo istituisce prevede l'attribuzione al MES di un fondo di assistenza permanente di 700000 milioni di euro (suddiviso in sette milioni di

ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali”. Per un'anticipazione delle precisazioni così contenute nella legge costituzionale cfr. P. GIARDA, *Il pareggio di bilancio nella Costituzione: una prospettiva economica*, in *Astrid Rassegna*, 7 ottobre 2011, n. 144, www.astrid-online.it.

¹⁷ Per un'illustrazione particolareggiata delle caratteristiche del *Fiscal Compact* cfr. G. L. TOSATO, *I vincoli europei*, cit., p. 257 ss., e R. BARATTA, *op. cit.*, p. 663. La prescrizione di cui al punto d) del testo si colloca sulla scia della previsione contenuta nel meccanismo di sorveglianza preventiva dei bilanci statali rispetto alla loro adozione da parte dei parlamenti nazionali introdotto dalla decisione del Consiglio Ecofin del 7 settembre 2010 che ha introdotto il “semestre europeo” a partire dal gennaio 2011.

¹⁸ Doc. EUCO 10 gennaio 2011; Rev. 1.

¹⁹ In questa sua caratteristica il MES si differenzia rispetto al Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) e al Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) che, istituiti mediante il regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, *GUUE* L 118, 12 maggio 2010, p. 1 ss., adottato ai sensi dell'art. 122, par. 2, TFUE, il primo, e mediante un accordo internazionale, il secondo, avevano carattere temporaneo, erano dotati di fondi, rispettivamente, di 60 e 440 milioni di euro e avevano operato per fornire assistenza finanziaria all'Irlanda, al Portogallo e alla Grecia.

quote, ciascuna del valore nominale di 100000 euro sottoscrittibili dagli Stati della zona euro) ed il conferimento allo stesso di un potere di raccogliere ulteriori fondi attraverso l'emissione di strumenti finanziari o la conclusione di accordi con i propri membri, istituzioni finanziarie o terzi nonché di un potere di utilizzare le somme risultanti da sanzioni finanziarie applicate agli Stati membri ai sensi del regolamento 1173/2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro e del regolamento 1174/2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella stessa zona.

Il MES potrà fornire assistenza finanziaria agli Stati euro a) a titolo precauzionale aprendo una linea di credito per il Paese beneficiario, b) per ricapitalizzare istituti finanziari, c) attraverso prestiti, d) attraverso l'acquisto di titoli di Stato emessi da uno Stato membro sul mercato primario ed e) attraverso operazioni sul mercato secondario (c.d. *buy-back*).

5. Ai fini della concessione dell'assistenza finanziaria per la cui prestazione è istituito, il MES è dotato di un Consiglio dei governatori (composto dai ministri delle finanze degli Stati membri della zona euro ed aperto alla partecipazione come osservatori del commissario dell'Unione per gli affari economici e monetari e del Presidente della BCE), da un Consiglio d'amministrazione (composto da un amministratore e da un amministratore supplente nominati da ciascun membro del Consiglio dei governatori), da un direttore generale e da altro personale ritenuto necessario.

Per l'adozione delle decisioni più importanti (ad esempio aumento del capitale e concessione dell'assistenza finanziaria richiesta da uno Stato membro) il Consiglio dei governatori delibera all'unanimità (il cui raggiungimento non è impedito da astensioni); per altre decisioni sono sufficienti la maggioranza qualificata, con il *quorum* dei 2/3 dei membri che rappresentino i 2/3 delle quote di sottoscrizione delle azioni o la maggioranza semplice, calcolata secondo lo stesso metodo. Agli effetti della ponderazione dei voti, in ragione delle quote sottoscritte, il valore del voto ponderato della Germania è del 27,14%, della Francia del 24,38% e dell'Italia del 17,91%. Ne consegue che la Germania e la Francia, coordinando la loro azione in seno al Consiglio, possono esercitare un sostanziale diritto di veto. L'assistenza finanziaria fornita dal MES si svolge sulla base di una procedura che si articola nelle seguenti fasi: 1) una decisione del Consiglio dei governatori di concedere, in linea di principio, il sostegno alla stabilità richiesto, 2) un affidamento da parte di detto Consiglio alla Commissione europea – di concerto con la BCE e, laddove possibile, insieme al FMI – del compito di negoziare con il membro interessato un protocollo d'intesa precisante le condizioni a cui l'assistenza è subordinata e 3) la predisposizione da parte del direttore generale del MES di una proposta di accordo. Il protocollo è firmato in nome e per conto del MES da parte della Commissione europea, previa verifica da parte di quest'ultima del rispetto delle condizioni a cui il MES subordina la prestazione dell'assistenza in questione, ed in particolare della condizione della sua indispensabilità a garantire la stabilità finanziaria dell'area euro nel suo

complesso e del rispetto del diritto dell'Unione e degli atti posti in essere sulla sua base. La procedura si conclude con l'approvazione del protocollo da parte del Consiglio di amministrazione²⁰.

Alla Commissione europea è comunque lasciato il compito di monitorare – di concerto con la BCE e, laddove possibile, con il FMI – il rispetto delle condizioni cui è subordinato il dispositivo di assistenza finanziaria.

6. L'assistenza finanziaria ad uno Stato membro della zona euro da parte del MES può essere prestata dal 1° marzo 2013 a due condizioni: a) la ratifica da parte dello Stato richiedente del sopra descritto TSCG e b) l'adozione da parte di quello stesso Stato della "Golden Rule", vale a dire la trasposizione nella propria legislazione nazionale della regola del bilancio in pareggio²¹.

L'importanza della prima condizione è evidente: risponde al collegamento che si è voluto stabilire tra la solidarietà che il MES intende realizzare all'interno della zona euro e la serietà di impegno da parte di ogni Stato che, in ragione delle proprie difficoltà, intenda avvalersi di detta solidarietà. Non vi è dubbio che tale condizionamento dà luogo ad una limitazione ulteriore della libertà degli Stati membri della zona dell'euro rispetto a quella costituita dalla loro accettazione di questa moneta come moneta unica. Si può, quindi, ben comprendere come all'interno dei Paesi facenti parte di questa zona non siano mancati tentativi di ostacolare l'accettazione di tali limitazioni. Questi tentativi hanno tratto spunto dal fatto che, per poter arrivare all'istituzione di tale meccanismo, il 17 dicembre 2010 il Consiglio europeo ha ritenuto necessaria, o comunque opportuna²², una

²⁰ Per un'osservazione secondo cui, in linea con questa composizione dei suoi organi e con il metodo di voto in seno al Consiglio dei governatori, il Trattato MES, a differenza del *Fiscal Compact*, appare ispirato più che ad un metodo intergovernativo, ad un metodo internazionale riecheggiante quello del FMI e lontano dalla ricerca di imparzialità propria del metodo comunitario cfr. L. S. ROSSI, "Fiscal Compact", cit., p. 302.

²¹ *Ivi*, p. 295, mette in evidenza che la sottoposizione a tali due condizioni dell'assistenza finanziaria MES è esplicitamente contenuta solo a livello dei 'considerando' (del terz'ultimo 'considerando' del *Fiscal Compact* e del quinto del Trattato MES) e rileva che la sua previsione unicamente a un tale livello la rende discutibile ma, comunque, ha una funzione deterrente in quanto gli azionisti di maggioranza del MES, che sono stati i più forti promotori del *Fiscal Compact*, se dette due condizioni non fossero rispettate da uno Stato, avrebbero un'ottima scusa per non ammetterlo all'assistenza.

²² Per la formulazione di un dubbio sulla necessità di una tale modifica cfr. G. L. TOSATO, *L'impatto della crisi*, cit., p. 16 s. In senso analogo, con riferimento all'interpretazione che la Corte di giustizia ha fatto della decisione 2011/199/UE del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento 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., e del giudizio che la stessa Corte ha espresso sulla sua compatibilità con TFUE e TUE, cfr. O. CLERC, *L'arrêt Pringle ou la validation juridictionnelle des approfondissements passés, présents, et à venir de la gouvernance économique de la zone euro*, in *Journal d'actualité des droits européens*, 2012, p. 54 (secondo il quale la Corte ha considerato che il solo apporto della revisione dell'art. 136 TFUE è stato di garantire che l'assistenza finanziaria capace di essere concessa dal MES sia sottoposta a una stretta condizionalità e sia, di conseguenza, conforme al principio del *no bail-out* di cui all'art. 125 TFUE), e F. PICOD, *Rien ne s'oppose au traité instituant le*

modifica dell'art. 136 TFUE, il quale si limita a prevedere che per contribuire al buon funzionamento dell'Unione economica e monetaria il Consiglio adotti misure concernenti gli Stati membri la cui moneta è l'euro, al fine di rafforzare il coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio e di elaborare, per quanto li riguarda, gli orientamenti di politica economica vigilando affinché essi siano compatibili con quelli adottati per l'insieme dell'Unione. A quanto così sancito dall'art. 136 il Consiglio europeo ha previsto sia aggiunto un co. 3, il quale a) sancisca che “gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme”²³ e b) subordini ogni forma di assistenza finanziaria necessaria per realizzare una tale stabilità ad “una rigorosa condizionalità”²⁴.

Per arrivare a detta modifica dell'art. 136 TFUE il Consiglio europeo, il 25 marzo 2011, ha adottato una decisione che ha dato avvio ad una procedura di revisione semplificata ai sensi del co. 2 del par. 6 dell'art. 48 TUE, a termini del quale il Consiglio europeo, deliberando “all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, della Commissione e, in caso di modifiche istituzionali nel settore monetario, della Banca centrale europea”, può, senza estendere le competenze attribuite all'Unione nei Trattati, adottare una decisione che modifica in tutto o in parte le disposizioni della parte terza del TFUE, dedicata alle politiche e alle azioni interne dell'Unione.

Dato che, per il perfezionamento di tale modifica, detta disposizione del TUE richiede l'approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali, davanti a ciascuno Stato membro della zona euro si è aperta una procedura di sua ratifica. In vari Paesi della zona euro sono stati presentati dei ricorsi miranti ad escludere che gli organi competenti di tali Stati vi procedessero. Vale la pena di analizzare, confrontandoli, il seguito che essi hanno avuto in Germania e in Irlanda.

mécanisme européen de stabilité, in *La Semaine Juridique, Edition Générale*, 10 dicembre 2012, n. 50, p. 1344 (secondo cui il rinvio pregiudiziale su cui la Corte di giustizia si è pronunciata pare essere stato avanzato più per ragioni politiche che per acquisire elementi utili alla soluzione di una controversia).

Per un'affermazione, peraltro, secondo cui il Patto di bilancio che è stato sottoscritto in sede di Consiglio europeo il 9 dicembre 2011 e che ha portato al *Fiscal Compact* conferma gli impegni degli Stati membri già previsti da precedenti atti tra cui la direttiva e il regolamento del Consiglio approvati l'8 novembre 2011 e l'Accordo *Europlus*, cfr. G. D'AURIA, *op. cit.*, c. 60.

²³ Per un collegamento della previsione del riconoscimento di una tale possibilità agli Stati membri con la previsione contenuta nel co. 3 del par. 6 dell'art. 48, secondo cui con la procedura di revisione semplificata non possono essere attribuite nuove competenze all'Unione cfr. V. B. DE WITTE, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, SIEPS Policy Analysis, giugno 2011.

²⁴ Per una ricostruzione dell'*iter* attraverso cui si è arrivati all'adozione di tale integrazione dell'art. 136 TFUE cfr. A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 335 ss.

7. Il ricorso avanzato al riguardo in Germania ha portato ad una sentenza della Corte costituzionale, adottata il 12 settembre 2012 senza previo rinvio alla Corte di giustizia²⁵. Questo ricorso ha suscitato grandi preoccupazioni non solo in ragione della difesa, tradizionalmente esercitata da quella Corte, della sovranità economica e sociale e della stabilità monetaria della Germania, ma anche in ragione del fatto che la stessa Corte mira a garantire le prerogative in tali materie del Parlamento federale considerato garante dell'identità costituzionale nazionale. Queste preoccupazioni sono state superate perché i giudici costituzionali tedeschi hanno confermato il principio d'*Europarechtsfreundlichkeit* che, attenuando la rigidità nei confronti di un'interpretazione lata del diritto dell'Unione europea manifestata nella *Lissabon Urteil* del 30 giugno 2009²⁶, avevano espresso nella sentenza *Mangold* del 6 luglio 2010²⁷ e nella sentenza sugli *Aiuti alla Grecia* del 7 settembre 2011²⁸. Hanno affermato che la Costituzione tedesca non impone di non modificare il diritto concernente l'Unione economica e monetaria esistente e permette il perseguimento di un obiettivo di bilancio e di una politica fiscale specifici quali quelli che il Trattato MES e il *Fiscal Compact* intendono consolidare per la zona euro la configurazione di tale Unione come una "comunità di stabilità" (*Stabilitätsgemeinschaft*). Ciò dato che tale obiettivo e tale politica non sono contrari alla democrazia e possono essere realizzati anche sulla base di obblighi sanciti dal diritto dell'Unione e dal diritto internazionale.

I giudici costituzionali tedeschi hanno, comunque, aggiunto due importanti puntualizzazioni che riprendono e sviluppano affermazioni già espresse nella *Lissabon Urteil* e nella sentenza sugli *Aiuti alla Grecia*. Essi hanno, in primo luogo, statuito che un'assistenza finanziaria da parte della BCE a Stati membri della zona euro che si trovino in difficoltà non è possibile quando superi il con-

²⁵ La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 12 settembre 2012 è reperibile in www.bundesverfassungsgericht.de. Un atteggiamento analogo, di non rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (accompagnato da un rigetto del ricorso di costituzionalità), hanno assunto la Corte costituzionale ungherese (con sentenza dell'11 maggio 2012), la Corte suprema estone (con sentenza del 12 luglio 2012) e il Consiglio costituzionale francese (con decisione del 9 agosto 2012).

²⁶ La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 è reperibile in www.bundesverfassungsgericht.de. Su di essa cfr. L. S. ROSSI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona e le implicazioni sul processo di integrazione europea*, in L. S. ROSSI, E. BARONCINI (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli*, Napoli 2011, p. 112 ss. e la bibliografia ivi citata.

²⁷ La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 6 luglio 2010 è reperibile in www.bundesverfassungsgericht.de.

²⁸ La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 7 settembre 2011 è reperibile in www.bundesverfassungsgericht.de. Su di essa cfr. P. FARAGUNA, *Da Lisbona alla Grecia, passando per Karlsruhe*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, p. 935 ss. Una concreta manifestazione della conferma di detto principio è significativamente costituita dal fatto che, mentre in Germania la *Föderalismusreform II* del 2009 ha stabilito un limite annuale all'indebitamento strutturale federale dello 0.35% del PIL, la Corte costituzionale tedesca, nella sentenza del 12 settembre 2012, ha considerato sostanzialmente comparabile a detto limite quello dello 0.5% del PIL previsto come limite d'indebitamento da raggiungere nel medio termine dall'art. 3, co. 1, lett. a) del *Fiscal Compact*.

tributo al capitale di questa banca senza essere approvata dal *Plenum* del Bundestag²⁹. Ciò perché le decisioni in merito alle entrate e alle spese costituiscono una sfera fondamentale delle scelte democratiche di uno Stato costituzionale e non possono dar luogo ad uno svuotamento dell'autonomia di bilancio e ad una riduzione del Parlamento a “mero esecutore di decisioni prese altrove”³⁰.

In secondo luogo i giudici costituzionali tedeschi hanno esteso gli obblighi di informazione che il governo ha nei confronti del Parlamento in relazione alla partecipazione del primo all'attività dell'Unione agli atti inerenti al funzionamento del MES ritenendoli comunque riconducibili agli “affari dell'Unione europea”. L'ha fatto considerando che un'adeguata informazione al riguardo costituisca il presupposto per un effettivo esercizio dei poteri di controllo previsti dall'art. 79, co. 3, G.G.

8. Il ricorso avanzato in Irlanda ha avuto un seguito diverso. Esso, presentato alla High Court di quel Paese, è stato respinto con una sentenza che è stata impugnata di fronte alla Corte Suprema; e questa, anziché decidere essa stessa, sulla base dei principi dell'ordinamento costituzionale nazionale, ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi con una sentenza pregiudiziale sulla conformità della decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011 al diritto dell'Unione. Eccezionalmente, per l'importanza da essa rivestita, questa richiesta ha dato luogo ad una procedura accelerata che ha portato la Corte di giustizia a pronunciarsi in seduta plenaria il 27 novembre 2012³¹. La richiesta dei giudici irlandesi ha interessato una serie importante di questioni rilevanti ad un tempo per il diritto dell'Unione e per il diritto degli Stati membri.

Essa ha innanzitutto sollevato una questione di determinazione dell'ambito di applicazione della procedura di revisione semplificata che il co. 2 del par. 6 dell'art. 48 TUE prevede possa intervenire in deroga alle regole generali del diritto internazionale relative alla revisione dei Trattati³². Ha, poi, tra l'altro,

²⁹ La previsione di un'approvazione da parte del *Plenum* del Bundestag al riguardo acquista particolare rilievo alla luce del fatto che nella sentenza *Aiuti alla Grecia* la Corte costituzionale tedesca si era limitata ad imporre che, prima della deliberazione di singole misure di assistenza finanziaria da parte dell'organo esecutivo dell'EFSF, il rappresentante tedesco in seno a questo dovesse ottenere l'approvazione della Commissione di bilancio del Bundestag. Lo stesso irrigidimento introdotto dalla Corte costituzionale con riferimento al MES non è stato da questa espresso con riferimento ad acquisti sui mercati secondari che, data l'urgenza e la riservatezza che richiedono, ha ammesso possano essere approvati dal Sondergremium.

³⁰ Alla precisazione che a questo modo la Corte costituzionale tedesca ha compiuto facendo riferimento all'esigenza di evitare uno svuotamento di autonomia del Parlamento non si può non attribuire un particolare rilievo dato che nella stessa pronuncia ha confermato il principio di *Euro-parechtsfreundlichkeit* ritenendo che si deve far fronte ad un pericolo di svuotamento dell'autonomia di bilancio del Parlamento solo ove esso “sia manifesto” (sul punto cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 3 ss. e la dottrina ivi citata).

³¹ Su di essa cfr. S. DEUYS, *Note*, in *Europe*, janvier 2013, n. 1, comm. 8.

³² Tale questione risultava molto rilevante anche sotto il profilo dell'applicazione del diritto irlandese in quanto secondo quest'ultimo per una modifica dei Trattati adottata con la procedura semplificata non è prevista solo la ratifica parlamentare sancita dall'art. 48, par. 6 TUE, ma sono

riguardato la questione della compatibilità di detta decisione con l'art. 122, par. 2, TFUE e, in terzo luogo, quella dell'esistenza del diritto di uno Stato membro dell'Unione la cui moneta sia l'euro di concludere un accordo internazionale quale quello istitutivo del MES.

9. Con riferimento alla prima e alla seconda questione ed alla prospettazione che di esse i giudici irlandesi hanno fatto alla Corte di giustizia, il Consiglio europeo ed alcuni Stati membri avevano sostenuto l'incompetenza della Corte a conoscerle invocando il fatto che questa (ai sensi dell'art. 267 TFUE) non è abilitata a pronunciarsi sulla validità del diritto primario. Il problema a questo modo posto era molto delicato in quanto per la prima volta si poneva la questione della possibilità per la Corte di esprimersi in relazione ad una procedura di revisione semplificata e più particolarmente sulla validità di una decisione del Consiglio europeo che ha dato inizio a detta procedura al fine di modificare l'art. 136 TFUE. Al riguardo la Corte non ha confutato l'idea secondo cui l'esame della validità del diritto primario non rientra nella sua competenza; considerando, però, evidentemente che la decisione in questione non concretasse essa stessa una revisione semplificata del TFUE e una modifica di questo, ma soltanto un atto di un'istituzione dante a questa avvio, ha ritenuto di poterne verificare la validità in quanto, nella sua qualità di istituzione che assicura, in forza dell'art. 19, par. 1, co. 1, TUE, il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati, ad essa spetta esaminare se gli Stati membri abbiano rispettato le condizioni che il TUE (art. 48, par. 6, co. 2) pone perché una tale decisione possa essere presa³³.

Con riferimento alla terza questione, poi, il governo spagnolo nel corso della procedura davanti alla Corte di giustizia aveva sostenuto che, poiché l'Unione non è parte contraente del Trattato MES, essa non era competente a interpretare le sue disposizioni. La Corte ha respinto tale eccezione rilevando che la questione postale al riguardo dal giudice del rinvio avesse ad oggetto l'interpreta-

previsti anche lo svolgimento di un *referendum* e una successiva riforma costituzionale identica a quella imposta per una modifica dei trattati realizzata secondo la procedura ordinaria di cui al par. 2 ss. dello stesso art. 48 TUE.

³³ Nel suo intervento davanti alla Corte di giustizia il Governo irlandese, con l'evidente intento di bloccare rapidamente il tentativo del ricorrente nel procedimento principale di ostacolare la ratifica, aveva sollevato anche l'irricevibilità della questione pregiudiziale avanzata dalla High Court. Lo aveva fatto sostenendo che quel ricorrente nel procedimento principale non aveva proposto un ricorso diretto contro la decisione del Consiglio europeo, ai sensi dell'art. 263 TFUE e, peraltro, non l'aveva proposto entro un termine ragionevole. La Corte di giustizia non ha condiviso neanche questa posizione del Governo irlandese. Ribadendo quanto più volte già affermato, a) ha precisato che il riconoscimento del diritto di una parte di far valere l'invalidità di un atto dell'Unione presuppone che detta parte disponesse del diritto di proporre, in forza dell'art. 263 TFUE, un ricorso diretto contro tale atto e b) ha notato che nella fattispecie non risultava che il ricorrente nel procedimento principale sarebbe stato, senza alcun dubbio, legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione in questione ai sensi dell'art. 263 TFUE (evidentemente in quanto non poteva risultare da questa direttamente ed individualmente riguardato).

zione di diverse disposizioni del diritto dell'Unione e non di quelle del Trattato MES³⁴.

10. Quanto ai limiti dell'ambito di applicazione della procedura di modifica speciale dei Trattati posti dall'art. 48, par. 6, co. 2 TUE ho già sopra indicato che essa a) può modificare solo le disposizioni della parte terza del TFUE, dedicate alle politiche ed alle azioni interne dell'Unione e b) non può estendere le competenze attribuite all'Unione nei Trattati.

Con riferimento a detti due limiti la Corte ha dovuto prendere posizione sul riferimento che la Corte suprema irlandese aveva fatto ad una argomentazione del ricorrente nel procedimento apertosi davanti ad essa, secondo cui il Trattato MES “costituirebbe una modifica ed una sovversione fondamentali dell'ordinamento giuridico che disciplina l'Unione economica monetaria”³⁵.

Riguardo al primo limite la Corte si è, innanzitutto, posta il problema di stabilire se la decisione impugnata, dato che mira ad introdurre nell'art. 136 TFUE una disposizione che preveda la possibilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro di istituire un meccanismo di stabilità, non legittimi una loro competenza nel campo della politica monetaria incidendo così, oltre che sulla terza, anche sulla prima parte di tale Trattato stante che l'art. 3, par. 1, lett. c) di questo riserva tale politica alla competenza esclusiva dell'Unione.

La Corte di giustizia lo ha escluso partendo dal rilievo secondo cui l'obiettivo principale della politica monetaria dell'Unione è il mantenimento della stabilità dei prezzi nella zona euro. In ragione di ciò, secondo la Corte, il MES, alla cui istituzione mira la decisione 2011/199/UE, non incide su detta competenza esclusiva dell'Unione perché esso, a differenza della politica monetaria, ha unicamente come obiettivo di accordare assistenza finanziaria agli Stati membri della zona euro che la richiedano al fine di assicurare la stabilità di tale zona, considerata nel suo insieme. Ed ha aggiunto che, se anche l'operare del MES può avere delle ripercussioni sulla stabilità della moneta utilizzata in tale zona, le misure di assistenza finanziaria attraverso cui agisce non possono essere assimilate ad una misura di politica monetaria unicamente in ragione di quelli che possono essere i loro effetti indiretti. Lo si deve, pertanto, considerare uno strumento complementare al quadro regolamentare che nell'ordinamento giuridico dell'Unione mira a consolidare la stabilità macroeconomica ed il buon funzionamento delle finanze pubbliche dell'area euro. Si deve quindi ritenere che esso operi soltanto nel quadro della politica economica³⁶.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 78 e 79.

³⁵ *Ivi*, punto 108.

³⁶ Sulla distinzione fra politica monetaria e politica economica e sul mantenimento di tale distinzione anche da parte del Trattato di Lisbona cfr. S. CAFARO, *Il diritto nell'unificazione monetaria europea*, in *Il Ponte*, 2009, n. 5, p. 4 ss., nonché J. V. LOUIS, *Some Concluding Remarks*, in S. CAFARO (a cura di), *op. cit.*, p. 116.

Continuando a verificare se la decisione 2011/199/UE possa incidere, oltre che sulla parte terza del TFUE, sullo svolgimento dei compiti che all'Unione sono affidati, nella prima parte dello stesso TFUE, dagli articoli 2, par. 3, e 5, par. 1, dettati rispettivamente in materia di politiche economiche ed occupazionali e di politiche economiche, la Corte ha ritenuto che una tale incidenza non potrà darsi, e quindi non potrà aversi violazione del TFUE. Ciò perché tali articoli circoscrivono il ruolo dell'Unione all'adozione di misure di coordinamento senza conferire alla stessa una competenza specifica a stabilire un meccanismo di stabilità quale quello alla cui istituzione mira la decisione in questione³⁷.

11. In ragione poi del fatto che la concessione da parte del MES di assistenza finanziaria ad uno Stato membro è subordinata ad una stretta condizionalità e che i protocolli d'intesa sulla base dei quali tale assistenza è accordata, ai sensi dell'art. 13, par. 3 del Trattato MES devono essere pienamente conformi al diritto dell'Unione e, segnatamente, alle misure da essa adottate nel settore del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri³⁸, la Corte ha ritenuto che la decisione in questione rispetta il secondo limite posto dal co. 3 del par. 6 dell'art. 48 TFUE all'operare della procedura di modifica semplificata che, come sopra indicato, è costituito dalla sua inidoneità ad accrescere le competenze attribuite all'Unione dai Trattati³⁹.

12. Quanto al problema della compatibilità della decisione mirante ad autorizzare gli Stati membri a concludere il Trattato MES con le funzioni che il TFEU, al par. 2 dell'art. 122, attribuisce all'Unione, esso si poneva in relazione al tono che a tale paragrafo risulta dall'intero articolo in cui è collocato. Il Trattato di Lisbona, infatti, ha ripreso quanto disposto in quell'articolo che, al par. 1, precisa *ex novo*, inequivocabilmente anche con riferimento al resto del suo disposto, che esso è destinato ad essere applicato “in uno spirito di solidarietà tra Stati membri”. E, posto che nello stesso spirito è destinato ad operare il MES, è stato comprensibile che la Corte suprema irlandese abbia chiesto alla Corte di chiarire se il Trattato che ne prevedeva l'istituzione venisse a sovrapporsi al diritto dell'Unione limitando di fatto l'ambito di applicazione di detto articolo del TFUE. Ciò è, peraltro, comprensibile anche per il fatto che la disposizione in questione, sin dalla sua introduzione nel Trattato di Maastricht, è stata concepita come una “true crisis clause” e può trovare applicazione senza una

³⁷ Sentenza *Pringle*, punto 64.

³⁸ *Ivi*, punto 174. Dubbi sulla piena conformità con il diritto dell'Unione di tali Protocolli e più in generale del funzionamento del Trattato MES possono sorgere considerando la complementarietà del suo operare con la necessità di rispetto degli obblighi scaturenti dal *Fiscal Compact*, il quale impegna gli Stati della zona euro a perseguire, oltre che obiettivi di maggiore competitività e di promozione dell'occupazione, anche l'obiettivo di “contribuire ulteriormente alla sostenibilità dei conti pubblici e di potenziare la stabilità finanziaria”; obiettivi, questi ultimi, che ci si domanda quanto siano conciliabili con l'art. 3 TUE, dato che impongono all'Unione di perseguire uno sviluppo sostenibile attraverso una crescita economica equilibrata (cfr. G. M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 456).

³⁹ Sentenza *Pringle*, punto 73.

limitazione settoriale; ed inoltre perché, in linea con le modifiche già apportate al Trattato di Maastricht dal Trattato di Nizza, il Consiglio può decidere di dare luogo all'assistenza finanziaria, prevista dalla stessa disposizione deliberando a maggioranza qualificata⁴⁰.

La Corte di giustizia ha potuto dare una risposta a quanto richiestole a questo riguardo nel senso di escludere il conflitto ipotizzato dai giudici irlandesi sulla base di due osservazioni: da un lato, ha rilevato che il par. 2 dell'art. 122 mira a dare luogo ad un'assistenza puntuale ad uno Stato membro nel quadro di una solidarietà dell'Unione, e non degli Stati membri, nei suoi confronti⁴¹ e non ad una sua assistenza al fine di salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro considerata nel suo insieme⁴²; dall'altro, ha osservato che il carattere permanente del meccanismo previsto dalla decisione 2011/199/UE ed il fatto che le sue attività mirino a preservare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo insieme non consentono che la sua funzione possa essere svolta sulla base di detto articolo o di altra disposizione del diritto primario: ne ha tratto la conseguenza che l'istituzione del MES con un accordo internazionale è rimasta nella piena competenza degli Stati membri⁴³.

13. Quanto al diritto di concludere un trattato quale il Trattato MES da parte di uno Stato membro dell'Unione la cui moneta è l'euro, il quesito posto alla Corte di giustizia è legato al fatto che l'art. 3, par. 2, TFUE: a) stabilisce che l'Unione ha competenza esclusiva a concludere accordi internazionali nella misura in cui la loro conclusione "può incidere su norme comuni"⁴⁴ e, di conseguenza, b) esclude che gli Stati membri possano stipulare, anche tra loro, accordi incidenti sulle stesse norme.

⁴⁰ Su questi caratteri della disposizione in questione cfr. F. MARTUCCI, *La politique économique et monétaire*, in I. PINGEL (a cura di), *De Rome à Lisbonne: Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Bruxelles, 2010, II ed., p. 883; J. V. LOUIS, *Guest Editorial: The No-Bailout Clause and Rescue Packages*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 982. Secondo questo secondo autore, inoltre, la solidarietà prevista da tale paragrafo, anche se si pone come limitato contrappeso alla clausola di *no bail-out* contenuta nell'art. 125 TFUE e deve, in quanto tale, rispettare il principio della responsabilità di un governo per una gestione virtuosa delle sue finanze, può estrinsecarsi in prestiti che uno Stato membro faccia ad altri Stati membri nella misura in cui sussistano le condizioni al cui darsi quel paragrafo può trovare applicazione.

⁴¹ Sentenza *Pringle*, punto 118.

⁴² Per un rilievo secondo cui tale disposizione è stata concepita per consentire all'Unione di intervenire solo in soccorso di Paesi membri che non siano responsabili delle difficoltà economiche che stanno incontrando cfr. G. M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 443.

⁴³ Sentenza *Pringle*, punti 72-74. Ad un'analogha osservazione e ad analogo risultato la Corte perviene con riferimento all'ulteriore dubbio sulla legittimità della decisione in questione con riferimento al potere di intervento che l'art. 143, par. 2, attribuisce all'Unione in relazione a situazioni di difficoltà nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro che non sia parte della zona euro.

⁴⁴ Per una prospettazione di una possibilità che, una volta modificato l'art. 136 TFUE con l'introduzione in esso di un par. 3, in forza di tale modifica il MES fosse istituito mediante una procedura comunitaria anziché mediante un accordo internazionale cfr. G. L. TOSATO, *L'impatto della crisi*, cit., p. 19.

Particolarmente rilevanti tra i problemi che a questo riguardo i giudici di Lussemburgo hanno dovuto affrontare erano quelli concernenti l'incidenza che il Trattato MES potrà avere a) sulle norme dell'Unione in materia monetaria, b) sul rispetto dell'obbligo della stessa e degli Stati membri di non farsi carico degli impegni finanziari assunti da altri Stati membri sancito dall'art. 125 TFUE e c) sul controllo che il TFUE (art. 126) prevede che la Commissione ed il Consiglio esercitino sul seguito che gli Stati membri devono dare all'obbligo di coordinare le proprie politiche economiche.

Quanto al primo punto, i giudici irlandesi, richiamato che l'Unione ha competenza esclusiva in materia monetaria, avevano rilevato che la conclusione, da parte degli Stati la cui moneta è l'euro, del Trattato MES avrebbe come obiettivo di contribuire alla stabilità di tale moneta e che la concessione di un'assistenza finanziaria a detti Stati inciderebbe sulla politica monetaria dell'Unione perché aumenterebbe la massa degli euro in circolazione. Il rilievo così svolto dai giudici irlandesi non mancava di consistenza per la ragione che nella prassi delle relazioni finanziarie internazionali si è affermata una stretta relazione tra la cooperazione monetaria internazionale e l'assistenza finanziaria a Paesi con difficoltà di bilancia dei pagamenti. Si rileva che ne costituiscono prova evidente, oltre all'oggetto dell'attività del FMI, quello dell'attività del G20, che è stato rivitalizzato dal vertice di Pittsburgh del 2009 sulla base della convinzione che gli strumenti del sistema monetario internazionale non sono in grado di garantire la stabilità finanziaria, che è concetto ben più articolato di quello del contenimento degli squilibri delle bilance dei pagamenti⁴⁵. Si aggiunge, peraltro, che questo dato avrebbe trovato riscontro nella modifica che l'art. 138 TFUE presenta rispetto al par. 4 dell'art. 111 TCE: modifica che consiste nel fatto che il primo, determinando la disciplina dell'azione esterna che, per garantire la posizione dell'euro, l'Unione deve svolgere nelle competenti istituzioni e conferenze internazionali, la disconnette dalla ripartizione dei poteri a cui la legava invece il par. 4 dell'art. 111 distinguendola a seconda che tale azione riguardasse la politica economica (art. 99 TCE) o la politica monetaria (art. 105 TCE)⁴⁶.

La Corte di giustizia, legata com'è dalla sua funzione di assicurare il rispetto dei Trattati istitutivi e la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri imposta dal principio di attribuzione, non ha tenuto conto di detti dati della prassi delle relazioni finanziarie internazionali che, oltre a non essere stati davanti ad essa invocati, non mostravano caratteristiche sufficienti ad incidere sulle norme che stabiliscono l'equilibrio istituzionale comunitario. Ha, di conse-

⁴⁵ Cfr. M. C. MALAGUTI, *L'Unione europea e le organizzazioni finanziarie internazionali*, in S. M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, XVII Convegno annuale SIDI (in corso di stampa).

⁴⁶ *Ivi*, p. 8 ss., a cui faccio rinvio per un ulteriore rilievo secondo cui le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona presentano "un'anomalia" nel senso che la possibilità per l'Unione di concludere accordi sul sistema dei tassi di cambio dell'euro nei confronti delle valute di Stati terzi è prevista dall'art. 219 TFUE come deroga alle regole generali sulla conclusione di accordi internazionali dell'Unione contenute nell'art. 218 e non nell'art. 138 TFUE.

guenza, ritenuto infondato il rilievo avanzato dai giudici irlandesi. Ha ribadito quanto già affermato con riferimento alla determinazione dell'ambito di applicazione della procedura di cui all'art. 48, par. 6 TUE, e cioè che il MES non incide, se non indirettamente, sulla politica monetaria dell'Unione. È ovvio che, se avesse prestato attenzione alla prassi delle relazioni internazionali attestata dalla concreta attività del FMI e del G20, la Corte non si sarebbe potuta limitare a detto rilievo e sarebbe potuta arrivare ad allargare il concetto di stabilità finanziaria nel senso di ritenere che la sua garanzia ha delle indispensabili dirette implicazioni monetarie. Non l'ha potuto fare. Vi si opponeva la tradizionale difesa dell'autonomia dell'ordinamento comunitario, un'autonomia a cui il principio di attribuzione impedisce si possa derogare in ragione di una prassi quale quella indicata. È in sintonia con ciò che essa ha ritenuto il MES compatibile con i Trattati istitutivi dell'Unione mettendo particolarmente in rilievo che esso a) non è abilitato ad esercitare le competenze esclusive dell'Unione di fissare i tassi di interesse ufficiali per la zona euro e di emettere euro e b) l'assistenza finanziaria che concede deve essere finanziata totalmente mediante capitale liberato o mediante emissione di strumenti finanziari⁴⁷.

14. Quanto al secondo punto, vale a dire all'obbligo dell'Unione – *no bail-out* – di non farsi carico degli impegni finanziari assunti da Stati membri, sancito dall'art. 125 TFUE, si trattava di stabilire la conformità del Trattato MES con tale articolo. Il problema poteva insorgere in quanto il par. 1 di questo prevede espressamente l'esenzione da tale obbligo di “garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto specifico”, e il par. 2 dello stesso articolo stabilisce che “[s]e necessario, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può precisare le definizioni per l'applicazione dei divieti previsti dagli articoli 123 e 124 e dal presente articolo”. Già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si era manifestato un disaccordo sull'interpretazione da dare a detti due paragrafi di quello che ora è l'art. 125, e che prima era l'art. 103. Si convergeva sulla necessità di una loro interpretazione sistematica che tenesse conto degli articoli che immediatamente lo precedevano nel capo dedicato alla politica economica. Da un lato, però, si rilevava che il divieto di *bail-out* trova un bilanciamento nel principio di solidarietà, che si manifesta, sì, *in primis*, in situazioni specifiche di emergenza o congiunturali (attuale art. 122), ma che non si esclude possa invece permeare l'intero sistema quale controlimite alla sussidiarietà. Nel quadro di un tale intendimento si ammetteva la possibilità di giustificare la creazione di un'agenzia europea del debito pubblico di natura privata avente il compito di acquistare titoli di debito degli Stati membri e di produrre titoli sintetici di emissione di debito congiunto da collocare sul mercato per spalmare su questo i costi della passività dei primi⁴⁸.

⁴⁷ Sentenza *Pringle*, punto 96.

⁴⁸ Cfr. M. C. MALAGUTI, *Un'agenzia europea del debito pubblico?*, cit., p. 95 ss., secondo la quale un bilanciamento del divieto di *bail-out* con il principio di solidarietà nel senso sopra indicato nel testo indurrebbe a ritenere che una misura di emissione di debito congiunto sarebbe ine-

Parallelamente si riteneva che l'espressione "divieti" contenuta nel par. 2 dell'attuale art. 125 fosse in esso utilizzata in senso improprio in quanto questo paragrafo non conterrebbe alcun divieto formale; sarebbe stato volto solo ad escludere che la solidarietà tra Stati membri all'interno dell'UE, sancita come un suo valore fondamentale di cui l'attuale art. 122 costituisce una specifica espressione, sia intesa come fonte di un dovere *generale* di copertura da parte degli Stati membri dell'Unione degli impegni di spesa degli altri, come una sorta di reciproca garanzia fideiussoria⁴⁹.

In senso opposto si attribuiva a detto art. 125 un carattere strettamente precettivo assumendo che esso è direttamente applicabile e va letto in combinazione con i due articoli che lo precedono (123 e 124), ritenuti pure essi direttamente applicabili, e con l'art. 126 TFUE che obbliga gli Stati membri ad evitare disavanzi eccessivi. Si riteneva che la *no bail-out* (il divieto di salvataggio finanziario) che esso esprime presenta un carattere obbligatorio non puramente formale perché, nel suo raccordo con quelle altre disposizioni, costituisce un elemento cruciale per assicurare la stabilità dentro l'Unione: un elemento tanto cruciale da essere considerato dalla Corte costituzionale tedesca nella *Maastricht Urteil* come un valore così fondamentale che un'evoluzione dell'integrazione comunitaria con esso incompatibile potrebbe giustificare il recesso dall'Unione della Germania⁵⁰.

La Corte di giustizia non ha abbracciato né l'una né l'altra interpretazione dell'articolo in questione; ha assunto, rispetto ad esse, una posizione molto sfumata. Invece di desumere dal fatto che l'art. 125 fa corpo con i precedenti articoli 123 e 124 una ragione per attribuire al primo un carattere rinforzato rispetto a quello risultante dalla sua interpretazione letterale, ne ha tratto motivo per rilevare che questo è formulato in termini meno rigorosi di quelli dell'art. 123

rentemente legata alle misure di convergenza ed alla politica monetaria, ovvero all'UEM unitariamente intesa. In senso analogo cfr. F. MASINI, *Unione monetaria e intervento pubblico: un problema teorico*, in S. CAFARO (a cura di), *op. cit.*, p. 44, il quale, con riferimento all'idea di istituzione di una siffatta agenzia, richiama B. ANDREATTA, *Per un'Italia moderna. Questioni di politica e di economia*, Bologna, 2002. Su una ripresa di un tale ordine di idee da parte del Conseil économique et social francese nel rapporto del 20 novembre 2007, "Quel budget de l'Union européenne au service de la croissance et de l'emploi?", cfr. J. V. LOUIS, *Some Concluding Remarks*, cit., p. 123.

⁴⁹ M. L. TUFANO, *Il principio del no bail-out nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 513; M. DEVOLUY, *L'architecture des politiques économiques européennes*, in *Les politiques économiques européennes, enjeux et défis*, Paris, 2004, p. 45; N. COLACINO, *Commento all'art. 122 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2011, p. 1190-1193; C. CALLIESS, *Finanzkrisen als Herausforderung der internationaler europäischen und nationalen Rechtssetzung*, in *Grundsatzfragen der Rechtssetzung und Rechtsfindung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, 2012, p. 153 ss.

⁵⁰ Cfr. J. V. LOUIS, *Guest Editorial*, cit., p. 977 s., il quale rileva come l'obbligazione per gli Stati membri di coordinare le loro politiche economiche e le speciali regole concernenti la politica di bilancio degli Stati membri, incluse le disposizioni obbliganti ad evitare disavanzi eccessivi, hanno costituito gli strumenti per far fronte all'insufficienza di un affidamento al gioco del mercato della funzione di sanzionare, e quindi di far rispettare, l'obbligo di ciascuno Stato membro di procedere automaticamente, senza aiuto esterno, a finanziarsi sul mercato alle condizioni da esso imposte.

TFUE che vieta alla BCE e alle Banche centrali qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia. Ha concluso affermando che:

- 1) le diverse espressioni impiegate nell'art. 125 confermano una sua interpretazione nel senso che esso non è diretto a vietare all'Unione e agli Stati membri qualsiasi forma di assistenza finanziaria ad un altro Stato membro deducibile dalla sua lettera secondo cui l'Unione "non risponde né si fa carico degli impegni" di uno Stato membro e
- 2) quell'articolo vieta all'Unione ed agli Stati membri la concessione di un'assistenza finanziaria che avrebbe l'effetto di pregiudicare lo stimolo dello Stato membro destinatario di tale assistenza a condurre una politica di bilancio virtuosa⁵¹ e, invece, "non vieta la concessione di un'assistenza finanziaria da parte di uno o più Stati membri ad uno Stato membro che resta responsabile dei propri impegni nei confronti dei suoi creditori e purché le condizioni collegate a siffatta assistenza siano tali da stimolarlo all'attuazione di una politica di bilancio virtuosa"⁵².

Sulla base di tali rilievi la Corte ha potuto concludere che, dato che i dispositivi di sostegno alla stabilità cui può ricorrere il MES fanno emergere che questo non si farà garante dei debiti dello Stato membro beneficiario, il Trattato che lo istituisce è compatibile con l'art. 125.

Con riferimento specifico all'acquisto sul mercato secondario di titoli emessi da un membro del MES, la Corte ha rilevato che il fatto che il MES paghi un prezzo al titolare di tali titoli, creditore del membro del MES emittente, non significa che il MES rilevi il debito nei confronti del creditore poiché il prezzo pagato può differire sensibilmente dal valore dei crediti contenuti in siffatti titoli, dato che esso dipende dalla legge della domanda e dell'offerta sul mercato dei titoli in questione⁵³.

15. Quanto al controllo che l'art. 126 TFUE prevede che la Commissione ed il Consiglio esercitino sul rispetto da parte di tutti gli Stati membri degli obblighi di coordinamento delle loro politiche economiche, la Corte di giustizia ha rilevato, da un lato, che il Trattato MES (art. 13, par. 4) prevede che la Commissione, prima di firmare gli accordi che definiscono la condizionalità che presiede ad un sostegno

⁵¹ Per una precisazione contenuta nella sentenza della Corte costituzionale tedesca del 12 settembre 2012 secondo cui il Trattato MES si limita a relativizzare "la dipendenza dal mercato" quale fattore principale delle "possibilità di finanziamento degli Stati" cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 6.

⁵² Sentenza *Pringle*, punti 136 e 137.

⁵³ *Ivi*, punto 141. Sull'acquisto di titoli statali sul mercato secondario, si era espressa la Corte costituzionale tedesca nella citata pronuncia del 12 settembre 2012, con riferimento ad acquisti effettuati da parte della BCE. Essa ha statuito che, dato che il finanziamento monetario da parte di tale Banca dei bilanci degli Stati membri è vietato, acquisti da parte della stessa su detto mercato sono vietati quando sono effettuati "indipendentemente dai mercati finanziari". Da questa posizione non si è sostanzialmente differenziata quella che, come indicato nel testo, la Corte di giustizia ha preso con riferimento ad acquisti sul mercato secondario da parte del MES, dato che gli stessi giudici costituzionali tedeschi hanno chiarito che il problema insorgente al riguardo consiste nello stabilire sino a che punto gli acquisti BCE si sottraggono ai meccanismi di mercato, e cioè cessano di essere degli acquisti per divenire dei finanziamenti del debito pubblico.

alla stabilità, verifichi che le condizioni imposte siano pienamente conformi alle misure di coordinamento delle politiche economiche. D'altro lato ha osservato che le condizioni imposte ai membri del MES che ricevono un'assistenza finanziaria devono essere conformi alle raccomandazioni che il Consiglio può adottare al fine di promuovere il rispetto del divieto di evitare disavanzi pubblici eccessivi⁵⁴.

16. Un'ulteriore questione, concernente sempre la possibilità per lo Stato membro della zona euro di concludere un accordo quale il Trattato MES, ha riguardato il fatto che questo, dall'esterno dell'ordinamento dell'Unione, assegna diversi compiti alla Commissione ed alla BCE non previsti dai Trattati istitutivi dell'Unione. Alla Commissione è affidato il compito di valutare le domande di sostegno alla stabilità, di accertarne l'urgenza, di negoziare un protocollo d'intesa che precisi le condizioni a cui è subordinata l'assistenza finanziaria concessa e di monitorare il loro rispetto. Alla BCE è attribuito il compito di partecipare alle riunioni del Consiglio dei governatori e del Consiglio di amministrazione e di concorrere con la Commissione alla valutazione di dette domande, alla negoziazione di un protocollo d'intesa ed al monitoraggio di dette condizioni.

Si è sostenuto che la questione sollevata dall'affidamento all'una ed all'altra istituzione di detti compiti possa essere superata, tra l'altro, per la ragione che, come può risultare dal 10° 'considerando' del MES, tale affidamento sarebbe stato consentito dai Governi di tutti gli Stati membri dell'Unione⁵⁵, i quali, sempre secondo quanto indicato in detto 'considerando', avrebbero autorizzato a "domandare" l'esecuzione dei compiti previsti dal MES⁵⁶.

La Corte di giustizia non ha fatto propria detta tesi. Non l'ha fatto, però, per l'impossibilità di considerare una prassi risultante da comportamenti o dichiarazioni degli Stati membri o delle istituzioni dell'Unione idonea ad integrare o modificare le disposizioni dei Trattati istitutivi (impossibilità da essa stessa motivata sulla base del fatto che questi prevedono puntualmente a tale scopo procedure di loro modifica che il Trattato di Lisbona, enfatizzando la loro importanza e la loro

⁵⁴ Per un rilievo secondo cui qualche dubbio sulla compatibilità della conclusione tra gli Stati della zona euro dell'accordo in questione con l'art. 3, par. 2 TFUE esiste in ragione della clausola di condizionalità, alla cui accettazione è subordinata l'assistenza finanziaria prevista dall'accordo di cui si tratta, che può prendere la forma di un "programma di adeguamento macro-economico" (art. 12, par. 1, del Trattato MES), cfr. C. MAZILLE, *Validité de la décision portant création du mécanisme de stabilité pour les Etats membres dont la monnaie est l'euro (MES)*, 27 novembre 2012, reperibile *online*. La Corte, non condividendo tale dubbio, al contrario, al punto 111, considera tale clausola come uno strumento "diretto a garantire la conformità delle attività del MES con il diritto dell'Unione, in particolare con l'articolo 125 TFUE e con le misure di coordinamento adottate dall'Unione".

⁵⁵ G. L. TOSATO, *L'impatto della crisi*, cit., p. 22; A. VITERBO, R. CISOTTA, *op. cit.*, p. 341. Per un'identica tesi, avanzata però con riferimento al *Fiscal Compact*, cfr. J. V. LOUIS, *Un Traité vite fait, bien fait*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 5 ss.

⁵⁶ Cfr. la presa di posizione dell'Avvocato generale Kokott, nel caso *Pringle*, punto 174, che vede in questo dato la fonte principale della legittimità dell'affidamento alle istituzioni dell'Unione dei compiti in questione e considera la giurisprudenza della Corte che sarà indicata immediatamente appresso nel prosieguo del testo di questo articolo come una conferma della loro legittimazione ad opera di tale dato.

insostituibilità, ha arricchito: ha previsto accanto alla procedura di revisione ordinaria, art. 48, paragrafi 2-5, ed a quella costituita dall'operare della c.d. clausola di flessibilità, art. 352 TFUE, quella di revisione semplificata, art. 48, par. 6 TUE)⁵⁷.

La Corte ha considerato che la legittimazione delle istituzioni dell'Unione a svolgere detti compiti non debba trovarsi in un'integrazione dei Trattati istitutivi di questa, ma scaturisca da una loro interpretazione già svolta in proprie precedenti pronunce, da cui emerge che, nei settori non rientranti nella competenza esclusiva dell'Unione, gli Stati membri hanno il diritto di affidare alle istituzioni, al di fuori dell'ambito della stessa, compiti quali il coordinamento di un'azione comune da essi intrapresa o la gestione di un'assistenza finanziaria, a condizione che tali compiti non snaturino le attribuzioni che TUE e TFUE conferiscono a tali istituzioni⁵⁸. Ha, peraltro, ritenuto che le funzioni affidate alla Commissione ed alla BCE dal Trattato MES a) siano equivalenti a quelle considerate in detta sua precedente giurisprudenza, b) non implicino alcun potere decisionale proprio ed impegnino solo il MES e c) non snaturino le attribuzioni che TUE e TFUE attribuiscono a tali istituzioni, dato che tali Trattati chiamano la prima a promuovere l'interesse generale dell'Unione e a vigilare sull'applicazione del diritto di questa e la seconda a sostenere le politiche economiche e generali della stessa⁵⁹.

17. Non meno problematico era per la Corte di giustizia stabilire la compatibilità con il diritto dell'Unione del Trattato MES con riferimento alla funzione che questo, all'art. 37, le affida di pronunciarsi sulla contestazione che un membro del MES avanzi nei confronti di una decisione del Consiglio dei governatori, il quale è competente a risolvere qualsiasi controversia tra il MES ed i suoi membri o tra questi in relazione all'interpretazione ed all'applicazione di detto Trattato, compresa qualsiasi controversia sulla compatibilità con questo delle decisioni adottate dall'ente in questione. La Corte di giustizia ha considerato che anche con riferimento a tale previsione il Trattato MES non sia incompatibile con il diritto dell'Unione stante che

⁵⁷ Per una chiara esclusione dell'idoneità risultante da comportamenti o dichiarazioni del genere ad integrare o modificare disposizioni dei Trattati istitutivi cfr., ad esempio, il parere della Corte di giustizia del 15 novembre 1994, 1/94, *Raccolta*, p. I-5267, punto 52, nonché il parere del 30 novembre 2009, 1/08, *ivi*, p. I-11129, punto 172. Su di essi cfr. Paolo MENGOZZI, *The Innovation Brought about by the Lisbon Treaty to the European Union Treaty Making Power Regime Resulting from the Case Law of the Court of Justice*, in *Today's Multilayered Legal Order, Liber Amicorum in Honour of Arjen W.H. Meij*, Paris, 2011, p. 206.

⁵⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 30 giugno 1993, cause riunite C-181 e 248/91, *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, *Raccolta*, p. I-3685, punti 16, 20 e 22; e del 2 marzo 1994, causa C-316/91, *Parlamento c. Consiglio*, *ivi*, p. I-625, punti 26, 34 e 41.

⁵⁹ Per un rilievo secondo cui il sistema istituito dal Trattato MES sarebbe caratterizzato da un deficit democratico in quanto accanto ai compiti affidati alla Commissione, alla BCE, al Consiglio ed alla Corte di giustizia non prevede alcuna funzione di controllo al Parlamento europeo cfr. M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1790. Questa osservazione è generalmente superata rilevandosi che il sistema opera tra e per gli Stati membri della zona euro ed è ragionevole che non sia sottoposto nel suo funzionamento ad un controllo politico di rappresentanti di Stati membri dell'Unione che non fanno parte di tale zona euro (cfr. G. L. TOSATO, *L'impatto della crisi*, cit., p. 26; L. S. ROSSI, "Fiscal compact", cit., p. 301).

questa è conforme all'art. 273 TFUE, ai sensi del quale la stessa Corte è competente a conoscere di qualsiasi controversia tra Stati membri in connessione con l'oggetto dei Trattati, quando tale controversia le sia sottoposta in virtù di un compromesso. Essa, con un'indubbia forzatura, ha superato il fatto che a) il MES è qualificato dall'art. 1 del suo Trattato istitutivo come un'istituzione finanziaria internazionale e quindi una controversia che lo contrapponga ai suoi membri non può essere considerata come intercorrente tra Stati membri ai sensi di detto art. 273 e b) quest'ultimo articolo prevede che la Corte sia competente a pronunciarsi sulla base di un compromesso concernente una singola controversia e non su quella di una clausola applicabile in relazione ad una serie indeterminata di controversie future ed eventuali. Ha, con ciò, ripreso l'interpretazione lata che, con il Protocollo del 3 giugno 1971, di tale articolo avevano, implicitamente ma inequivocabilmente, fatto gli Stati membri attribuendo alla Corte di giustizia la competenza a conoscere delle questioni insorgenti in relazione all'applicazione della Convenzione di Bruxelles sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale⁶⁰.

18. I chiarimenti che, come sopra indicato, la Corte ha fornito per affermare la compatibilità del Trattato MES con il diritto UE sono importanti. Essi, certo, non superano i limiti che le norme contenute in tale Trattato presentano in quanto non sono state poste in essere mediante l'utilizzazione della clausola di flessibilità, di cui all'art. 352 TFUE, o della procedura di cooperazione rafforzata, di cui all'art. 20 TUE, e sono destinate ad operare solo con riferimento agli Stati della zona euro correndo il rischio di approfondire la differenziazione già in essere tra questi e tutti gli altri Stati membri dell'Unione. Attestano, però, che quelle norme, coesistendo nella loro applicazione con l'applicazione di quelle del *Fiscal Compact* e del *Six Pack*, costituiscono un legittimo arricchimento della cooperazione e della solidarietà a cui il TUE (art. 3, paragrafi 3 e 4) ed il TFUE (articoli 121-126) chiama gli Stati membri in materia di politiche economiche e finanziarie. In quanto tali i dati su cui i chiarimenti della Corte si basano sono idonei a permettere un'estensione al Trattato MES dell'applicazione dell'art. 16 del *Fiscal Compact*, secondo cui "al più tardi entro 5 anni dall'entrata in vigore del presente trattato, sulla base di una valutazione dell'esperienza maturata in sede di attuazione, sono adottate (...) le misure necessarie per incorporare il contenuto del presente trattato nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea".

I chiarimenti espressi dalla Corte, infatti, stabiliscono con certezza che questa incorporazione non introdurrebbe in tale ordinamento nulla di disomogeneo. Il realizzarsi di un tale sviluppo, anche se è realistico pensare che potrebbe determinarsi solo per gli Stati della zona dell'euro, avrebbe comunque il pregio di innestare sull'applicazione delle norme attualmente contenute nel Trattato MES e sul suo coordinamento con l'applicazione del *Fiscal Compact* e del *Six Pack* un controllo generalizzato da parte del Parlamento europeo, più idoneo a perseguire uno sviluppo

⁶⁰ Cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2013, III ed., p. 394 s. Per analoghi rilievi formulati non con riferimento alla sentenza *Pringle* ma all'art. 37 del Trattato MES, cfr. L. S. ROSSI, "Fiscal compact", cit., p. 303 s., nonché O. CLERC, *op. cit.*, p. 10.

sostenibile e una crescita economica equilibrata che miri al progresso sociale⁶¹. Ciò verrebbe ad aggiungersi a quell'importante innovazione istituzionale, costituita dal trasferimento dal Consiglio alla Commissione di decisivi poteri di controllo del rispetto da parte degli Stati membri delle regole in materia di bilancio, che all'inizio di questo scritto ho indicato essere stato concretato dal regolamento 1175/2011: vi si aggiungerebbe dando luogo ad un superamento di critiche secondo cui il Trattato MES sarebbe caratterizzato da non trasparenza e da un *deficit* democratico⁶². Il loro superamento sarebbe importante perché esse hanno la potenzialità di contribuire in modo rilevante non solo all'aumento del disinteresse nei confronti delle elezioni del Parlamento europeo, ma anche ad un intensificarsi della perdita di fiducia nell'intero processo di integrazione e della tentazione di tornare all'isolazionismo che, almeno in alcuni Stati membri, è stato determinato dalla crisi finanziaria⁶³.

Abstract

The ESM Treaty and the *Pringle* Ruling of the European Court of Justice

The ESM Treaty was adopted by the EU Member States of the euro area when the financial crisis showed the limits of the EU in preventing them to have an excessive public deficit. This essay examines the link of ESM Treaty with the *Fiscal Compact* and focuses on the ECJ's *Pringle* judgment. The analysis evaluates the ECJ's arguments in deeming as legitimate the Council decision 2011/199/UE amending Art. 136 TFEU in order to enable the euro area Member States to conclude the ESM Treaty. The author also assesses the ECJ's arguments in considering the ESM financial assistance consistent with a) the exclusive competence of the Union on monetary internal and international issues, b) the no bail-out rule of Art. 125 TFEU and the special type of solidarity provided by Art. 122 TFEU and c) the exercise by the Commission of the powers conferred by Art. 126 TFEU.

According to the author the ECJ's *Pringle* judgment demonstrates that the rules of the ESM Treaty constitute a legitimate improvement of the cooperation imposed upon the Member States in the field of economic and financial policies.

⁶¹ G. M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 456.

⁶² A. VITERBO, R. CISOTTA, *op. cit.*, p. 340; A. ROSAS, L. ARMATI, *op. cit.*, p. 284; J. V. LOUIS, *Some Concluding Remarks*, *cit.*, p. 120.

⁶³ Una manifestazione acuta di questo più largo fenomeno è certamente costituita dalla sentenza che la Corte costituzionale della Repubblica ceca ha reso il 31 gennaio 2012 annullando una decisione della Corte amministrativa suprema di quel Paese, che aveva dato seguito ad una pronuncia della Corte di giustizia considerando che nel caso questa Corte si fosse pronunciata *ultra vires*. Sul punto cfr. Paolo MENGOZZI, *Corte di giustizia, giudici nazionali e tutela dei diritti fondamentali degli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 567 ss.; A. ROSAS, L. ARMATI, *op. cit.*, p. 284. Per una sottolineatura, peraltro, dell'esigenza di andare comunque oltre per realizzare una vera politica economica dell'Unione in grado di rispondere alle richieste di crescita provenienti dai suoi cittadini cfr. F. MASINI, *op. cit.*, p. 46.

Antonello Schettino*

Il difficile rapporto tra *public* e *private enforcement*: il caso dell'accesso agli atti nei programmi di clemenza

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La recente giurisprudenza dell'Unione in materia di accesso agli atti: le sentenze *Pfleiderer* e *CDC Hydrogene Peroxide*. – 3. *Segue*: le prime applicazioni della c.d. formula *Pfleiderer* nei fori nazionali. – 4. *Segue*: disamina delle singole componenti della formula *Pfleiderer*. – 5. Il probabile scenario nell'ordinamento giuridico italiano. – 6. Considerazioni conclusive relative ad una possibile soluzione: intervento normativo a livello dell'Unione o nazionale?

1. L'interazione tra *public* e *private enforcement* nel diritto *antitrust* è tornata ad essere uno dei temi principali nelle discussioni correnti di politica della concorrenza. Tale tematica si inserisce, inoltre, nell'ampio quadro dei rapporti intercorrenti tra le autorità *antitrust* e le giurisdizioni nazionali alla luce dell'avviato, ormai da tempo, processo di decentramento nell'applicazione delle norme in materia di concorrenza¹.

Infatti, il dibattito – sia dottrinale che giurisprudenziale – si è riaperto a seguito del frequente ricorso agli istituti che rappresentano la frontiera più avanzata del diritto *antitrust*: gli impegni, le procedure di transazione (c.d. *settlements*) ed i programmi di clemenza (c.d. *leniency programmes*).

In riferimento a questi ultimi, una delle questioni di maggiore rilevanza è quella riguardante il diritto di accesso agli atti, segnatamente al fascicolo istruttorio della Commissione e delle autorità *antitrust* nazionali, contenente gli elementi prodotti prima e dopo la richiesta di adesione ai programmi di clemenza (c.d. *leniency material*). Il problema si è posto, in particolare, rispetto alle istanze di accesso al *leniency material*, funzionali alla proposizione di azioni di

* Dottorando di ricerca in Diritto della concorrenza e del mercato nell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli Federico II.

¹ V. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, *GUCE* L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

risarcimento del danno *antitrust* subito a causa dell'infrazione accertata dall'autorità pubblica anche grazie alla collaborazione di un *leniency applicant* (c.d. *follow-on actions*)².

Tale questione è stata portata di recente all'attenzione della Corte di giustizia mediante il rinvio pregiudiziale disposto dall'*Amtsgericht Bonn*³ nella causa *Pfleiderer*⁴. Nel procedimento principale, il giudice *a quo* era stato investito di una controversia concernente la legittimità della decisione del *Bundeskartellamt*⁵ di rifiutare l'accesso completo al fascicolo istruttorio di un procedimento *antitrust*, al fine di proteggere i dati forniti da un'impresa che aveva aderito al programma di clemenza. Infatti, l'istanza di accesso era preordinata all'esperimento di un'azione risarcitoria nei confronti di un'impresa che aveva partecipato ad un cartello, il cui "pentimento" aveva agevolato l'accertamento dell'illecito anti-concorrenziale (c.d. "accesso informativo offensivo").

Il presente lavoro intende pertanto analizzare la controversa questione del rapporto tra i programmi di clemenza e le azioni private, approfondendo la tematica dell'utilizzabilità delle dichiarazioni confessionarie e dei documenti forniti dalle imprese richiedenti la *leniency* nell'ambito del *private enforcement*. A tale scopo, si procederà, anzitutto, alla disamina dei principi espressi nella sentenza *Pfleiderer*, in modo da valutare le conseguenze derivanti dalle prime applicazioni di tali principi nei fori interni e da ipotizzare lo scenario che potrebbe profilarsi nel nostro ordinamento. Successivamente, si formuleranno alcune riflessioni sugli aspetti più significativi in tema di accesso al *leniency material*, quali la tutela del legittimo affidamento dei *leniency applicants*, l'efficacia dei programmi di clemenza ed il rispetto del diritto di difesa delle vittime delle violazioni *antitrust*. L'obiettivo è di individuare una soluzione tale da consentire un'equilibrata composizione degli interessi in gioco e, al contempo, l'effettiva applicazione del diritto *antitrust*.

2. Il programma di clemenza, come noto, consiste nella concessione dell'immunità o del beneficio della riduzione dell'ammenda, da parte delle autorità *antitrust*, per quelle imprese che decidano di "pentirsi" e collaborare, autodenunciando la propria partecipazione ad un cartello, nonché rivelando informazioni decisive circa la (presunta) intesa e gli altri partecipanti alla stessa. Tale strumento consente di scoprire i cartelli, considerate le violazioni più gravi dell'art. 101 TFUE nonché quelle più difficili da individuare.

² La medesima tematica è stata affrontata dalla Commissione nel libro verde, del 19 dicembre 2005, Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2005)672 def., e nel libro bianco, del 2 aprile 2008, Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def. Le misure ivi proposte saranno esaminate in maniera più approfondita nell'ultimo paragrafo del lavoro.

³ Tribunale amministrativo tedesco di Bonn.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁵ Autorità *antitrust* tedesca.

Tuttavia, i programmi di clemenza possono ingenerare degli effetti collaterali in termini di *private enforcement*, sotto il profilo del diritto dei soggetti lesi da violazioni *antitrust* all'accesso al *leniency material*. Ed infatti, come già accennato, le imprese che lamentano un danno *antitrust* potrebbero avere interesse ad esaminare i documenti prodotti nell'ambito dei programmi di clemenza, al fine di valutare l'opportunità di un'azione risarcitoria e/o di corroborare con maggiori elementi l'impianto probatorio a fondamento della stessa. Tali sono state le motivazioni che hanno spinto la Pfleiderer, impresa che si riteneva danneggiata da un cartello di produttori europei di carte decorative sanzionato dal *Bundeskartellamt*, a presentare istanza di accesso integrale agli atti del procedimento *de quo*. Non avendo ottenuto tutti i documenti richiesti, tra cui, segnatamente, quelli relativi alle domande di trattamento favorevole trasmessi al *Bundeskartellamt* ai sensi del punto 22 della comunicazione sulla clemenza⁶, nonché i documenti e le informazioni all'uopo prodotte, la Pfleiderer proponeva ricorso all'*Amtsgericht Bonn*.

Il tribunale tedesco ordinava l'ostensione dei documenti richiesti, ai sensi del combinato disposto dell'art. 406e, n. 1, del codice di procedura penale tedesco⁷, e dell'art. 46, n. 1, dell'*OWiG*⁸. Ciò si giustificava, da un lato, perché la Pfleiderer era da considerarsi "persona offesa" ai sensi delle suddette disposizioni⁹ e, dall'altro, perché essa disponeva di un "interesse legittimo" all'accesso al *leniency material* in ragione del suo utilizzo per la predisposizione di azioni risarcitorie.

Nondimeno, rilevando un probabile contrasto con la pertinente normativa dell'Unione, il tribunale tedesco decideva di sospendere il giudizio al fine di richiedere alla Corte di giustizia se le norme che disciplinano la cooperazione e lo scambio di informazioni tra la Commissione e le autorità *antitrust* nazionali (articoli 11 e 12 del regolamento 1/03), nonché il principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE, già art. 10 TCE), ostassero all'accesso agli atti relativi ai programmi di clemenza.

⁶ Il punto 22 del *leniency programme* del *Bundeskartellamt* n. 9, del 7 marzo 2006, sancisce che il *Bundeskartellamt*, nell'esercizio dei poteri discrezionali conferitigli dalla legge, respinge, in linea di principio, le istanze dei privati volte alla consultazione dei fascicoli o all'accesso alle informazioni allorché riguardino una *leniency application* e gli elementi probatori ad essa correlati.

⁷ Ai sensi di tale articolo, nel processo penale, la persona offesa ed il suo avvocato, per conto della stessa, possono consultare gli atti a disposizione del tribunale o che dovrebbero essere a loro disposizione in caso di esercizio dell'azione penale e prendere visione delle fonti di prova sotto sequestro, qualora dimostrino un interesse legittimo in tal senso. Tale consultazione viene rifiutata qualora vi si oppongano interessi imperativi degni di tutela dell'accusato o di terzi. La stessa può essere, inoltre, negata qualora pregiudichi l'obiettivo dell'inchiesta o cagioni importanti ritardi nel procedimento.

⁸ L'art. 46, n. 1, dell'*OWiG* (legge sulle infrazioni amministrative) prevede, infatti, che, salvo contraria disposizione di legge, al procedimento sanzionatorio si applicano le previsioni normative concernenti il procedimento penale, nonché le leggi sull'ordinamento giudiziario e sui tribunali dei minori.

⁹ Dovendosi sopporre il danno derivante dal prezzo esorbitante, in conseguenza degli accordi di cartello, versato per l'acquisto delle merci dalle imprese sanzionate.

La pronuncia della Corte è stata preceduta dalle conclusioni dell'Avvocato generale Mazák¹⁰. Quest'ultimo, in estrema sintesi, ha ritenuto che l'accesso al *leniency material* contribuisce a garantire ai soggetti lesi da violazioni *antitrust* il diritto ad un ricorso effettivo e ad un equo processo, così come previsto dall'art. 101 TFUE e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dall'art. 6, par. 1, CEDU¹¹. Al contempo, l'Avvocato generale ha evidenziato l'importanza dei programmi di clemenza nella lotta ai cartelli e, quindi, nell'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE¹².

Ciò premesso, al fine di contemperare gli interessi in gioco, l'Avvocato generale ha proposto di distinguere tra le dichiarazioni autoincriminanti volontariamente rese dai richiedenti la *leniency*¹³ ed i documenti preesistenti, ossia quelli prodotti prima della domanda di trattamento favorevole. Le prime non dovrebbero essere rese accessibili, in quanto ciò ridurrebbe l'*appeal* e l'efficacia del programma di clemenza. L'interferenza con il diritto ad un ricorso effettivo e ad un equo processo sarebbe giustificata, infatti, non solo dall'interesse pubblico a scoprire e sanzionare i cartelli, ma anche dall'interesse dei privati, dal momento che questi, in tal modo, saranno agevolati nella proposizione di azioni risarcitorie *follow-on* in merito a tali violazioni *antitrust*¹⁴. Di contro, i documenti preesistenti atti a provare la violazione, il danno ed il nesso causale, sarebbero ostensibili, non essendo prodotti nell'ambito della procedura di clemenza¹⁵.

La distinzione proposta dall'Avvocato generale non è stata accolta dalla Corte; tantomeno è stato mutuato il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali ed alla CEDU. La Corte, infatti, ha circoscritto la propria analisi alle disposizioni normative dell'Unione individuate dal giudice *a quo* nella richiesta di rinvio pregiudiziale, nonché ai principi di equivalenza ed effettività. Essa ha affermato che tali norme – segnatamente, quelle contenute nel regolamento 1/03 – non ostano a che un soggetto danneggiato da un'infrazione al diritto *antitrust* dell'Unione, che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione.

Muovendo da tale premessa, la Corte ha fornito una formula destinata ad avere un impatto di sicuro rilievo negli ordinamenti nazionali¹⁶, come vedremo

¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 16 dicembre 2010, *Pfleiderer*, non ancora pubblicate in *Raccolta*.

¹¹ *Ivi*, punto 37.

¹² *Ivi*, punto 44.

¹³ Con tali dichiarazioni i *leniency applicants* ammettono e descrivono dinanzi all'autorità competente la loro partecipazione ad una violazione dell'art. 101 TFUE.

¹⁴ Conclusioni *Pfleiderer*, punto 41.

¹⁵ *Ivi*, punto 47.

¹⁶ V., in senso contrario, S. B. VÖLCKER, *Case C-360/09, Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 14 June 2011*, in *Common Market Law Review*, 2012, pp. 695-720. L'autore evidenzia che la Corte non ha seguito l'approccio proposto dall'Avvocato generale in merito alla qualificazione dell'accesso al *leniency material* quale diritto fondamentale ai sensi della Carta dei diritti fondamentali e della CEDU. Essa si è limitata, piutto-

più diffusamente nel prosieguo, laddove ha affermato che “[s]petta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, ponderando gli interessi tutelati dal diritto dell’Unione¹⁷. Siffatta ponderazione può essere compiuta dai giudici nazionali solamente caso per caso [nell’ambito del diritto nazionale] e tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti della fattispecie da essi esaminata”¹⁸ (in seguito, “formula *Pfleiderer*”).

A ben vedere, però, la questione dell’accesso informativo offensivo riguarda altresì i programmi di clemenza gestiti dalla Commissione e, dunque, essa assume una dimensione tanto nazionale quanto europea: le azioni risarcitorie, infatti, sono sovente delle azioni *follow-on* dei procedimenti *antitrust* conclusi dalla Commissione, alla quale i soggetti lesi dalle infrazioni *antitrust* potrebbero richiedere l’accesso al *leniency material* in suo possesso. Tali richieste, stante l’assenza di una disciplina specifica e vincolante in materia, sono formulate sulla base del regolamento 1049/01 (c.d. “regolamento trasparenza”)¹⁹.

Al riguardo, è facile prevedere che, nonostante la potenziale applicabilità dei dettami contenuti nella sentenza *Pfleiderer* anche al *modus operandi* della Commissione, quest’ultima si mostrerà sicuramente riluttante all’ostensione dei documenti prodotti dalle imprese pentite. Ciò si evince dalle posizioni espresse dalla Commissione nei procedimenti in cui essa è recentemente intervenuta nella veste di *amicus curiae* (cause *Pfleiderer* e *National Grid Electricity*²⁰) ovvero in qualità di resistente in un’azione di annullamento (causa *CDC Hydrogene Peroxide*)²¹. Tale ultimo procedimento sembra essere di particolare interesse, dal momento che la pronuncia del Tribunale offre delle indicazioni cui potrebbero far riferimento i giudici nazionali nell’applicazione della formula *Pfleiderer*.

La *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims*, società che si occupava di difendere gli interessi e di recuperare i crediti delle imprese lese dal cartello del perossido di idrogeno e perborato sanzionato dalla Commissione²² (“CDC”), aveva richiesto l’accesso all’indice del fascicolo, sul fondamento degli

sto, a considerare il principio di equivalenza ed effettività. Ne conseguirebbe, allora, un ampio margine di manovra per le corti nazionali, le quali potrebbero evitare la divulgazione dei documenti relativi ai programmi di clemenza, considerato che, seppur utili ai fini dell’azione risarcitorie, sono rari i casi in cui l’effettivo conseguimento del ristoro dei danni subiti dipende dall’accesso al *leniency material*.

¹⁷ Sentenza *Pfleiderer*, dispositivo.

¹⁸ *Ivi*, punto 31.

¹⁹ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all’accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, *GUCE* L 145, 31 maggio 2001, p. 43 ss.

²⁰ Sentenza della *High Court of Justice* del 4 luglio 2011, *National Grid Plc v. ABB Ltd and others* [2011] EWHC 1717 (Ch), reperibile *online*.

²¹ Sentenza del Tribunale del 15 dicembre 2011, causa T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²² Decisione della Commissione del 3 maggio 2006, caso COMP/F/C.38.620, *Hydrogen Peroxide and Perborate*, reperibile *online*.

articoli 2, par. 1, e 11, paragrafi 1 e 2, del “regolamento trasparenza”. Successivamente, visto il rigetto della Commissione, basato sulle eccezioni di cui all’art. 4, par. 2, 1° e 3° trattino, di detto regolamento, la CDC aveva proposto ricorso al Tribunale, che lo accoglieva e, per l’effetto, annullava la decisione della Commissione.

Come noto, il “regolamento trasparenza” prevede il più ampio accesso possibile del pubblico ai documenti delle istituzioni e, quindi, le relative eccezioni devono essere interpretate restrittivamente. Nel caso di specie, la Commissione si era appellata, in primo luogo, all’eccezione concernente la tutela degli interessi commerciali (art. 4, par. 2, 1° trattino), rimarcando che le informazioni contenute nell’indice potevano esporre maggiormente ad azioni risarcitorie *antitrust* le imprese presso le quali erano state effettuate verifiche *in loco* e quelle che avevano cooperato in cambio di una riduzione della loro ammenda. Il Tribunale, invece, nell’affermare che la Commissione non aveva dimostrato il pregiudizio concreto ed effettivo ai summenzionati interessi, ha escluso l’indice richiesto dall’ambito applicativo dell’eccezione in parola, essendo un mero inventario di documenti cui va attribuito un valore probatorio relativo nell’ambito di un’azione risarcitoria *antitrust*²³. Infatti, ancorché esso consenta l’individuazione di elementi funzionali al buon esito di tale azione, spetta pur sempre al giudice competente la decisione circa l’ingiunzione o la produzione di detti elementi. In più, in conformità alle sentenze *Courage* e *Manfredi*²⁴, l’interesse dell’impresa membro di un cartello a evitare azioni risarcitorie non può essere qualificato quale “commerciale” ai sensi del “regolamento trasparenza” e, in ogni caso, “non costituisce un interesse degno di tutela, segnatamente alla luce del diritto che spetta a ciascuna persona di chiedere la riparazione del pregiudizio cagionatole da un comportamento atto a restringere o falsare il gioco della concorrenza”²⁵.

In riferimento, poi, all’eccezione concernente la tutela degli obiettivi dell’attività di indagine (art. 4, par. 2, 3° trattino), è stato precisato in primo luogo che, nel caso di un procedimento *antitrust*, la conclusione di tale indagine coincide con l’adozione della decisione definitiva, indipendentemente da un eventuale e successivo annullamento ad opera dei giudici²⁶. In secondo luogo, il Tribunale ha respinto l’interpretazione ampia proposta dalla Commissione, secondo cui l’eccezione in esame potrebbe essere opposta, genericamente, per negare la divulgazione di qualsiasi documento atto a pregiudicare la politica di repressione e prevenzione dei cartelli e, segnatamente, il programma di clemenza²⁷. Più

²³ Sentenza *CDC Hydrogene Peroxide*, punto 48.

²⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*, *Raccolta*, p. I-6297, punti 24 e 26 e del 13 luglio 2006, cause riunite C-295 e 298/04, *Manfredi*, *ivi*, p. I-6619, punti 59 e 61. Per ulteriori approfondimenti v. O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2007, pp. 305-326.

²⁵ Sentenza *CDC Hydrogene Peroxide*, punto 49.

²⁶ *Ivi*, punto 62.

²⁷ Più in dettaglio, secondo la Commissione, nell’ipotesi in cui i *leniency applicants* dovessero temere, a seguito della divulgazione dei documenti presentati nell’ambito delle procedure di clemenza, di essere esposti in modo preferenziale ad azioni per risarcimento danni da parte delle

specificamente, il Tribunale ha concluso che un'interpretazione così ampia della nozione di attività di indagine sarebbe inconciliabile con il principio della massima attuazione del diritto d'accesso di cui al "regolamento trasparenza"²⁸, che, *inter alia*, non presenta elementi tali da riservare all'azione *antitrust* un trattamento diverso rispetto ad altre politiche dell'Unione²⁹. Del resto, i programmi di clemenza e di cooperazione non sono i soli strumenti per garantire il rispetto delle norme *antitrust*, in quanto anche le azioni private sono atte a contribuire in modo sostanziale al mantenimento di una concorrenza effettiva nell'Unione³⁰.

Per quel che importa in questa sede evidenziare, da tale pronuncia sembra dunque possibile evincersi che: (i) l'interesse del *leniency applicant* a non subire azioni risarcitorie conseguenti all'eventuale divulgazione dei documenti trasmessi alla Commissione non è degno di tutela; (ii) l'attuazione del diritto di accesso in tema di procedimenti *antitrust* non presenta una portata diversa rispetto agli altri settori del diritto dell'Unione; (iii) al fine di negare l'accesso, la Commissione deve dimostrare che l'ostensione di un determinato documento – ivi incluso il *leniency material* – arrecherebbe concretamente ed effettivamente un pregiudizio alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine³¹.

3. Plurime sono le problematiche legate all'accesso informativo offensivo in ambito *antitrust*, molte delle quali dovranno trovare risposta nell'immediato futuro. Nella causa *Pfleiderer*, la Corte sembra aver preferito non intervenire in maniera netta, forse in ragione della rimarcata assenza di una disciplina vincolante a livello dell'Unione e, quindi, delle ricadute che un'eventuale pronuncia avrebbe avuto sui diversi sistemi giurisdizionali degli Stati membri. Nondimeno, allo stato attuale, non si può non cogliere un'apertura rispetto ad eventuali provvedimenti di *disclosure* dei documenti afferenti ai programmi di clemenza; o, quantomeno, la compatibilità *prima facie* degli stessi con il diritto dell'Unione, considerata l'assenza di una preclusione all'ostensione del *leniency material*. Del resto, tale impostazione parrebbe trovare conferma anche nella pronuncia del Tribunale nella causa *CDC Hydrogene Peroxide*.

Ciò posto, volgendo nuovamente l'attenzione all'impatto della sentenza *Pfleiderer* sugli ordinamenti degli Stati membri, è opportuno analizzare l'approccio seguito nei primi due casi in cui si è registrata l'applicazione dei principi enucleati dalla Corte.

Assume rilevanza allora, *in primis*, la pronuncia adottata dal giudice tedesco nella causa *Pfleiderer*, a seguito della sentenza della Corte e delle conclusioni dell'Avvocato generale Mazàk. In estrema sintesi, l'*Amtsgericht Bonn* ha deciso

società lese da un'intesa, essi, in futuro, potrebbero astenersi dal cooperare, con un evidente pregiudizio per l'efficacia dei programmi di clemenza (*ivi*, punto 69).

²⁸ *Ivi*, punto 71.

²⁹ *Ivi*, punto 72.

³⁰ *Ivi*, punto 77.

³¹ Tali considerazioni sono state confermate nella recente sentenza del Tribunale del 22 maggio 2012, causa T-344/08, *EnBW Energie Baden c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

di consentire l'accesso soltanto ad una versione non riservata del fascicolo istruttorio, escludendo i documenti interni del *Bundeskartellamt*, nonché le dichiarazioni e le evidenze prodotte dai *leniency applicants*³². Più specificamente, il giudice tedesco ha riconosciuto ed evidenziato l'importanza dei programmi di clemenza per l'effettività della lotta ai cartelli e, conseguentemente, anche per le istanze risarcitorie in ragione della prevalenza, allo stato attuale, delle azioni *follow-on*.

In più, sono state valutate attentamente le posizioni delle parti coinvolte nel procedimento. Quanto ai *whistleblowers*, il giudice tedesco ha rimarcato che il punto 22 della comunicazione del *Bundeskartellamt* relativo all'accesso agli atti ingenera negli stessi un legittimo affidamento circa la protezione delle informazioni trasmesse. Quanto alla *Pfleiderer*, il giudice tedesco, valutati quali fossero gli elementi rilevanti ai fini della sua azione risarcitoria, ha affermato che l'accesso parziale garantito dal *Bundeskartellamt* – consistente nella decisione finale e nelle evidenze raccolte durante il procedimento, ivi incluse quelle relative ai *down raids* – non rendeva impossibile la proposizione di detta azione.

La seconda applicazione della formula *Pfleiderer* si è registrata nella ricordata causa *National Grid Electricity*, nell'ambito della quale l'omonima società aveva introdotto dinanzi all'*High Court of Justice* inglese un'azione risarcitoria, *follow-on* della decisione sanzionatoria della Commissione relativa al cartello delle apparecchiature di comando con isolamento in gas³³. Tale causa è particolarmente significativa poiché testimonia l'impatto della sentenza *Pfleiderer* sulle strategie e le scelte processuali delle imprese proponenti un'azione risarcitoria *antitrust*.

Ed infatti, a seguito della pronuncia della *High Court*, la *National Grid Electricity* ("NGET") ha modificato la propria istanza di accesso agli atti, richiedendo al giudice di ordinare la *disclosure* direttamente ai convenuti, piuttosto che alla Commissione ai sensi dell'art. 15 del regolamento 1/03. Peraltro, diversamente dalla causa *Pfleiderer*, tale istanza non aveva ad oggetto le dichiarazioni autoincriminanti (c.d. *corporate statements*), bensì taluni documenti contenenti richiami e stralci del *leniency material*, vale a dire la versione riservata della decisione della Commissione, nonché le risposte alla comunicazione degli addebiti ed alle richieste di informazioni della Commissione circa il funzionamento e gli effetti del cartello. In aggiunta, nella causa *National Grid Electricity* il giudice inglese ha richiesto l'intervento della Commissione quale *amicus curiae* ex art. 15, par. 3, regolamento 1/03, sulle seguenti questioni: (i) la rilevanza e, in caso positivo, l'applicabilità della formula *Pfleiderer* nel caso di specie, ove la *disclosure* riguardava il materiale fornito nell'ambito del programma di clemenza dell'Unione; nonché (ii) la giurisdizione delle corti nazionali in merito all'ostensione del *leniency material*³⁴.

³² Decisione dell'*Amtsgericht Bonn* del 18 gennaio 2012, caso n. 51 Gs 53/09, reperibile *online*.

³³ Decisione della Commissione del 24 gennaio 2007, caso COMP/F/38.899, *Gas Insulated Switchgear*, reperibile *online*.

³⁴ Le osservazioni della Commissione sono rinvenibili *online* all'indirizzo www.ec.europa.eu/competition. Nel suo intervento, la Commissione non si è pronunciata sull'opportunità di tale *di-*

Dopo aver ricevuto ed esaminato le osservazioni della Commissione, il giudice inglese ha risposto positivamente a entrambe le questioni. Quanto alla prima, è stato evidenziato che nella sentenza *Pfleiderer* la Corte ha preso in considerazione i programmi di clemenza *tout court*, senza operare alcuna distinzione a seconda dell'origine europea o nazionale degli stessi³⁵. Riguardo al secondo punto, il giudice inglese ha rilevato che, da un lato, nessuna disposizione del regolamento 1/03 esclude la giurisdizione degli Stati membri in ordine alle richieste di accesso agli atti³⁶; e, dall'altro, che, in mancanza di una disciplina dell'Unione vincolante in materia, devono trovare applicazione le norme nazionali³⁷.

Invero, al di là di tali considerazioni preliminari, sono le motivazioni sottese al bilanciamento compiuto dal giudice inglese ad essere particolarmente interessanti, perché consentono di individuare taluni dei fattori rilevanti ai fini di tale esercizio. In particolare, sono stati presi in considerazione la gravità e la durata dell'illecito *antitrust*, nonché l'entità delle sanzioni inflitte. Si è parimenti valutata la posizione del *leniency applicant*, affermando l'assenza di condizioni più sfavorevoli rispetto a quelle in cui versavano gli altri membri del cartello. La richiedente, infatti, non era stata l'unica impresa ad essere citata per danni e, in ogni caso, poteva coinvolgere i coautori dell'infrazione nel procedimento risarcitorio mediante la proposizione di una *contribution claim* nei loro confronti. Sicché, sarebbero prive di pregio le preoccupazioni legate all'effetto disincentivante rispetto alle richieste di clemenza. Peraltro, ad avviso del giudice inglese, se tale aspetto fosse stato decisivo o comunque prevalente rispetto agli altri interessi in gioco, la Corte lo avrebbe posto sicuramente in risalto.

Successivamente, il giudice inglese ha attribuito particolare rilevanza alla proporzionalità dell'istanza di accesso, vale a dire la possibilità di acquisire altrove le informazioni richieste³⁸ e, soprattutto, la loro rilevanza ai fini della proposizione di un'azione risarcitoria³⁹. Da ultimo, è stata operata una distinzione tra i documenti richiesti, attribuendo molta importanza alla decisione della Commissione, poiché le affermazioni ivi contenute sono suscettibili di produrre effetti vincolanti sulle corti inglesi.

sclosure. Essa si è soffermata sui fattori rilevanti nel bilanciamento degli interessi di cui alla sentenza *Pfleiderer*, evidenziando soprattutto i potenziali effetti negativi sul funzionamento del programma di clemenza, in conformità al suo precedente intervento dinanzi alla Corte nella causa *Pfleiderer*.

³⁵ Sentenza *National Grid Electricity*, punti 24-26.

³⁶ *Ivi*, punti 27-29.

³⁷ Sentenza *Pfleiderer*, punto 23.

³⁸ Il giudice inglese ha escluso tale possibilità, affermando, in particolare, che le eventuali testimonianze rese dai dipendenti delle imprese partecipanti al cartello non potessero assumere la medesima valenza dei documenti richiesti. Inoltre, nessuno dei convenuti aveva dimostrato che siffatte testimonianze potessero essere realmente raccolte.

³⁹ In proposito, sono state rimarcate le difficoltà relative alla quantificazione del danno e, segnatamente, quelle relative alla ricostruzione dell'ipotetica situazione di mercato in assenza del cartello, nonché la cripticità e l'opacità dei documenti concernenti tale illecito *antitrust* dovute alle strategie volte ad evitare ogni traccia che possa condurre alla sua scoperta.

In conclusione, è stata concessa un'ostensione parziale, tutelando, al contempo, i segreti commerciali delle imprese interessate⁴⁰. In tale ambito, mette conto notare che l'asserito *vulnus* ai programmi di clemenza è stato considerato una “*blanket objection*”⁴¹. Sicché, il giudice inglese è giunto a conclusioni diverse rispetto a quello tedesco. Ugualmente è a dirsi in merito al legittimo affidamento del *leniency applicant*. Infatti, ancorché in conformità alle comunicazioni sui programmi di clemenza del 2002 e del 2006⁴² il *leniency material* non possa essere divulgato, la concessione dell'immunità da un'ammenda o della riduzione del suo importo non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione ad un illecito *antitrust*⁴³. Ad ogni modo, non avendo natura vincolante, tali comunicazioni non producono alcun riflesso sull'applicazione delle norme nazionali relative ai procedimenti civili⁴⁴.

4. Le pronunce delle corti UE e nazionali prima esaminate mettono in luce che l'essenza della formula *Pfleiderer* consiste nella necessità di una ponderazione degli interessi che giustificano la comunicazione delle informazioni fornite spontaneamente dal *leniency applicant* con quelli posti a tutela delle informazioni stesse. In particolare, assumono rilevanza, da un lato, il legittimo affidamento del *leniency applicant* a non vedere disvelati gli elementi forniti nell'ambito di un programma di clemenza; e, dall'altro, il diritto del soggetto leso dall'illecito anticoncorrenziale all'ottenimento dei medesimi elementi per la proposizione di un'azione risarcitoria volta ad ottenere il ristoro dei danni subiti.

Invero, tale conflitto, che caratterizza, per definizione, la disciplina dell'accesso nei procedimenti *antitrust*, rappresenta il nodo centrale di una questione ben più ampia relativa al rapporto tra la promozione dei programmi di clemenza e la valorizzazione del *private enforcement* delle norme *antitrust*, nel cui quadro si riscontra una delle più evidenti contraddizioni dell'attuale fase di applicazione del diritto *antitrust*⁴⁵.

Come già evidenziato, per un verso, la consapevolezza di un'eventuale divulgazione dei documenti prodotti potrebbe disincentivare le *leniency applications*, considerato poi che le informazioni ivi contenute possono costituire

⁴⁰ Il giudice inglese, infatti, ha ordinato l'ostensione soltanto di alcuni paragrafi della versione riservata della decisione della Commissione, nonché delle risposte del *leniency applicant* e di un'altra impresa convenuta in giudizio alle richieste di informazioni della Commissione (sentenza *National Grid Electricity*, punti 56-60).

⁴¹ *Ivi*, punto 52.

⁴² Comunicazioni della Commissione relative all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, *GUCE* C 45, 19 febbraio 2002, pp. 3-5, e *GUUE* C 298, 8 dicembre 2006, pp. 17-22.

⁴³ V. le due citate comunicazioni, rispettivamente, ai punti 31 e 39.

⁴⁴ Sentenza *National Grid Electricity*, punto 34.

⁴⁵ Cfr. V. MELI, *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e i programmi di clemenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 Anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, pp. 435-436.

oggetto di scambio tra la Commissione e le autorità *antitrust* nazionali ai sensi degli articoli 11 e 12 del regolamento 1/03. Per un altro verso, però, secondo costante giurisprudenza, chiunque ha diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un illecito *antitrust*⁴⁶. Tale diritto, inoltre, rafforza il carattere operativo delle regole *antitrust* e scoraggia gli accordi o le pratiche idonee a restringere o a falsare il gioco della concorrenza.

Tali considerazioni lasciano emergere, allora, in primo luogo, che la tensione tra il *public* ed il *private enforcement* è dovuta all'utilizzo di strumenti diversi e, per certi versi, confliggenti, per il conseguimento del medesimo obiettivo: l'applicazione effettiva del diritto *antitrust*⁴⁷. Sennonché, tale tensione è, in un certo qual modo, attenuata nella misura in cui i programmi di clemenza, agevolando l'attività del *public enforcer*, alimentano in misura considerevole l'azione dei privati, in considerazione della complementarità che lega le due aree di intervento⁴⁸.

In secondo luogo, l'interesse dell'autore dell'illecito *antitrust* a non subire un'azione risarcitoria *follow-on* non trova alcun fondamento nel diritto dell'Unione, poiché l'unico vantaggio conseguente all'adesione al programma di clemenza consiste nell'immunità o nella riduzione della sanzione "pubblica"; sicché l'eventuale compressione del diritto di accesso al *leniency material* è preordinata soltanto a non sterilizzare gli effetti dei programmi di clemenza in termini di *public* e *private enforcement*.

Ciò premesso, l'equilibrata composizione degli interessi in gioco e, quindi, l'individuazione delle condizioni alle quali l'accesso viene consentito ovvero delle ragioni per cui va negato, come visto, deve avvenire caso per caso, alla luce di tutti gli elementi rilevanti del procedimento di cui è investito il giudice nazionale.

Ne consegue che, sulla scorta dei precedenti giurisprudenziali prima richiamati, tali elementi sembrano consistere, anzitutto, nella gravità e nella durata dell'infrazione *antitrust*, nonché nell'entità delle sanzioni inflitte⁴⁹ e del danno asserito⁵⁰. Si dovrebbero parimenti valutare le posizioni dei *whistleblowers* e

⁴⁶ V. le citate sentenze *Courage* e *Manfredi*.

⁴⁷ In buona sostanza, il *private enforcement* non è più concepito quale elemento coadiuvante dell'azione pubblica, bensì come uno strumento antitetico e di contrasto alla sua implementazione. V., in tal senso, M. MELI, *I programmi di clemenza e l'azione privata*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, pp. 247-263; e M. SCUFFI, *I difficili rapporti tra i programmi di clemenza ed il private enforcement nel diritto antitrust*, in *Il diritto industriale*, 2010, p. 471 ss.

⁴⁸ Tale appare essere l'impostazione più conforme ai dettami dell'Unione, atteso che il 7° 'considerando' del regolamento 1/03 prevede che "[l]e giurisdizioni nazionali (...) tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni [e] svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri (...)". V. in dottrina M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia antitrust*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, p. 171 ss.

⁴⁹ Sentenza *National Grid Electricity*, punto 37.

⁵⁰ V., in tal senso, C. CAUFFMAN, *Access to Leniency-related Documents after Pfeleiderer*, in *World Competition*, 2011, p. 605.

del soggetto richiedente l'accesso, da un lato, nonché la tipologia dei documenti e delle informazioni interessate da tale istanza, dall'altro, alla luce del principio di tutela giurisdizionale effettiva sancito dall'art. 6 CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In tale ambito, rivestirebbe particolare importanza il test di proporzionalità, al fine di accertare l'esistenza di fonti alternative da cui attingere gli elementi richiesti e, soprattutto, la loro rilevanza rispetto allo scopo perseguito: la possibilità di ottenere l'effettivo ristoro dei danni subiti⁵¹. In aggiunta, dovrebbero essere adottati i rimedi necessari in presenza di dati commerciali sensibili e di documenti interni⁵².

In tal modo, l'accesso al *leniency material* sarebbe circoscritto ai casi in cui se ne riscontri l'effettiva necessità, limitando sensibilmente la percezione del *leniency applicant* in merito ad eventuali automatismi rispetto all'ostensione dei documenti prodotti a seguito dell'adesione al programma di clemenza.

Il precedente *excursus* giurisprudenziale consente, poi, di cogliere indicazioni importanti anche dal punto di vista procedurale. In tale contesto, assume rilevanza lo stato in cui versa il procedimento *antitrust* dal quale trae origine l'azione risarcitoria, rispetto al quale sembra plausibile affermare che l'impugnabilità della decisione ovvero la pendenza di un'impugnazione della stessa non ostacolano un eventuale provvedimento di *disclosure*. Ciò che conta è il momento della chiusura del procedimento⁵³.

Quanto al soggetto cui rivolgere l'istanza di accesso, l'affermazione della giurisdizione nazionale anche in relazione alle informazioni fornite nell'ambito di programmi di clemenza europei sembra autorizzare la proposizione di tali richieste anche al giudice investito della controversia risarcitoria sulla base della normativa nazionale. Come a dire che i soggetti interessati possono formulare un'istanza di accesso sia al giudice nazionale che alla Commissione sulla base del "regolamento trasparenza". Peraltro, in tale ultima ipotesi, l'applicazione della formula *Pfleiderer* ai programmi di clemenza europei sembra imporre anche alla Commissione il sopraccitato bilanciamento di interessi, qualora essa si appelli all'eccezione di cui all'art. 4, par. 2, 3° trattino, del "regolamento trasparenza". Esercizio reso più difficile dal fatto che la Commissione si trova in una posizione meno privilegiata rispetto al giudice nazionale nelle valutazioni concernenti la normativa interna applicabile e gli elementi rilevanti del procedimento principale.

⁵¹ Al riguardo, sarà interessante valutare l'incidenza della formula *Pfleiderer* sulle azioni risarcitorie *follow-on* eventualmente proposte dai consumatori finali. Infatti, le risorse limitate di tali soggetti, nonché le conseguenti notevoli difficoltà incontrate nella ricerca di elementi probatori volti a dimostrare la dipendenza del danno subito dall'infrazione *antitrust*, potrebbero indurre i giudici nazionali a manifestare un'apertura maggiore rispetto alle istanze di accesso dei consumatori.

⁵² Infatti, mentre l'interesse del *leniency applicant* a non essere pregiudicato da un'azione risarcitoria non rinviene alcuna tutela nel diritto dell'Unione, la tutela dei segreti commerciali e delle informazioni sensibili trova riconoscimento nell'art. 339 TFUE. Pertanto, tali dati dovrebbero quantomeno essere inclusi nel novero degli elementi rilevanti. V., in tal senso, C. CAUFFMAN, *op. ult. cit.*, p. 606.

⁵³ Sentenza *CDC Hydrogene Peroxide*, punto 62.

Da ultimo, vale la pena evidenziare che, laddove il giudice nazionale, nell'impossibilità di acquisire i documenti richiesti presso le parti del procedimento risarcitorio, formuli una richiesta *ex art. 15, par. 1, regolamento 1/03*, non è ancora chiaro se la Commissione debba meramente attenersi alle valutazioni già compiute da tale giudice o possa invece opporsi. Ebbene, la prima soluzione sembra essere quella preferibile, giacché il giudice nazionale, avendo maggiore conoscenza degli elementi del contenzioso risarcitorio, è in grado di valutare la rilevanza di tali documenti in maniera più approfondita.

5. I programmi di clemenza hanno fatto ufficialmente ingresso nell'ordinamento *antitrust* italiano nel 2007, a seguito dell'adozione, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), della delibera, avente natura regolamentare o carattere paranormativo, attuativa del nuovo art. 15, co. 2-*bis*, della l. 10 ottobre 1990, n. 287⁵⁴. La comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 l. 287/90, introdotta mediante tale delibera, è stata recentemente modificata⁵⁵. Conseguentemente, al punto 10-*bis* è ora stabilito che "ai soggetti terzi, anche se intervenuti nel procedimento, non è accordato l'accesso né alle dichiarazioni confessorie né alla documentazione allegata".

Tale preclusione delinea una situazione del tutto speculare a quella dell'Unione in tema di accesso informativo offensivo alla documentazione istruttoria. Infatti, nei confronti dell'AGCM trova altresì applicazione il co. 7 dell'art. 24 della l. 7 agosto 1990, n. 241, ai sensi del quale deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

Siffatte prerogative, però, non possono risultare più ampie di quelle riconosciute dall'art. 13 del d.p.r. n. 217/1998 alle parti del procedimento istruttorio ai fini del contraddittorio. Diversamente opinandosi, si offrirebbe una lettura palesemente irrazionale del sistema normativo nel suo complesso. Trovano dunque parimenti applicazione le garanzie di riservatezza delle informazioni di carattere commerciale, industriale e finanziario, nonché di inaccessibilità agli atti contenenti i segreti commerciali di cui al predetto art. 13 del d.p.r. 30 aprile 1998, n. 217, che possono essere superate solo alle condizioni previste dalla stessa disposizione ovvero specificamente laddove tali atti risultino essenziali per la difesa⁵⁶. Tuttavia, ciò non preclude l'accesso richiesto in via definitiva

⁵⁴ Delibera dell'AGCM del 15 febbraio 2007, n. 16472, recante la comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della l. 287/90, modificato in tal senso con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. nella l. 4 agosto 2006, n. 248. Per un'analisi della disciplina così introdotta, v. R. MASTROIANNI, *Osservazioni sul sistema italiano di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: i recenti sviluppi*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2007, pp. 21-63; M. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, p. 201 ss.; F. NICOLINI, *Il programma di clemenza italiano e il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: prime applicazioni*, in *Giustizia amministrativa*, 2007, p. 731 ss.

⁵⁵ Delibera dell'AGCM del 6 maggio 2010, n. 21092.

⁵⁶ TAR Lazio, sentenza del 10 febbraio 2012, n. 1344, punto 7.

poiché, al fine di superare i gravi incombenti cui si è onerati in qualità di parte attrice nel giudizio civile, si potrà ricorrere agli strumenti all'uopo predisposti dal codice di procedura civile, quali, ad esempio, l'art. 210 c.p.c.⁵⁷.

Tale conclusione trova conferma nella recente giurisprudenza amministrativa. Nella causa *Alitalia c. AGCM*, infatti, il giudice di prime cure ha affermato che, laddove l'accesso informativo autorizzato dall'autorità amministrativa non consentisse alla parte attrice di fornire adeguata prova del proprio buon diritto nel giudizio civile, quest'ultima potrebbe ricorrere agli altri strumenti previsti dal nostro ordinamento per ottenere l'esibizione della documentazione da utilizzare nel medesimo giudizio, segnatamente quelli di cui agli articoli 210 e 213 c.p.c.⁵⁸. Tali disposizioni, come noto, attribuiscono al giudice civile, nel primo caso, su istanza di parte, il potere di ordinare alla parte o ad un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione e di cui sia certa o non contestata l'esistenza in natura; e, nel secondo caso, a richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che ritiene necessario acquisire al processo⁵⁹.

In presenza di un'azione risarcitoria *follow-on* di una decisione sanzionatoria adottata dall'AGCM, si verrebbe, allora, a delineare uno scenario del tutto assimilabile a quello analizzato nella causa *National Grid Electricity*, atteso che l'art. 213 c.p.c. sembra essere, in un certo qual modo, paragonabile all'art. 15, par. 1, regolamento 1/03. Di conseguenza, laddove l'AGCM si rifiuti di dare un riscontro positivo alla richiesta del giudice *ex art. 213 c.p.c.*, senza fornire una motivazione adeguata – sulla falsariga di quella richiesta dal Tribunale nella sentenza *CDC Hydrogene Peroxide* –, si potrebbe rilevare il contrasto con l'art. 101 TFUE, essendo il giudice civile il soggetto competente ad effettuare il bilanciamento *Pfleiderer*⁶⁰.

⁵⁷ TAR Lazio, sentenza del 2 novembre 2009, n. 10615.

⁵⁸ TAR Lazio, sentenza del 10 febbraio 2012, n. 1344, punto 11. Peraltro, tali strumenti sono stati già utilizzati in tre recenti casi: il Tribunale di Palermo, in un'azione per danni conseguente ad un'istruttoria dell'AGCM chiusa con impegni (caso A417), ha accolto l'istanza di esibizione formulata *ex art. 210 c.p.c.* (cfr. ordinanza del Tribunale di Palermo del 15 luglio 2011); la Corte di Appello di Roma ed il Tribunale di Milano, nell'ambito di due *follow-on actions* di un procedimento chiuso con decisione di accertamento e condanna (caso I124) e di un altro concluso con impegni (caso A357) hanno fatto ricorso all'art. 213 c.p.c. (cfr. le ordinanze della Corte di Appello di Roma dell'8 maggio 2011 e del Tribunale di Milano del 20 maggio 2011).

⁵⁹ Tuttavia, anche tali norme non sembrano garantire l'effettiva possibilità di accesso, in ragione delle modeste conseguenze in caso di inadempimento. Cfr. A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust, in Mercato concorrenza regole*, 2012, p. 93. Ed infatti, l'AGCM ha addirittura opposto alla predetta richiesta del Tribunale di Milano *ex art. 213 c.p.c.*, mediante la quale era stata manifestata la necessità di acquisire una versione non segretata della Comunicazione delle risultanze istruttorie ("CRI") e determinati documenti ivi menzionati, il segreto di ufficio ai sensi dell'art. 14, commi 3 e 4, l. 287/90, nonché degli articoli 12 e 13, commi 3 e 4, d.p.r. 217/98 in ragione della asserita natura riservata delle informazioni contenute in tali documenti.

⁶⁰ Rispetto a tale questione, alcuni commentatori hanno sostenuto che, sebbene l'amministrazione goda di un'ampia discrezionalità in merito ad una richiesta di informazioni *ex art. 213 c.p.c.*,

Beninteso, per quanto detto in precedenza, il giudice italiano, allorché sia impossibile reperire i documenti ritenuti necessari dai richiedenti il programma di clemenza dell'Unione, potrebbe parimenti rivolgere alla Commissione un'istanza di trasmissione ai sensi del sopraccitato art. 15, par. 1, regolamento 1/03. Allo stesso modo, dovranno pur sempre essere adottati i dovuti accorgimenti imposti dalla tutela della riservatezza dei dati sensibili e dei segreti commerciali.

Del resto, sembra avallare tale ricostruzione anche la recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui il processo civile è il luogo naturale della composizione delle esigenze di difesa, di riservatezza e di corretta esecuzione del processo⁶¹. Vengono, inoltre, riconosciuti la peculiare rilevanza del diritto ad agire in giudizio, nonché il ruolo del giudice come garante della riservatezza⁶².

Sicché, sarà interessante verificare se la giurisprudenza amministrativa applicherà il *favor* mostrato in tema di accesso defensionale⁶³ anche alle richieste di accesso informativo offensivo, essendo, anch'esse, funzionali all'esercizio del diritto ad agire in giudizio di cui all'art. 24 della Costituzione.

6. L'individuazione di un giusto equilibrio tra gli interessi contrapposti prima menzionati, tale da preservare l'*appeal* dei programmi di clemenza ed evitare ricadute negative sulle azioni private, è un compito che, in ragione dell'assenza di un regime normativo comune nel diritto dell'Unione, spetta non solo ai giudici ma anche ai legislatori nazionali⁶⁴. Questi ultimi, secondo la Corte, potranno adottare i provvedimenti legislativi necessari a colmare tale lacuna normativa⁶⁵. A nostro modo di vedere, invece, sembrerebbe opportuno e necessario un intervento di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione.

In primo luogo perché, diversamente opinando, si correrebbe il rischio di precludere la formazione di un *level playing field* in tema di accesso agli atti, generando un'evidente disparità tra le vittime degli illeciti *antitrust* quanto alla possibilità di un accesso informativo offensivo ovvero alla portata dello stesso. Tale rischio, poi, è ancora più elevato in quanto, considerato che le azioni risarcitorie possono essere altresì delle azioni *follow-on* dei provvedimenti sanzionatori della Commissione, si potrebbe venire a creare un diverso approccio tra la stessa e le autorità *antitrust* nazionali⁶⁶. Si potrebbero inoltre incentivare feno-

al fine di tutelare un pubblico interesse, un eventuale rifiuto si porrebbe in contrasto con il principio di cooperazione tra autorità giudiziaria ed amministrativa, previsto dal codice di rito e corroborato in ambito *antitrust* dal regolamento 1/03. V., in tal senso, A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto Amministrativo*, 2010, p. 503-553.

⁶¹ V., in tal senso, Cassazione civile, SS.UU., sentenza dell'8 febbraio 2011, n. 3034.

⁶² *Ivi*.

⁶³ Consiglio di Stato, sentenza del 3 febbraio 2011, n. 783, ove viene riconosciuta una tutela preminente all'accesso defensionale rispetto alle istanze di riservatezza.

⁶⁴ Sentenza *Pfleiderer*, punto 23.

⁶⁵ Ed infatti, a seguito della sentenza *Pfleiderer*, il Ministro tedesco dell'economia, nel più ampio quadro della riforma sulla disciplina *antitrust* nazionale, ha proposto l'adozione di una misura normativa volta ad escludere l'accesso dei terzi alle domande di clemenza ed al *leniency material*.

⁶⁶ Valga da esempio la predetta proposta del Ministro tedesco dell'economia, che, se approvata,

meni di *forum-shopping*, aumentando il divario già abbastanza significativo tra i livelli di sviluppo del *private enforcement* nei singoli Stati membri.

In secondo luogo, nella sentenza *Pfleiderer* si è discusso soltanto dei programmi di clemenza, mentre le medesime problematiche potrebbero interessare anche i *settlements*⁶⁷, essendo anch'essi basati sulla cooperazione delle imprese le cui condotte sono oggetto di scrutinio da parte delle autorità *antitrust*⁶⁸.

In terzo luogo, un intervento a livello dell'Unione si rende necessario, da un lato, al fine di non frustrare l'obiettivo principale del regolamento 1/03 consistente nella corretta ed uniforme applicazione del diritto *antitrust* dell'Unione; e, dall'altro, perché la chiarezza e la certezza delle norme *antitrust* sono essenziali al suo effettivo *enforcement*. In più, la configurazione di sistemi diversi nei vari Stati membri potrebbe generare disequilibri in termini sia di *public* – imprese più o meno incentivate all'adesione ai programmi di clemenza – che di *private enforcement* – soggetti più o meno agevolati nella proposizione di azioni *antitrust* risarcitorie⁶⁹.

La ricerca di una soluzione ottimale spinge a considerare, allora, le misure individuate dalla Commissione nel libro verde e nel libro bianco in materia di danno *antitrust*, nonché quelle proposte o già in vigore in talune normative nazionali.

Il libro verde prevede tre soluzioni alternative. La prima consiste nell'esclusione dell'obbligo di rivelare una richiesta di trattamento favorevole, in modo da proteggere la riservatezza delle comunicazioni trasmesse⁷⁰. Le altre due solu-

garantirebbe una tutela più ampia di quella derivante dall'approccio seguito dalla Commissione, poiché non è operata alcuna distinzione tra *corporate statements* e documenti progressi.

⁶⁷ V. il regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, *GUUE* L 123, 27 aprile 2004, pp. 18-24, come modificato dal regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione, del 30 giugno 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli, *ivi* L 171, 1° luglio 2008, p. 3 ss.; e la comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, *ivi* C 167, 2 luglio 2008, p. 1 ss. (c.d. comunicazione *Settlements*).

⁶⁸ Vedi C. CAUFFMAN, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, in *The Competition Law Review*, 2011, p. 190, ove si evidenzia che l'accesso al fascicolo istruttorio è ancora più circoscritto nei *settlements*.

⁶⁹ Tale sembra essere anche la posizione della Commissione, la quale si è impegnata a realizzare un'iniziativa legislativa in materia di azioni risarcitorie *antitrust* nel corso del 2012. L'obiettivo è di "garantire azioni di risarcimento danni efficaci dinanzi ai tribunali nazionali per violazioni delle norme UE in materia di *antitrust* e chiarire come interagiscono tali azioni intraprese su iniziativa di privati con l'applicazione delle norme a livello pubblico da parte della Commissione e dalle autorità nazionali garanti della concorrenza, in particolare per quanto riguarda la protezione dei programmi di trattamento favorevole, in modo da preservare il ruolo centrale dell'applicazione delle norme a livello pubblico nell'UE (...)": Allegato alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 15 novembre 2011, Programma di lavoro della Commissione per il 2012, COM(2011)777 def., p. 3.

⁷⁰ Libro verde, punto 28.

zioni intervengono, viceversa, sul piano premiale⁷¹, stabilendo, rispettivamente, la concessione di uno sconto sul *quantum* risarcibile e l'eliminazione della regola della responsabilità solidale. Il libro bianco riproduce e sviluppa la prima soluzione⁷², scarta l'ipotesi dello sconto e rimodula l'altra alternativa premiale, prevedendo che ciascuna impresa sarà responsabile solo verso le controparti contrattuali dirette e indirette⁷³.

Sulla scorta di tali comunicazioni, parte della dottrina afferma che non si possa prescindere dall'attribuzione di una speciale forma di riservatezza a tutti gli elementi forniti dai richiedenti la *leniency*⁷⁴. Altri ritengono che una soluzione più equa ed opportuna consisterebbe nel garantire l'accesso pieno al *leniency material* e, al contempo, in una riduzione della responsabilità civile ad opera del giudice nazionale investito della controversia⁷⁵. Vi è poi chi ha individuato come modello normativo più virtuoso quello in vigore nell'ordinamento ungherese, ove si prevede la sospensione dell'azione risarcitoria sino al passaggio in giudicato della decisione amministrativa di condanna nonché il beneficio, previsto a favore dell'*immunity recipient*, di preventiva escussione delle somme liquidate a titolo di risarcimento per danno *antitrust* nei confronti degli altri membri del cartello, facendo salva la possibilità per questi ultimi di agire in regresso verso l'*immunity recipient*⁷⁶.

Orbene, in riferimento alle disposizioni da adottare, appare preferibile “blindare” l'efficacia dei programmi di clemenza, limitandosi alla cristallizzazione normativa della tesi avanzata dall'Avvocato generale Mazàk soltanto a favore del *leniency applicant* che ha conseguito l'immunità: si dovrebbe impedire la *disclosure* delle dichiarazioni autoincriminanti e degli elementi successivamente prodotti da tale soggetto, nonché delle parti dei documenti dei procedimenti *antitrust* che riproducono le informazioni contenute nel *leniency material*; di contro, andrebbe concessa l'ostensione dei documenti preesistenti in quanto indipendenti dai programmi di clemenza.

Viceversa, nei confronti degli altri *leniency applicants* – a prescindere dal conseguimento della riduzione della sanzione – dovrebbero trovare applicazione le regole proposte dal libro bianco in materia di accesso alle prove. E cioè, l'ostensione del *leniency material* dovrebbe essere disposta dal giudice nella misura in cui, in un procedimento risarcitorio per danno *antitrust*, l'attore abbia soddisfatto le seguenti condizioni: (i) illustrato tutti i fatti e mezzi di prova raccolti, dai quali emergano motivi plausibili per ritenere che egli abbia subito un

⁷¹ Cfr. M. MELI, *op. cit.*, p. 255.

⁷² Libro bianco, punto 11.

⁷³ *Ivi*.

⁷⁴ V. COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE, *Tre voci sul libro bianco in materia di risarcimento del danno per violazioni di norme antitrust comunitarie*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 508 ss.

⁷⁵ C. PESCE, *Il Programma di clemenza europeo e la tutela dei singoli*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 176.

⁷⁶ C. CAUFFMAN, *The Interaction*, cit., p. 216.

danno conseguente alla violazione *antitrust* ascrivibile al convenuto; (ii) dimostrato in modo sufficiente l'impossibilità di reperire altrove le prove richieste; (iii) specificato le categorie di prove da divulgare; e (iv) dimostrato in modo sufficiente al giudice la rilevanza e la proporzionalità del provvedimento di ostensione⁷⁷. In ogni caso, dovrebbero essere adottati i rimedi necessari in presenza di dati commerciali sensibili e di documenti interni.

Le misure proposte consentirebbero, da un lato, di aumentare ancor di più la tensione tra le imprese partecipanti ad un cartello circa un eventuale “pentimento” e, dall'altro, di assicurare il rispetto del principio di tutela giurisdizionale effettiva e dell'onere della prova. Sarebbe tutelato altresì il legittimo affidamento dei *leniency applicants*, poiché l'eventuale *disclosure* avverrebbe soltanto in caso di accertamento delle predette condizioni da parte del giudice investito della controversia. Del resto, il *leniency applicant* non si troverebbe in una posizione sfavorevole rispetto ai coautori dell'infrazione, in ragione del regime di responsabilità solidale conseguente all'illecito *antitrust*.

Pertanto, l'approccio proposto sembra assicurare un giusto temperamento degli interessi in gioco e, al contempo, preservare la complementarità tra il *public* ed il *private enforcement*. Superflui appaiono, invece, gli altri incentivi prima menzionati, rispetto ai quali vi potrebbero essere dei problemi di compatibilità con i principi di fondo del sistema *antitrust* europeo⁷⁸.

Infine, sarebbe opportuno valutare l'ipotesi di estendere tali considerazioni anche ai *settlements* e, dunque, di intervenire anche sull'accesso agli atti riferibili a tali procedure, tenendo conto, evidentemente, delle specificità relative al funzionamento di detti strumenti deflattivi. In estrema sintesi, le imprese che aderiscono a tale procedura riconoscono di aver partecipato ad un cartello e, quindi, si assumono la relativa responsabilità, in cambio di una riduzione del 10% dell'ammenda inflitta dalla Commissione per la violazione *antitrust* accertata. Pertanto, considerato che anche i *settlements* sono basati sulla collaborazione delle imprese le cui condotte sono sottoposte al vaglio della Commissione, si potrebbero delineare le medesime problematiche legate all'accesso informativo offensivo al *leniency material*. Le vittime dell'illecito *antitrust* intenzionate a proporre un'azione risarcitoria, infatti, potrebbero richiedere l'ostensione della proposta di transazione dei membri di un cartello che hanno aderito alla procedura in parola (c.d. *settlements submissions*), in ragione del contenuto della stessa: il riconoscimento “in termini chiari e inequivocabili” della loro responsabilità per l'infrazione, nonché una breve descrizione degli elementi che la caratterizzano⁷⁹.

Al riguardo, è facile prevedere l'esito negativo di tale richiesta, poiché la Commissione ritiene che, in generale, la divulgazione al pubblico della proposta di transazione – nonché dei documenti e delle dichiarazioni scritte o registrate,

⁷⁷ Libro bianco, punti 5 e 6.

⁷⁸ Cfr. M. MELI, *op. cit.*, p. 263.

⁷⁹ Cfr. la comunicazione *Settlements*, punto 20.

ricevute nell'ambito dei *settlements* – arrechino pregiudizio a determinati interessi pubblici o privati quali, ad esempio, la tutela degli obiettivi delle attività ispettive e di indagine ai sensi dell'art. 4, par. 2, del “regolamento trasparenza”, anche dopo l'adozione della decisione finale⁸⁰.

Abstract

The Difficult Relationship between Public and Private Enforcement: The Issue of Access to Leniency Documents

This article deals with the interaction of public and private enforcement, with particular regard to the issue of the access to leniency documents by parties who allege to have suffered loss as a result of anticompetitive agreements.

To this purpose, we will examine the principles laid down by the Court of Justice of European Union in the *Pfleiderer* case, in order to assess its impact on national judgments applying those principle as well as to envisage possible scenarios in Italian legal system. Following that, we will make a few points on the main features related to the access to leniency documents, such as leniency applicants' legitimate expectations, leniency programs' effectiveness and the victim's right to damages under Article 101 TFEU.

The aim is to provide a solution which allows to weigh up the interests involved and to strike the right balance between the two pillars of competition enforcement.

⁸⁰ *Ivi*, punto 40.



Memorie

Massimo Panebianco*

La Scuola “romana” dei conflitti di leggi di fine '600

SOMMARIO: 1. Le scuole romanistiche tradizionali e la Scuola “romana” dopo Westphalia (1648). – 2. I conflitti nel *common law* e nel *civil law*. – 3. Il diritto giurisprudenziale come scienza casistica dei conflitti verticali e orizzontali di leggi e come “pratica moralizzata”. – 4. Rilettura conflittualistica dell’opera di Giovan Battista De Luca in combinazione tra legge “meglio collegata” e deontologia etico-professionale. – 5. Il *Theatrum veritatis et justitiae* come sistema forense decentrato e suo progresso rispetto alla teoria statutaria classica.

1. Nell’ultimo ventennio del XVI secolo si realizzarono nel sistema degli Stati europei eventi importanti di trasformazione dell’ordinamento giuridico, determinati dalla cosiddetta “era di Westphalia” e contrassegnati dall’evoluzione delle scuole romanistiche tradizionali “statutarie” nonché tra esse della stessa scuola accademica e forense localizzata nella città di Roma come capitale degli Stati Pontifici. Trattasi del fenomeno che va sotto il nome di disciplina dei “conflitti di leggi”, la cui indiscussa fortuna permane ancor oggi nel mondo giuridico anglo-americano in virtù del suo ampio riferimento alla coesistenza fra regole di diritto di Stati diversi nel settore sia privato che pubblico. L’espressione conflitti veniva utilizzata come sinonimo di altre, come concorso o collisione, non del tutto coincidenti rispetto alla prima ma comunque ritenute equivalenti nell’uso corrente sia forense che accademico. Tale era d’esempio quella del “concorso” fra leggi o statuti comunali o statali poste in posizione di concorrenza reciproca su basi di parità, ovvero di eguale partecipazione alla vita giuridica internazionale. Più marcata era invece l’altra espressione, anch’essa riscontrabile a distanza di tempo, riferita a vere e proprie collisioni fra regole di diritto naturale o positivo, pubblico o privato, valutate come contrapposte o antagoniste l’una rispetto all’altra per contenuto o finalità rispettive. Come è noto solo a partire dagli inizi del ’800 alla predetta sostanziosa ma incisiva terminologia, altre e ancora vigenti ne furono sostituite miranti ad eliminare i significati predetti con altri maggiormente allusivi ad aspetti riferibili alla vita “inter-nazionale” dei soggetti pubblici e privati (cosiddetto diritto internazionale privato).

Il suddetto fenomeno, originato da una diversa composizione dell’Europa di Westphalia, priva di soggetti imperiali centrali e dotata di una propria composizione pluralistica e decentrata, avveniva ovviamente all’ombra della persistente

* Già ordinario di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Salerno.

validità del diritto romano moderno, ritenuto ancora applicabile come diritto generale o almeno come insieme di principi propri agli Stati europei. Come è noto in vero, le scuole romanistiche tradizionali, medievali, rinascimentali e moderne continuavano a manifestare una ininterrotta validità, nel nome del c.d. *usus modernus Pandectarum*. Con le edizioni ufficiali, ormai diffuse a stampa su larga scala sia editoriale che tipografica, si esprimevano veri e propri programmi pandettistici con l'obiettivo di fotografare una sempre valida ricomposizione fra diritto generale o comune e diritti particolari sia statali che locali. Con la ben nota espressione *Digestum novum* ci si riferiva alla ripubblicazione del testo storico dei 50 libri editi a partire dal 530 d.C. nella grande compilazione giustiniana, poi apparsi e conservati in modo più o meno fortunoso sul continente europeo a partire dall'XI secolo d.C. Gli stessi venivano presentati con le integrazioni dei testi forniti dai glossatori e commentatori delle Scuole sia italiane che francesi, moltiplicatesi nei secoli successivi. Tali erano le denominazioni correnti grazie alle quali la Scuola italiana veniva chiamata "bartolina" (da Bartolo di Sasso Ferrato), mentre quella francese o gallicana era indicata con l'espressione "cuiaciana" (da Cujas de Cujas)¹.

Con l'espressione Scuola romana ci si riferisce pertanto ad una scuola di tradizione romanistica, localizzata per ragioni istituzionali intorno agli enti propri del cosiddetto Stato pontificio. Essa ovviamente svolgeva un ruolo emblematico e rappresentativo in collegamento con altre istituzioni degli Stati italiani pre-unitari. Si inseriva nel circuito dei grandi tribunali (Rota romana), delle istituzioni accademiche (Collegio romano) ed ovviamente degli enti di governo (Curia romana). Ne derivavano, sia un ruolo nazionale sul territorio italiano² sia un più ampio ruolo europeo nei circuiti rappresentati dalla vita interstatale del tempo. Il primo risulta ovviamente già ben esplorato e descritto. Il secondo, invece, concernente la teoria della Scuola romana dei conflitti di leggi alla fine del '600, non ha ricevuto fin ora, per ragioni varie, l'attenzione che avrebbe meritato³.

Il circuito europeo della Scuola giuridica romana è stato analizzato come rappresentativo di un forte interesse al diritto giurisprudenziale come fonte privilegiata

¹ Citiamo come edizione, in un certo senso ufficiale, quella veneziana del 1562, avente un titolo corredato da un successivo programma editoriale: *Pandectarum, seu Digestorum iuris civilis, quibus iurisprudentia ex veteribus iureconsultis desumpta, libris L continetur; Quod Digestum novum vulgò appellant: Cum Accursij Commentarijs, et doctissimorum uirorum annotationibus. Omnia diligentissime purgata et recognita. Accessit rerum, e verborum insignium index locupletissimus. Editio postrema*, Venetiis, 1569, apud NICOLAUM BEUILAQUA.

² Cfr. sulla tradizione romano-veneta il contributo di M. PANEBIANCO, *Lo spazio dei diritti fondamentali nell'Italia pre-unitaria*, in *Pace e diritti umani*, 2013, in corso di stampa. Sulla tradizione romano-napoletana dello stesso periodo è importante la citazione di un'opera classica del 1701, pubblicata originariamente a Napoli, concernente le origini del diritto civile romano attraverso la storia millenaria dei suoi aggiornamenti italiani e europei: G. GRAVINA, *Originum iuris civilis libri tres*, a cura di F. Lomonaco, presentazione di F. Tessitore, II, Napoli, 2004.

³ Cfr. sul tema l'opera G. B. DE LUCA, *Conflictus legis, et rationalis, (sive observationes. In ijs legalibus propositionibus, quae rationi repugnare videntur, vel illa carere, ex theatro veritatis, e iustitiae) lib. 16. Supplem. Par. 3 post tit. de Success. Ab intestat. Pars II*, Romae, 1678.

rispetto a quello “legislativo”⁴. Studi particolarmente meritori hanno colto le analogie di lungo periodo⁵, suscettibili di offrire una base di comparazione con il *common law* anglo-americano, a partire da tale periodo di intersezione a cavallo tra '6-700⁶. Tanto non significa ovviamente offuscare il significato della Scuola romana come espressione di un “diritto pontificio” proprio⁷ inteso come diritto superiore o primario⁸, e come diritto regolatore degli enti centrali di governo della Chiesa cattolica⁹.

2. Nell'ultimo ventennio del XVI secolo la Scuola romana dei conflitti di leggi¹⁰ si inserisce in un ben preciso contesto di precedenti o simultanee dottrine

⁴ Fondamentali restano le ricerche di G. GORLA cui si deve la vera riscoperta di G. B. De Luca come autore antesignano del diritto giurisprudenziale e locale. Cfr. G. GORLA, *Per una ricerca storico-comparativa sulla nota a sentenza*, in *Quaderni del Foro italiano*, 1968, p. 19 e *passim*; ID., *Il ricorso alla legge di un “luogo vicino” nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Il Foro italiano*, 1973, V, c. 89 e *passim*; ID., *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1977, pp. 468, 471, 473, 482; ID., *Unificazione “legislativa” e unificazione “giurisprudenziale”. L'esperienza del diritto comune*, in *Il Foro italiano*, 1977, V, c. 91 e *passim*; ID., *Iura naturalia sunt immutabilia. I limiti al potere del “Principe” nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti del IV Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto dedicato a B. Paradisi*, Firenze, 1982, p. 640 e *passim*.

⁵ Cfr. R. DE MATTEI, *L'idea democratica e contrattualista negli scrittori politici italiani del Seicento*, in *Rivista storica italiana*, 1948, pp. 38-42; ID., *Il problema della “ragion di Stato” nell'età della Controriforma*, Milano-Napoli, 1979, pp. 64, 258, 278, 290 ss.; ID., *Il pensiero politico italiano nell'età della Controriforma*, Milano-Napoli, 1982-1984.

⁶ La valorizzazione dello stesso periodo è avvenuta anche in chiave di dottrina politica alla luce delle grandi Scuole del giusnaturalismo dottrinale del '6-700, da cui derivò notoriamente una peculiare teoria dello Stato e del suo diritto; cfr. P. L. ROVITO, *Respubblica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento*, Napoli, 1981.

⁷ Cfr. P. PRODI, *Il sovrano pontefice*, Bologna, 1982. In tale ampia prospettiva si sono ovviamente sfumati e quasi cancellati i momenti più propriamente localistici di tale sviluppo dottrinale, legati alle proiezioni della Scuola romana al di là dei suoi confini territoriali propri, verso l'Italia meridionale e settentrionale.

⁸ Cfr. M. T. GUERRA, *L'esclusione delle donne dalla successione legittima e la constitutio super statutariis successioneibus di Innocenzo XI*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1983, pp. 261-294.

⁹ Cfr. A. ZANOTTI, *Cultura giuridica del Seicento e “jus publicum ecclesiasticum” nell'opera del card. G. B. De Luca*, Milano, 1983. Nel confronto tra le leggi teoricamente applicabili in concorso tra loro la *par condicio* va comunque assicurata allo stesso “diritto pubblico ecclesiastico”, in uno spazio proprio e concorrente con il diritto statale, in ragione di una peculiarità propria della Scuola romana, ben denominata con l'espressione propria e peculiare di diritto *in utroque* (diritto civile-canonico).

¹⁰ Il testo di G. B. De Luca segnalato sopra in nota 3 appare esemplare a tale riguardo e leggesi integralmente nell'attuale versione telematica all'indirizzo www.books.google.it. La poco conosciuta teoria “razionale” dei conflitti di leggi, difesa dalla Scuola romana secondo la necessaria distinzione legge-razione (*conflictus legis et rationis*), si poneva chiaramente sul terreno della critica legislativa e del dualismo anche radicale tra i due termini del problema. Al centro della sua attenzione stava la patologia legislativa e dei rimedi possibili alle relative situazioni rappresentate da leggi erronee o ingiuste, dittatoriali o violative di diritti e comunque “oscure o oscurissime”, secondo le terminologie invalse nella Scuola culta dei post-statutari della Scuola italiana e francese del '500 e della prima metà del '600.

di altre scuole europee soprattutto anglo-olandesi e germaniche. La Gran Bretagna e l'Olanda rappresentavano infatti fenomeni antagonisti e devianti rispetto ai sistemi centralistici dell'Europa del Sacro Romano Impero precedenti a Westphalia. Mentre, viceversa, gli Stati Pontifici in Italia e l'Impero germanico erano un ricordo sbiadito del sistema precedente. In tale periodo proprio il mondo giuridico inglese di *common law* era stato agitato da due contrapposte nozioni di diritto positivo e di diritto naturale. La prima risultava documentalmente dalla nota raccolta di Francis Bacon pubblicata a Londra nel 1630 sotto il titolo *The Elements of the Common Lawes of England*¹¹. Ben inteso antecedente logico del diritto positivo e sua vera preconditione nel Regno inglese, risultava essere il diritto naturale, avente un contenuto storicamente valutabile come *bellum omnium contra omnes* o stato naturale di violenza, nel ricordo dell'antico diritto pubblico romano nel quale l'originario regime dei re era stato identificato con la tirannia fino all'avvenuta costituzione della *Res publica*, intesa come società civile e regno della cittadinanza comune¹². In questo contesto il diritto inglese si presentava in qualche modo antagonistico al diritto continentale al quale avrebbe aperto le porte soltanto nel secolo successivo a partire da alcune note sentenze in materia contrattuale internazionale (caso Robinson, 1760).

Tale dicotomia sarebbe rimasta permanente nel diritto anglosassone e poi nel diritto anglo-americano attraverso la contrapposizione tra morale e legislazione (*moral and legislations*), intesa la prima come campo vero e proprio della giurisprudenza e la seconda come esercizio dell'impero e della potestà pubblica in sede legislativa. In vero solo attraverso un'adeguata giurisprudenza si riteneva possibile riparare alle inadeguatezze logiche o sostanziali di qual si voglia *rule of law* e superarne i limiti in vista di un'equa soluzione dei rapporti regolati. Tale dualismo, ben presente anche nella teoria conflittualista della Scuola romana, troverà una definitiva consacrazione nelle opere di diritto internazionale pubblico e privato e ancor oltre sarà recepita nel diritto anglo-americano nella giurisprudenza della Corte suprema USA¹³. La divaricazione risulta particolarmente evidente in ragione dell'affermata superiorità della Costituzione USA del 1787. Di cui si afferma il primato rispetto a qual si voglia *rule of law* di origine interna o internazionale e tale supremazia trova il suo riscontro nella simultanea opera dello stesso Story di commento alla Costituzione americana (*Commentaries on the Constitution of the United States of America*, Boston, 1830, III vol.), valutata in relazione alla superiorità del diritto internazionale ed alla diversità delle leggi

¹¹ Il titolo completo è *The Elements of the Common Lawes of England, Branched into a double Tract: The one Containing a Collection of some principall Rules and Maximes of the Common Law, with their Latitude and Extent. Explicated for the more facile Introduction of such as are studiously addicted to that noble profession. The other The Use of the Common Law, for Preservation of our Persons, Goods and good Names. According to the Lawes and Customes of this Land.*

¹² Ora traduzione italiana come T. HOBBS, *De cive*, Roma, 2012, introduzione, pp. 7-12.

¹³ J. STORY, *Conflicts of Laws*, Boston 1830. Tale impostazione dualistica trovasi nell'opera di J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789, e II ed., London, 1823. Sulla stessa linea l'egualmente nota opera del docente di *jurisprudence* nella London University J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1840.

delle preesistenti Colonie inglesi e dei coesistenti Stati americani e europei. Cosicché il conclusivo approdo del *common law* anglo-americano era nel senso di una dilatazione massima della sfera dei conflitti di leggi, estesa fino a ricomprendervi quelli di natura “gerarchica” fra norme superiori ed inferiori rispetto a quelli di “competenza legislativa” fra leggi di Stati diversi.

In parallelo nel continente europeo la teoria dei *conflicts of laws* trova nell’ultimo ventennio del XVI secolo il suo atto di nascita terminologico e dottrinale nelle opere di tre giuristi olandesi in posizione primaria nella Scuola statutaria e post-statutaria. Il diritto romano olandese superò rapidamente i confini di quello Stato, attraverso una sua riconosciuta proiezione verso la Gran Bretagna e gli Stati Uniti ed inversamente verso i continenti africano ed asiatico (Africa del sud – Sion, 1550/1701 – Indonesia). Gli autori conflittualisti di tale Scuola furono rispettivamente i componenti della famiglia Voet, Paolo e Giovanni, e in contemporanea il giurista Ulrico Huber. Di Paolo Voet (1619-1667) si cita la prima edizione del *Destatutis eorunque concursu, liber singularis* (1671, Amsterdam, seguita da una seconda edizione nel 1700, Amsterdam-Liegi). Di Giovanni Voet (1646-1713) si ricorda *Mobilium et immobilium natura, modo academico et forensi ad evidentiore[m] juris statutarii intellectum strictim proposita* (1699). Ultima e fondamentale per la sua diffusione resta l’opera ben più nota e pubblicizzata di Ulrico Huber dal titolo *Praelectionum juris civilis sive expositionum juris justinianaei, libri tres*, la cui prima edizione risale al 1689 (e con successive edizioni in vari Paesi europei dei secoli XVII e XVIII), nella cui *pars* prima compare solo un breve ma lucido capitolo intitolato *De conflictu legum diversarum in diversis Imperiis*. A confronto di quello olandese ben modesto appare il contributo della dottrina germanica nella quale in tale periodo compare, sia pure con titolazione innovativa un’ampia *Dissertatione academica* discussa presso l’Università di Giessen sotto la presidenza di Nikolaus Hertius, *De collisione legum* (1680)¹⁴.

Trattasi di una visione inserita in un ambiente storico-culturale proprio del Sacro Romano Impero di nazione germanica in un circuito universitario collocato alla città imperiale di Francoforte, ove già nel 1672 Samuele Pufendorf, professore ad Heidelberg, aveva dato alla stampa il suo *De jure naturae et gentium*. Ne deriva una costruzione gerarchica o graduale dei tre livelli normativi sovrapposti, nei quali possano manifestarsi conflitti di leggi, qualificati come “divine”, “naturali-internazionali”, “positive”. Particolarmente diffusa è la trattazione casistica di leggi appartenenti a Stati diversi, classificata secondo i noti criteri personali, reali e misti. A fondamento del livello legislativo veniva indicata la *comitas gentium*, intesa come un criterio di razionale utilità economica per la fissazione di limiti di applicazione propri del diritto interno e di reciproco riconoscimento di leggi proprie di Stati stranieri. In tal modo la visione complessiva imperiale dell’ordinamento conferiva allo stesso uno sguardo d’insieme sulla vita giuridica internazionale, operando in evidente distacco rispetto alla

¹⁴ Ora consultabile all’indirizzo www.daten.digitale-sammlungen.de come *Dissertatio* accademica presso l’Università di Giessen.

prospettiva civilistica più ristretta nota alla tradizione delle scuole romanistiche europee di puro e semplice concorso fra leggi statali operanti in *par condicio* ovvero in posizione di reciproca uguaglianza.

3. Il modello di Scuola romana dei conflitti di leggi si avvicina maggiormente a quello germanico che non a quello anglo-olandese. A ben vedere lo “stile legale” del *conflictus legis* del 1678 implica una visione generale del sistema legislativo e giurisprudenziale considerati nel loro insieme come un rimedio contro le collisioni fra due o più leggi, l’una delle quali sia violativa o lesiva rispetto al contenuto o alla sfera di applicazione dell’altra, o che comunque abbia un testo poco chiaro o leggibile o una natura irrazionale o inaccettabile ai fini dell’ordinamento giuridico. Il predetto conflitto appartiene ovviamente ad una duplice tipologia, la prima verticale tra norme di rango subordinato l’una rispetto all’altra o viceversa orizzontale tra leggi considerate tra loro di eguale competenza. La prima tipologia era particolarmente ampia e diffusa nel diritto applicabile negli Stati Pontifici alla fine del ’600, essendo ovviamente presupposta se non scontata la superiorità del diritto canonico ed imperiale come *lex generalis* di origine chiaramente romanistica o universalistica, allo stesso modo ed in misura anche maggiore rispetto a quanto accadeva nello stesso periodo negli Stati del Sacro Romano Impero della tradizione germanica. Ugualmente nei conflitti di tipo orizzontale l’indagine del giudice o del consulente legale, doveva esaminare il concorso tra leggi particolari per verificare che i casi esaminati come dubbi e trattati sotto il nome di “*observationes*”, consentissero di verificarne l’applicazione come regolare ed effettiva ai fini della tutela dei diritti soggettivi di autorità pubbliche o di soggetti privati¹⁵.

Nel settore dei conflitti orizzontali tra leggi particolari, il conflitto tra norme di diritto privato produceva consequenzialmente contrasto o antinomie fra diritti soggettivi delle persone o degli enti interessati. Gli stessi occupavano ovviamente la maggior parte degli interessi della casistica giurisprudenziale forense. Ma già la pratica degli affari pubblici si intersecava con quella dei negozi privati, così che norme oggi definibili come di diritto pubblico costituzionale da un lato proteggevano, dall’altro limitavano o menomavano le posizioni giuridiche private, mediante una sfera propria di necessaria applicazione per finalità definite dal diritto dell’amministrazione pubblica, o dalle esigenze tributarie e fiscali o da quelle della correzione penale o di polizia. Ovviamente, l’inesistenza per l’epoca di un vero e proprio stato di diritto, non consentiva ancora un’efficace e completa garanzia della tutela giurisdizionale, di cui erano evidenti i limiti e le

¹⁵ Per la superiorità indiscussa del diritto romano come diritto universale vigente nel secolo XVI unitamente agli altri ordinamenti dello stesso tipo come quello ecclesiastico pontificio e quello canonico cfr. dello stesso G. B. DE LUCA, *De conflictus legis et rationes*, Romae, 1678, *observatio* n. CXXXII, *De debito et credito, de concursu creditorum, ac prioritatis, et potioritatis ordine*: “Illum civiles Romanorum leges, cum quibus in utroque, ecclesiastico e saeculari ista regulatur concursus creditorum materia, quando leges particulares aliquam non praebeant limitatione, statuit ordinem, ut inter illos creditores, qui utraque expressa, vel tacita hypotheca careant, unde propterea chyrographarij, vel personales dicuntur, aequalis esse debeat”.

inadeguatezze, ai fini di una pratica delle relazioni private adeguatamente moralizzata. Ma comunque sotto la triplice categoria generale delle obbligazioni *ex contractu* – *ex delictu* – *ex lege* si apriva un largo spazio di interpretazione e di applicazione fra leggi particolari di Stati Pontifici e non, giuridicamente ponderate ai fini della loro esclusiva o combinata regolazione della fattispecie rilevante. Ancora una volta, quasi emblematica nel settore delle obbligazioni di debito e credito, appariva la disciplina del concorso fra titoli chirografari o viceversa privilegiati e ipotecari ai sensi delle rispettive leggi applicabili¹⁶.

Nella valutazione dei conflitti di leggi esaminati nell'opera sopra indicata del *Conflictus legis et rationis* (1678), non bisogna tralasciarne un aspetto in un certo senso proprio ed esclusivo, rappresentato dal carattere precipuamente religioso o confessionale del diritto applicabile. Tanto non conduce ad un esclusivismo della “pratica legalizzata”, ma al contrario, ben consapevole dei limiti di ogni legge o legislazione, ne apre la strada ad altri valori concorrenti, nel senso di un vero e proprio “spirito delle leggi” (c.d. diritto in *utroque*). In un sistema normativo siffatto era infatti evidente un'esigenza equitativa, ovvero perequativa di valutazione del caso concreto e dei rapporti di vita concretamente coinvolti, anche alla luce di più ordinamenti concorrenti e delle diverse, ma confluenti finalità da loro perseguite. Nel linguaggio del secolo successivo la combinazione del diritto e dell'etica sarebbe stata posta in termini marcati e diversi, in nome delle superiori esigenze dell'etica pubblica. Di conseguenza nella scienza della legislazione uno Stato sarebbe apparso più o meno liberale o illiberale, proprio in ragione dello spazio più o meno ampio riservato alle libertà civili, economiche e politiche rispetto alla pressione esercitata o esercitabile dai poteri pubblici mediante leggi cogenti o imperative, restrittive delle prime e compressive di libertà e proprietà individuali. Viceversa, lo Stato di fine '600, non ancora dotato di una propria scienza della legislazione regolatrice delle diverse sfere di applicazione di leggi diverse e di Stati diversi, finiva per utilizzare le ragioni etico-morali come limite all'altrimenti esorbitante espansione dei pubblici poteri in sede legislativa e sub-legislativa, dando così spazio a quella pratica moralizzata e legalizzata di cui il mondo giuridico forense ed accademico si facevano carico nell'ambito dei ruoli rispettivi loro riconosciuti.

4. Se si va ad un confronto finale e sommario fra la teoria classica dei conflitti di leggi e quella della Scuola romana dell'ultimo ventennio del secolo XVI, si può senz'altro affermarne un carattere proprio e peculiare di novità sulla base del fattore deontologico o deontico, ovverosia di scienza della giustizia complementare a quella del diritto. Le dottrine precedenti avevano nella sostanza ancorato l'applicazione del diritto ai suoi presupposti fisici e materiali come la popolazione, il territorio e le attività operative pubbliche e private in rapporti contrattuali e non secondo la nota tripartizione “personale-reale-mista”. Cosicché ne avevano derivate le tre categorie in un certo senso fisiche o meccaniche degli statuti per-

¹⁶ *Ivi, observatio* n. CXXXII.5: “conventione ex legis privilegio, et benignitate concessa, notabilem dictus ordo alterationem recepit, ut illi, qui unam, vel alteram habent hypothecam, quavis recentiores, ac etiam per longum tempus posteriores, illos vincant (...)”.

sonali dei popoli e degli individui, reali dei beni mobili ed immobili siti o in contatto con il territorio, nonché misti in quanto riportabili a negozi giuridici volontari, testamentari, negoziali e aventi uno o più luoghi o siti di conclusione o esecuzione. Malgrado l'apparente evidenza quasi matematica o scientifica dei suddetti criteri, gli stessi apparivano insoddisfacenti e poco individuabili di fronte alla categoria degli atti morali. Per sua natura il diritto morale non è facilmente localizzabile e valutabile in base a criteri di preferenza come migliori o peggiori rispetto ad altri, indipendentemente dalle persone e dal luogo di compimento. Cosicché la legge definibile come *better rule* o come *lex melior* andava necessariamente inquadrata nel cuore delle strutture etico-morali di ciascuna società e del suo ordinamento giuridico, mediante la necessaria combinazione della parola legge con l'altra giustizia ovvero di diritto e deontologia etico-professionale¹⁷.

Il siffatto carattere proprio e peculiare del diritto applicabile in senso etico-pratico, in base alla legge “meglio collegata” a un ufficio pubblico, a una professione o a un esercizio mercantile, lo àncora alla psicologia del popolo cui l'individuo appartiene e alla deontologia dei gruppi all'interno dei quali si svolge la sua vita quotidiana. Interprete di tale situazione è il giurista pratico, il cosiddetto “Dottor volgare” studioso della vita degli attori etico-professionali siti nella società romana dell'epoca. Sintomatici sono i saggi dedicati alle figure pubbliche, quali “il principe pratico”, “il cardinale pratico”, “il vescovo pratico”, “il cristiano pratico”, “l'avvocato pratico”, fino nel senso più ampio all'uomo pratico come “uomo di ogni Stato”. Con un'espressione molto in voga nella cultura del tempo l'effetto diretto prodotto da norme fra loro in conflitto viene ricondotto da G. B. De Luca al c.d. “gioco delle ombre”. In altri termini la regola-ombra appare come la pura e semplice proiezione della vita degli individui e dei gruppi inquadrati in precisi e pre-esistenti ordinamenti deontologici, etico-sociali. Cosicché, le norme applicabili sono nient'altro che un riflesso ottico o una dimensione di prospettiva per esaminare e valutare la variegata realtà sociale in senso sia giuridico che etico.

Conclusivamente valutato il suddetto carattere alla luce delle tecniche normative moderne dei conflitti di leggi, esso potrebbe essere definito come sub-rinvio ovvero rinvio interno ad altre regole più o meno giuridiche dello stesso ordinamento ritenuto competente a titolo primario. Si sa che il diritto moderno per valutare quale sia la vera e propria “sede giuridica” di un rapporto, talora autorizza un rinvio ad un ordinamento terzo multi-legislativo (c.d. “rinvio altrove”) ovvero al contrario all'ordinamento di partenza (c.d. “rinvio indietro”). Al confronto il rinvio all'interno dell'ordinamento risulta essere un residuo del carattere localistico e personalistico di molti Stati pre-moderni conservato e salvaguardato anche nelle epoche successive per ragioni costituzionali e spesso etico-religiose, dove l'ordinamento generale dello Stato rappresenta solo la *lex generalis* uguale per tutti. Ma, viceversa, essa convive con altre regole interne o minori di statuto personale o territoriale

¹⁷ Sulla esigenza di bilanciare la “pratica moralizzata” in un sistema plurilegislativo cfr. G. B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, Roma, 1673 (“Compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale, municipale nelle cose più rilevanti in pratica moralizzata (...”).

riservato a gruppi particolari per ragioni confessionali, linguistiche o comunque di interesse esclusivamente locale (c.d. *sub-rinvio ad interna corporis*). Esiste quindi una certa assonanza o affinità, o se si vuole una certa continuità normativa fra le tecniche di soluzioni dei conflitti di leggi a partire dallo Stato moderno fino a quello contemporaneo attuale. E tanto basterebbe per giustificare un supplemento di riflessione sull’interesse anche attuale della Scuola romana dei conflitti di leggi.

5. Un’ultima osservazione va fatta sull’opera maggiore e più nota di G. B. De Luca¹⁸, sottoponibile ad una lettura conflittualistica, in vista di segnarne i progressi rispetto alla teoria statutaria classica della Scuola romana nella fase medievale iniziata da Bartolo di Sasso Ferrato, nonché per la singolare coincidenza di un duplice anniversario nell’anno 2014 (per Bartolo nato nel 1314 e per De Luca nato nel 1614). Una raccolta monumentale del decennio 1669-1678 mette insieme alcune migliaia di casi decisi con sentenza giudiziaria o rimasti allo stato di pareri e consulenze legali come espressione di una vita giuridica dell’*Urbe* riflessa e messa in luce dagli ambienti giudiziari ed extragiudiziari. In vero, con il titolo un po’ barocco di *Theatrum veritatis et justitiae* si mette in scena la concorrenza di quella pluralità di diritti a portata universale o territoriale costituenti il sistema giuridico vigente negli Stati Pontifici entro ed oltre i loro confini propri, e comunque con una larghissima autonomia rilasciata agli operatori giuridici giudiziari e non, in più o meno spontanea sintonia con le potestà legislative e amministrative competenti. L’opera non è assimilabile a quella nello stesso ventennio già riscontrata negli ambienti accademici e giudiziari del mondo anglo-olandese e di quello germanico, costituenti come si è già visto un insieme di contributi dottrinali a carattere prevalentemente saggistico, monografico o manualistico per finalità didattiche. Qui si tratta invece della rappresentazione di un ampio spazio giuridico gestito da leggi e tribunali su basi ampiamente decentrate e di riconosciuta pari competenza tra Stati, sia pur sullo sfondo di quello *Jus comune gentium* di origine medievale e di acquisita conoscenza dottrinale attraverso l’opera della prima Scuola romana di tale periodo. La vera novità consiste nell’incrocio tra leggi di diritto sostanziale e leggi di diritto processuale, ovvero sia della *lex fori* come applicata dai grandi tribunali dello Stato Pontificio (Rota e Curia) sia da quelli degli Stati finitimi e vicini.

Senza entrare nel merito dell’intero sistema dottrinale né dei singoli libri che lo compongono, si può qui osservare che trattasi di grandi settori o di macro aree all’interno delle quali i casi controversi vengono affrontati mediante *decisiones* e *observationes* secondo lo stile legale dell’epoca. Non si può sottacere l’impressione di una certa dispersività dell’opera per la stessa ampiezza della materia trattata, come per il carattere multi-legislativo e multi-territoriale del diritto appli-

¹⁸ L’opera, pubblicata da G. B. De Luca nel decennio 1669-1678 in 16 volumi (e successivo *Index e Supplementum* del 1781) presso l’editore Corbellini di Roma, reca il seguente titolo: *Theatrum veritatis et justitiae, sive decisivi discursus, per Materias, seu Titolos distincti, & ad veritatem editi in forensibus Controvertiis, Canonicis & Civilibus, in quibus, cum in urbe Advocatus, pro una partium scripsit, vel consultus respondit.*

cato. Di tale evidente difficoltà dovè avere percezione lo stesso autore, in sede di successiva pubblicazione di ulteriori volumi denominati *Index* e *Supplementum* a cura di un avvocato della Curia romana, Nicolao Falcone. Ne derivò un evidente ampliamento del respiro e dell'orizzonte dell'intera opera. Emerge quale conseguenza una visione legislativa mirante oltre i confini degli Stati Pontifici e finalizzata alla ricostruzione di un sistema legislativo italiano degli Stati pre-unitari unificati dal nucleo centrale del diritto comune su base romanistico-canonistica. Sempre dallo stesso presupposto deriva quella somiglianza di metodi e risultati già segnalati nella formazione dello stesso diritto europeo di quel periodo, come espressione dell'attività degli Stati moderni europei dopo Westphalia.

Non si può certamente sopravvalutare a titolo di ultima riflessione l'impatto innovatore prodotto dalla nuova fase della Scuola romana rispetto alla fase medievale della fondazione bartolina. Di fatto, come è noto, molto spesso risulta meramente illusoria la soluzione consistente nel sostituire le controversie sui conflitti di leggi mediante una vera e propria delega di poteri ai giudici dei tribunali o grandi tribunali. Proprio il monumento giurisprudenziale elevato nel *Theatrum veritatis et Justitiae* come i "conflitti tra giudici" vengono ad aggiungersi e non a sostituire le difficoltà iniziali prodotte dai conflitti di leggi. La formazione di veri e propri *opinion leaders* dimostra quanto incerta e sempre controversa sia la stessa *opinio juris* originariamente proveniente dai giudici. Tant'è che il successivo intervento della Curia romana *ad meliorandum* dell'opera qui esaminata, celava l'evidente finalità di spersonalizzarne ed attenuarne l'impronta poderosa offerta da G. B. De Luca, attribuendole una specie di *imprimatur* per effetto dell'aggiunta di nuovi volumi di risistemazione logico-analitica e di ulteriori autorità riconosciute anche esterne allo Stato pontificio. Siffatta opera meritoria apriva comunque la strada al '700, come secolo pre-codificatore e codificatore, nell'ambito di spazi giuridici unificati e centralizzati dalla presenza di consolidati Stati nazionali.

Abstract

The "Roman" School of Conflicts of Laws at the End of '600

The present paper deals with the regulation of conflicts of laws in historical perspective. It in fact examines its origins in the system of European States after the Peace of Westphalia (1648). In this context, it illustrates the period of the last two decades of the 1600 in the Italian doctrine of the time. To this end, this paper focuses on the jurist of Roman School Giovan Battista De Luca, who wrote a monumental work called *Theatrum veritatis et iustitiae*. This work has an attached final book on *conflictus legis et rationis*. The aim of the rules of conflicts of law was to reaffirm the rights of each States to the identity of its legal system, as well as its laws and judge decisions. This identity was reaffirmed in the light of differences with common European law and universal law. At the end, the paper analyses the relationship between law and ethic of private persons, who are holders of individual and fundamental rights before the supreme courts in the various pre-unification Italian States.

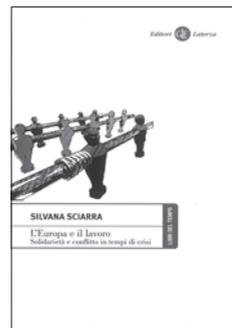


Recensioni

Silvana Sciarra

L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi

Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 116



“L’integrazione del mercato non può avvenire senza porre rimedio alla disintegrazione dei diritti”. In questa frase conclusiva del suo prezioso libro Silvana Sciarra sintetizza incisivamente un aspetto nodale dell’attuale fase del processo di sviluppo dell’Unione europea. Una delle maggiori contraddizioni dello stesso consiste, infatti, nel rischio, accentuato dalla grave fase di recessione economica in atto, di un progressivo svuotamento della centrale circostanza identitaria e cioè il c.d. “modello sociale europeo”. In altri termini, l’Europa, secondo Sciarra, da un lato sta in maniera sempre più intensa operando una “intrusione” nelle vite dei cittadini europei attraverso scelte di politica economica e monetaria di austerità poco attente allo sviluppo economico e sociale (anche attraverso fonti normative del tutto irrituali, quali le lettere della BCE) e dall’altro sta sfilacciando i diritti sociali “nazionali” per colpa di una a volte discutibile giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea.

L’autrice non mette in dubbio il significativo impatto sulle politiche sociali prodotto in particolare dal Trattato di Lisbona allorché individua la piena occupazione ed il progresso sociale quali elementi essenziali di una “economia sociale di mercato” ed introduce la tecnica innovativa delle c.d. clausole sociali orizzontali o quando valorizza la lotta contro l’esclusione sociale ed il ruolo rafforzato dei soggetti collettivi transnazionali. In tale contesto, viene giustamente sottolineata la novità introdotta dall’art. 152 TFUE, che raccoglie l’eredità del “dialogo sociale europeo” promosso, senza il successo che avrebbe meritato, da Jacques Delors nel 1985.

Nonostante tali passi avanti, le politiche sociali e occupazionali non sono state ad oggi riconosciute parte integrante del risanamento, con la conseguenza di contribuire ad accrescere nei cittadini la “paura dell’Europa”. Se questo sia il sentimento prevalente è difficile dire, ma certamente è sempre più diffusa una delusione nei confronti di una realtà politico-istituzionale sulla quale si erano proiettate molte (anche se spesso superficiali) speranze per il futuro delle nuove generazioni. La stessa strategia “Europa 2020”, sorta sulle ceneri di quella di Lisbona del primo decennio di questo secolo, appare purtroppo un documento ricco di belle intenzioni ma povero, finora, di concrete applicazioni. Tuttavia, proprio partendo dalle proposte in essa contenute, una reale attivazione del

“metodo aperto di coordinamento” e la creazione di nessi più stretti fra le politiche di coesione sociale e territoriale potrebbero favorire la costruzione dell’antidoto per rilanciare la ripresa, considerando che il ricorso al protezionismo non potrebbe mai costituire la carta vincente.

La necessità di realizzare nessi più stretti fra le politiche di coesione sociale e territoriale, da un lato, e l’attuazione di “Europa 2020” dall’altro, non può che fondarsi, per l’autrice, sulla complessa riflessione della “giuridificazione transnazionale” e l’integrazione tra una pluralità di fonti giuridiche. Si tratta di un approccio indispensabile per fornire risposte adeguate alla dimensione ormai sovranazionale delle relazioni collettive e dei problemi socio-occupazionali. L’indispensabile ruolo che, in tale ambito, dovrebbe essere giocato dall’Unione europea è però ancora inadeguato per la debolezza delle politiche sociali europee quale effetto di un più generale declino delle sue istituzioni.

In questo quadro, Sciarra sottolinea le novità emergenti da nuove espressioni dell’autonomia collettiva con forme di giuridicità spontanea sviluppate attraverso contrattazioni collettive transnazionali dirette a combattere, anche per questa via, il c.d. *dumping* sociale. In altri termini, la globalizzazione, se intesa come risorsa, favorisce una nuova organizzazione delle procedure di formazione del consenso, così rispondendo alla nuova domanda di regolamentazione proveniente all’interno dei sistemi sociali drammaticamente colpiti dalla crisi.

Il contesto normativo offerto dall’Unione europea, nella sua dimensione sovranazionale, costituirebbe lo strumento più efficace per rispondere in maniera adeguata a tali istanze. È tuttavia noto che i diritti sociali non hanno finora goduto dello stesso livello di protezione riservato agli altri diritti, in quanto per lungo tempo sono stati intesi con la sola finalità di bilanciare gli effetti dell’esercizio delle libertà economiche; per di più essi, una volta attratti dalla sfera nazionale nell’ambito dell’ordinamento UE, hanno goduto di una minore tutela venendo subordinati a tali libertà. Così, il *deficit* democratico, che ha caratterizzato in negativo soprattutto i primi decenni del processo d’integrazione, si qualifica non solo sul piano dell’esercizio dei poteri istituzionali, ma anche dei gravi limiti connessi alle tutele sociali. Il rischio, concreto, è che il rispetto dei diritti sociali, parte integrante della democrazia sostanziale, sia progressivamente subordinato all’andamento di borse e mercati, con un trascinarsi in basso degli standard minimi e un conseguente rafforzamento del *dumping* sociale.

La Corte di giustizia ha comunque prodotto, nel corso degli anni, un miglioramento della situazione, sia pur partendo dal principio di non discriminazione piuttosto che dal patrimonio dei diritti fondamentali, grazie al nuovo quadro politico-normativo inaugurato dai Trattati di Maastricht ed Amsterdam. Si è determinato progressivamente un atteggiamento in cui la tutela dei diritti non è più garantita solo in quanto funzionale agli interessi e agli obiettivi della Comunità/Unione, ma è legata progressivamente al raggiungimento dei valori e degli obiettivi più generali perseguiti dai Trattati. Di tale evoluzione gran merito va ascritto alla Carta dei diritti fondamentali (18 dicembre 2000); in essa indivisibilità, interdipendenza e complementarietà dei diritti sono unificati attorno ai valori fondamentali della dignità della persona, della libertà, dell’uguaglianza,

della solidarietà, della cittadinanza e della giustizia. I diritti sociali sono, quindi, collocati in posizione di equipollenza con gli altri diritti culturali, civili e politici appunto sulla base della loro indivisibilità e la concreta garanzia di questi ultimi è legata alla contestuale tutela di quelli sociali.

Le speranze da molti riposte in una sorta di “capovolgimento” dei rapporti tra diritti economici e diritti sociali grazie alla giurisprudenza innovativa della Corte di Lussemburgo sono state tuttavia deluse dalle celeberrime sentenze del 2007 *Viking* e *Laval*. In esse, certo, si è per la prima volta determinato il riconoscimento del diritto dei sindacati di intraprendere un’azione collettiva come un diritto fondamentale, ma è stato precisato che la sua utilizzazione deve avvenire in *modo proporzionato*. I diritti sociali, infatti, sono inseriti in un circuito di bilanciamento con le libertà economiche fondamentali tale da nuocere alla loro affermazione come diritti dotati di effettività, con il concreto rischio di produrre un esito contrario a quello al quale si approderebbe nell’ordinamento nazionale. Pertanto, Sciarra critica le due sentenze, causa di un “vero e proprio effetto sismico” rispetto alla successiva evoluzione giurisprudenziale ed al relativo dibattito teorico, e sicuramente emblematiche di un diritto transnazionale in formazione.

Certo, lo scarso “coraggio” della Corte di giustizia, con l’inadeguata considerazione del principio del *favor laboris*, andrebbe comunque letto alla luce della collocazione dei diritti in questione in un ambito sovranazionale ancora a dimensione prevalentemente economica. La mobilità interstatale di attività economiche, imprese e lavoratori evidenzia la centralità del dilemma regolativo fra solidarietà e concorrenza, accentuando l’esigenza di adattare strumenti quali la contrattazione collettiva a standard non solo nazionali “specialmente per stanare il fantasma del *dumping* sociale”. L’apparente singolarità della situazione, peraltro, è indicata dall’autrice nella circostanza che organizzazioni internazionali come l’OIL ed il Consiglio d’Europa offrano soluzioni, sotto il profilo della solidarietà, più avanzate, nonostante il minor grado di “integrazione” dei rispettivi ordinamenti giuridici. O forse, si potrebbe arguire, proprio per questa ragione, considerato il minor grado di effettività di cui esse dispongono.

La parte conclusiva del volume è proprio incentrata sulle caratteristiche attuali del complesso processo di costruzione di un ordinamento globale. Sciarra prende spunto dall’interessante evoluzione anzitutto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale è riuscita a riempire di contenuti sociali e collettivi diritti inizialmente intesi, per evidenti ragioni, su base meramente individuale, come la stessa libertà sindacale. Certamente influenzata sia dalle fonti storicamente più aperte alla tutela dei diritti collettivi, come quelle delle convenzioni OIL e della Carta sociale del Consiglio d’Europa, sia dalle stimolanti decisioni dei relativi Comitati di controllo, la Corte di Strasburgo si è posta in una sorta di “competizione” con quella di Lussemburgo, innescando una feconda “contaminazione” tra fonti giuridiche. Si sono così moltiplicati i casi d’interdipendenza degli effetti provocati da decisioni delle diverse Corti, specie in settori oggettivamente caratterizzati da dinamiche internazionali, come quello dei trasporti.

Il progressivo affermarsi di un “sistema globale e circolare” di standard di tutela che ne deriva sembra peraltro turbare, secondo Sciarra, molte organizzazioni imprenditoriali, impossibilitate ad una sapiente utilizzazione di standard più convenienti nella loro differenziazione, tentandone quindi di comprimere in partenza la potenziale forza espansiva. L’autrice, in queste complesse dinamiche, evidenzia il rischio che i nuovi conflitti sociali possano avere come esito, di fronte ad un processo d’integrazione ancora incompiuto in Europa, una “incontrollabile competizione al ribasso specialmente fra regimi salariali in situazione di mobilità transnazionale dei lavoratori”, con una progressiva frantumazione delle regole sociali. In altri termini, l’assenza di un quadro politico e istituzionale ridisegnato sulla dimensione sovranazionale, ivi comprese indispensabili nuove forme di costruzione del consenso attraverso la contrattazione a sua volta transnazionale, potrebbe produrre norme europee in grado di ridurre, anche sensibilmente, conquiste sociali invece ben radicate negli ordinamenti giuridici nazionali.

Certo, le prospettive che si aprono, in questo quadro di crisi, economica e non solo, non appaiono incoraggianti. Dal punto di vista più strettamente giuridico sarà tuttavia interessante verificare quanto possa essere positivamente influenzata la Corte di giustizia dalla crescente rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nel sistema dell’Unione e, soprattutto, dalla futura ed auspicata adesione di quest’ultima alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. D’altronde, il primato del diritto dell’UE comporta la necessità, quando si maneggiano i diritti fondamentali, di un sistema armonizzato di tutela, avendo sempre a mente il principio del più elevato livello della stessa come desumibile dalla centralità del valore della “dignità umana”, scolpito sia nel TUE (art. 2) che nella Carta dei diritti fondamentali (art. 1).

Il nodo resta, però, evidentemente politico. La spinta decisiva verso una ristrutturazione su base transnazionale degli istituti e dei soggetti protagonisti delle relazioni sociali non può che passare attraverso un decisivo salto di qualità del processo d’integrazione europea. Opportunamente l’autrice sposa “l’appello per una nuova fase costituente, in grado di dar voce agli Stati Uniti d’Europa” e visibilità a “sfere pubbliche europee” tali da “affiancare regole democratiche alle misure d’integrazione finanziaria e fiscale”. Il ruolo dei giudici, pur importante, non può essere decisivo. Spetta alla politica fornire risposte adeguate ed intelligenti alle enormi sfide poste dalla società contemporanea globalizzata, senza guardare inutilmente e pericolosamente indietro ed agendo con rapidità. In tal senso, la profonda analisi svolta da Silvana Sciarra fornisce riflessioni preziose e spunti importanti non solo rispetto alla specifica tematica del lavoro ma, più in generale, nella costruzione del rapporto tra i vari ordinamenti giuridici che si intrecciano nella attuale fase della società complessa.

Ennio Trigiani

Angela Di Stasi

Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale



Torino, Giappichelli, 2012, pp. XI-332

Il volume nasce nell'ambito delle attività scientifico-didattiche dell'Osservatorio sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia – istituito nel maggio 2012 nell'Università di Salerno sotto la direzione dell'autrice – per realizzare uno degli obiettivi perseguiti dall'Osservatorio: comparare gli sviluppi normativi e giurisprudenziali dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia con altri spazi di integrazione extra-europei “allo scopo di individuare fenomeni di ‘cross-fertilization’ giurisprudenziale”.

Invero, la tutela internazionale dei diritti umani si sviluppa su molteplici e differenziati livelli, i quali si influenzano vicendevolmente, ed incidono, altresì, sugli ordinamenti nazionali. Basti pensare, per rimanere nel più noto ambito europeo, ai rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (elaborata in seno al Consiglio d'Europa), i principi generali del diritto dell'UE (nel cui novero rientrano, già per giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, nonché ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE, i diritti umani) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che, ex art. 6, par. 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati). Nonostante la Convenzione europea abbia influenzato decisamente la formazione sia dei suddetti principi generali che della Carta dei diritti fondamentali – al punto che tra i primi rientrano i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (art. 6, par. 3, TUE) e che l'art. 52, par. 3, della Carta prevede che “(l)addove la (...) Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione (...)” – permangono delle differenze nella tutela dei singoli diritti, derivanti dalla specificità di ciascuno dei sistemi di garanzia cui essi afferiscono. Tali differenze hanno, talvolta, determinato delle situazioni di (poten-

ziale) conflitto tra i due ordinamenti – al parziale superamento delle quali è volta la futura adesione dell’Unione europea alla CEDU prevista dall’art. 6, par. 2, TUE – ma, più di frequente, hanno contribuito ad ampliare il livello di garanzia dei diritti in parola, sia in ambito nazionale che in ambito europeo.

Nonostante la reciproca influenza dei sistemi di protezione internazionale dei diritti umani sia indubbiamente più avanzata ed evidente in ambiti regionali, in ragione della maggiore omogeneità degli stessi, e sebbene ciascun trattato in materia di diritti umani risenta nella formulazione delle norme e, dunque, nella definizione dei diritti tutelati, del tessuto politico, sociale, economico e religioso nel quale è elaborato, l’interpretazione delle disposizioni pattizie fornita dagli organismi di controllo istituiti da quelle convenzioni è sempre più spesso orientata dalle pronunce emanate dagli altri organi di garanzia con riferimento al medesimo diritto.

Proprio sulla base di queste premesse, il volume in discorso analizza i rapporti tra la giurisprudenza di due dei più attivi e incisivi tribunali che si occupano della protezione dei diritti umani a livello regionale, la Corte europea dei diritti dell’uomo (creata dalla CEDU) e la Corte interamericana dei diritti dell’uomo (istituita dalla Convenzione interamericana dei diritti dell’uomo), scelti in ragione delle affinità tra le due Convenzioni istitutive delle medesime, sia nei contenuti sostanziali che nelle procedure di garanzia. Lo studio è condotto attraverso un’attenta e dettagliata comparazione tra la giurisprudenza delle due Corti in materia di diritto al giusto processo: focalizzando l’attenzione su uno dei diritti più sensibili al necessario bilanciamento tra pubblica sicurezza e tutela dell’individuo, l’opera si rivela, dunque, di estrema attualità ed interesse per tutti gli operatori del diritto, oltre che per gli studiosi del diritto internazionale.

La ricerca – che riprende tematiche alle quali l’autrice ha, per lungo tempo, dedicato i suoi studi scientifici – si avvale dei contributi di Anna Iermano, Gaetano D’Avino, Daniela Fanciullo, Angela Martone, rispettivamente dottore e dottorandi di ricerca in Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, indirizzo autonomo del corso di dottorato in Diritto pubblico, Teoria delle istituzioni nazionali ed europee e Filosofia giuridica, dell’Università di Salerno, i quali hanno curato la redazione di alcuni paragrafi del volume.

Il volume si articola in due parti, la prima delle quali è dedicata all’esame dei modelli di garanzia esistenti a livello regionale con specifico riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e a quella interamericana sui diritti umani. Nel capitolo I, dopo aver ricostruito, anche dal punto di vista storico, i molteplici livelli di garanzia dei diritti umani esistenti (costituzionale, universale e regionale), l’autrice si concentra sulle peculiarità di quelli regionali, evidenziandone la maggiore incisività rispetto agli ordinamenti nazionali; la coesistenza, al loro interno, di strumenti di garanzia giurisdizionale e politico-diplomatica e la precipua utilità di ciascuno di quelli; il ruolo sussidiario di tali strumenti di garanzia rispetto a quelli previsti dal diritto nazionale e il carattere *self executing* della gran parte delle norme convenzionali, i quali rendono il giudice nazionale “vitale strumento di garanzia dei diritti previsti nell’atto internazionale” (p. 35). Inoltre, viene delineato il differente *status* processuale attribuito all’individuo in ciascun sistema convenzionale (il quale varia tra la legittimazione processuale attiva, prevista dalla CEDU, e la partecipa-

zione al processo, contemplata dalla Convenzione interamericana novellata) ed è rimarcata l'esistenza, sia in ambito europeo che interamericano, di una pluralità di meccanismi di garanzia, oltre a quelli convenzionali in discorso.

I due successivi capitoli sono dedicati a ricostruire in chiave critica i caratteri essenziali della CEDU (con particolare attenzione al ruolo attribuito all'individuo e alle riforme procedurali introdotte con i Protocolli IX, XI e XIV) e della Convenzione interamericana (con specifico riguardo alla funzione di garanzia svolta sia dalla Commissione che dalla Corte interamericana e all'evoluzione dello *status* processuale dell'individuo).

Oggetto della seconda parte del volume – a sua volta articolata in due sezioni – è l'analisi dei “modelli” di giusto processo individuati, rispettivamente, nell'art. 6, par. 1, CEDU e nell'art. 8, par. 1, della Convenzione interamericana, nonché della “garanzia generale” del diritto a un ricorso effettivo, riconosciuta negli articoli 13 CEDU e 25 Convenzione interamericana. È degno di nota che l'analisi delle singole garanzie di cui consta il diritto all'equo processo (diritto al processo e alla pubblicità *ex art.* 6 CEDU e diritto ad essere ascoltato e alla pubblicità processuale ai sensi dell'art. 8 Convenzione interamericana; diritto ad un tribunale indipendente, imparziale e costituito per legge, previsto dalla CEDU, e diritto a un tribunale competente, indipendente e imparziale, di cui nella Convenzione interamericana; diritto alla durata ragionevole del processo e principio del *plazo razonable*; presunzione di innocenza) è compiuta attraverso la ricostruzione comparativa della giurisprudenza in argomento delle due Corti. Lo stesso metodo comparativo caratterizza la successiva analisi della giurisprudenza dei due tribunali in materia di garanzie processuali minime (quali il diritto all'informazione; il diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa; il diritto a esaminare e far esaminare i testimoni; i diritti all'interprete e alla difesa tecnica) e di garanzie procedurali ulteriormente previste a livello generale dalle Convenzioni in discorso (diritto a “un ricorso effettivo” e alla “*protección judicial*” di cui agli articoli 13 CEDU e 25 Convenzione interamericana) in rapporto ai principi del giusto processo.

Sulla base della dettagliata analisi critica della prassi giurisprudenziale, l'autrice evidenzia l'emergere di una chiara influenza della Corte europea su quella interamericana sotto i profili dell'individuazione e della definizione delle garanzie di cui consta l'equo processo, soprattutto per quanto concerne il diritto alla durata ragionevole del processo (ampiamente trattato: p. 116 ss. e p. 230 ss.) e alla presunzione di innocenza (salve, in questo caso, le divergenze circa i momenti in cui la medesima cessa: p. 148 ss. e p. 232 ss.), mentre la giurisprudenza della Corte interamericana è sporadicamente oggetto di richiamo da parte della Corte di Strasburgo, peraltro solo in chiave comparatistica.

Nondimeno, l'autrice nota che il sistema interamericano conserva alcune sue specificità e, nel procedere ad esaminarle, evidenzia, anzitutto, il nesso tra le problematiche storico-politiche tipiche degli ordinamenti latino-americani e alcune dettagliate previsioni contenute nella Convenzione interamericana, quali l'estensione dell'ambito di applicazione dei diritti ad essere ascoltato e al processo ad ogni accusa penale, ai diritti e obblighi in materia civile, di lavoro, fiscale, o di ogni altra natura (l'art. 6 CEDU si riferisce alle accuse penali e ai soli diritti e

doveri di carattere civile) e l'attribuzione di "natura pienamente giurisdizionale" al diritto previsto dall'art. 25 Convenzione interamericana (come tale invocabile *ex se*, contrariamente al diritto contemplato dall'art. 13 CEDU: p. 191 ss. e p. 235 s.). Quindi, spostando l'analisi sul piano della giurisprudenza, l'autrice ricostruisce l'incidenza dei fattori storico-politici già richiamati sulle pronunce in cui la Corte interamericana ha delineato il profilo del "diritto alla verità" per le vittime quale aspetto fondamentale del diritto al processo; ha riconosciuto il carattere di inderogabilità del diritto alla pubblicità nei processi penali; ha stabilito il diritto ad essere ascoltati per vittime e parenti delle vittime, la necessità della pre-costituzione per legge del giudice e della estensione delle garanzie del giusto processo ai giudizi celebrati dinanzi a tribunali militari (p. 229 s.).

Inoltre, con riferimento alle garanzie processuali minime, l'autrice mette in luce una sostanziale convergenza applicativa delle corrispondenti norme convenzionali, non mancando di sottolineare che la stessa deriva da una più ampia tutela prevista dalle norme della Convenzione interamericana controbilanciata, tuttavia, dalla più creativa Corte europea attraverso un'interpretazione evolutiva e pretoria delle disposizioni pertinenti (p. 161 ss. e p. 233 s.).

Tutto ciò conduce l'autrice alla conclusione che le due Corti custodiscano ed applichino "un *corpus iuris* internazionale, anche a carattere universale", che, per un verso, scongiura i rischi di frammentazione nella tutela dei diritti umani e, per altro, proprio attraverso il dialogo, assurge "a fattore dinamico di costruzione di un rinnovato *ius gentium*, né europeo, né americano in materia di protezione dei diritti umani" (p. 237).

Pare opportuno segnalare che la giurisprudenza esaminata è oggetto di un'ampia rassegna, la quale – in appendice al volume – riporta gli estremi delle sentenze delle due Corti, organizzate, in modo speculare alle due sezioni di cui consta la seconda parte del testo, in base alle singole garanzie relative all'equo processo, ai rapporti tra art. 6 CEDU e garanzia "generale" di cui all'art. 13 CEDU, alla violazione congiunta degli articoli 8 e 25 del Patto di San José. Inoltre, il volume è corredato da un'utile appendice normativa, che riproduce le norme pertinenti delle due Convenzioni e dei regolamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte interamericana e della Commissione interamericana. Infine, molto ricca è la bibliografia.

In definitiva, il volume si segnala per la completezza nell'analisi e nell'approfondimento di ciascuno dei profili problematici connessi alla tutela del diritto all'equo processo, per la rigorosa ricostruzione sistematica della giurisprudenza esaminata, nonché per l'originale scelta di studiare uno degli ambiti meno esplorati del dialogo tra corti internazionali.

L'analisi comparativa della giurisprudenza della Corte europea e della Corte americana in tema di giusto processo e delle garanzie correlate a tale diritto fondamentale rende inoltre il volume particolarmente utile anche a fini didattici, oltre che per gli operatori del diritto internazionale, civile e penale. Un ulteriore pregio del volume è rappresentato dall'appendice normativa, dalla rassegna giurisprudenziale e dall'ampia bibliografia.

Egeria Nalin

Pietro Gargiulo
(con la collaborazione di Laura Montanari)

Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale



Roma, Ediesse, 2012, pp. 358

Il volume di Pietro Gargiulo, con la collaborazione di Laura Montanari, è ambizioso, poiché affronta in termini attuali e problematici i molteplici profili giuridici connessi all'istituto della cittadinanza attraverso una lente di analisi multilivello che coinvolge il diritto europeo, interno e internazionale. A differenza di molti degli studi dedicati alla cittadinanza europea, principalmente focalizzati sui caratteri e i profili contenutistici di questa, gli autori hanno infatti scelto di inserire lo studio della cittadinanza europea nella più ampia problematica della cittadinanza in quanto tale. Come affermato nelle Conclusioni, l'Unione europea "costituisce un laboratorio di particolare interesse per verificare le possibili evoluzioni del concetto di cittadinanza" (p. 338). In questo modo essi hanno anche potuto giovare del dialogo e del confronto tra lo specialista del diritto internazionale e quella del diritto pubblico comparato.

Nel Capitolo primo la cittadinanza è anzitutto considerata nell'ambito del diritto internazionale (Sezione prima), nel quale emergono due differenti profili. In primo luogo il diritto alla cittadinanza, che troverebbe fondamento in una norma consuetudinaria e sarebbe anche sostenuto dal progressivo affermarsi della normativa internazionale a tutela dei diritti umani. In secondo luogo il diritto di accesso alla cittadinanza (dello Stato in cui la persona risiede stabilmente), che invece, nonostante alcune importanti prese di posizione della dottrina e qualche manifestazione della prassi internazionale, non può dirsi esistente a livello consuetudinario. È quella che si suole definire come cittadinanza civica (o civile), volta a favorire l'integrazione di cittadini di Stati terzi.

La Sezione seconda del Capitolo primo è invece dedicata alla disciplina della cittadinanza prevista nell'ordinamento giuridico italiano. Si mette in luce come, di fronte alla trasformazione da Paese di emigrazione a Paese di immigrazione, fenomeno questo destinato ad aumentare e consolidarsi nel tempo, la normativa per l'acquisto della cittadinanza italiana continua ad essere fondata quasi esclusivamente sullo *ius sanguinis*. In questo modo si ignorano e mortificano le aspettative degli stranieri che, sempre più numerosi, vivono da lungo tempo in Italia, privandoli anche dei diritti che dalla cittadinanza discendono, come quelli politici. Per altro verso si favorisce l'acquisizione o riacquisizione della cittadinanza

da parte di persone che con il territorio italiano (e con la società italiana) non hanno rapporti effettivi, ma un mero legame di carattere familiare dovuto alla discendenza di sangue.

Il Capitolo secondo è dedicato all'analisi di origine, nozione e contenuto dell'istituto della cittadinanza europea, tematica sempre attuale e ricca di spunti a vent'anni dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, che l'ha prevista per la prima volta. L'analisi condotta si articola secondo uno schema divenuto "classico": origine della cittadinanza europea; valutazione dei caratteri di acquisto e perdita di tale cittadinanza; diritti economici e sociali derivanti da questa; diritti politici dei cittadini dell'Unione; diritto alla tutela diplomatica e consolare; rapporti dei cittadini europei con le istituzioni. Costante è il riferimento all'importante giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha valorizzato al massimo la forza espansiva della cittadinanza europea, definendola quale *status* fondamentale dei cittadini europei. Il volume è aggiornato alla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia, quella (non priva di contraddizioni) relativa ai cittadini europei c.d. statici, e non manca di sottolinearne alcune ambiguità e incoerenze.

Un elemento di forte interesse del volume in commento è poi rappresentato dagli altri due capitoli che lo completano. Il Capitolo terzo è infatti dedicato ai profili dell'immigrazione, esaminata sotto l'angolo visuale inconsueto del rapporto con la cittadinanza europea, mettendo a confronto i diritti che discendono da questa con quelli che la normativa di diritto europeo riconosce a cittadini di Stati terzi legalmente residenti negli Stati membri. A tale proposito la Commissione europea aveva prefigurato nel 2000 il ricorso alla già menzionata cittadinanza civile nell'ambito dell'Unione europea, quale elemento di valorizzazione della residenza al fine dell'attribuzione di diritti agli stranieri legalmente residenti nel territorio dell'Unione e anche al fine di valorizzare una nozione allargata di cittadinanza europea. La cittadinanza civile, quindi, era immaginata quale *status* intermedio "attraverso il quale poteva essere riconosciuta l'uguaglianza dei diritti [degli stranieri legalmente residenti sul territorio europeo] in attesa della naturalizzazione nello Stato membro ospitante" (p. 248). Dall'esame dei documenti adottati dalle istituzioni europee emerge, peraltro, come questa prospettiva, in qualche modo prefigurata nel programma di Tampere del 1999, sia stata abbandonata dai successivi programmi dell'Aja (2004) e di Stoccolma (2010), che hanno invece privilegiato un approccio più restrittivo in materia di immigrazione.

L'ultimo Capitolo, il quarto, è dedicato all'impatto che il diritto europeo in tema di cittadinanza e di *status* giuridico dei cittadini di Stati terzi ha avuto sull'ordinamento giuridico italiano. In questo capitolo vengono stigmatizzati sia il modo confuso con il quale nel nostro ordinamento è stata data esecuzione alla normativa europea pertinente in questa materia, sia l'approccio di chiusura verso l'immigrazione che caratterizza i progetti di legge avanzati negli ultimi anni con riferimento a possibili riforme della normativa italiana sulla cittadinanza. A tale ultimo proposito, si propone un "ripensamento di carattere generale sull'idea di cittadinanza, che superi il nesso con la nazionalità, che da sempre ha caratterizzato la nostra legislazione, e valorizzi invece il rapporto

effettivo con la comunità socio-politica” rappresentato dalla residenza sul territorio dello Stato (p. 335).

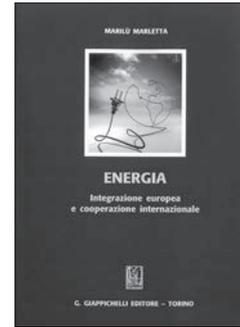
Il volume in commento sarà certamente di grande ausilio per tutti coloro che vogliono approfondire l’istituto della cittadinanza nelle sue molteplici manifestazioni, laddove la cittadinanza europea, come del resto la stessa Unione europea, costituisce un istituto dalle caratteristiche peculiari. Particolarmente significativa risulta la considerazione secondo cui vi sono diversi segnali nella direzione di “un nuovo rapporto tra cittadinanza nazionale e cittadinanza europea, volto a sancire l’autonomia (e la prevalenza) di quest’ultima” (p. 340). E non si può non condividere la conseguente affermazione che ciò potrà avvenire solo attraverso un’ulteriore evoluzione dell’ordinamento giuridico europeo nella direzione di una struttura di tipo federale. Una scelta di fondo che potrà discendere solo da un mutamento della volontà degli Stati membri.

Ivan Ingravallo

Marilù Marletta

Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale

Torino, Giappichelli, 2011, pp. XVII-401



Nella fase attuale di mondializzazione dei mercati particolare rilievo assume l'indagine dedicata ai profili della regolamentazione dell'utilizzo delle risorse energetiche in una prospettiva euro-internazionale. Diversamente, in epoche precedenti l'attenzione per l'energia assumeva una connotazione prevalentemente statale, nonostante il profilarsi di interessi verso l'*import-export* di prodotti energetici, allora ricondotti in prevalenza al carbone e allo sfruttamento idrico per l'alimentazione di centrali elettriche. A ciò è corrisposto un forte interesse per lo studio dell'energia, inizialmente da parte della dottrina interna, civilista e amministrativista, considerati gli sviluppi derivanti dalla qualificazione della stessa energia come bene suscettibile di valutazione economica e dalla nascita dei sistemi concessori presenti nel settore.

Nonostante l'avvertita esigenza, nella prima metà del secolo scorso, di regolamentare a livello sovranazionale alcuni profili concernenti l'impiego e la circolazione del carbone e dell'acciaio da un lato, e dell'energia atomica dall'altro, con i ben noti e corrispettivi Trattati comunitari, non si giunge ad un approccio teorico-generale, quale premessa di un possibile diritto comunitario dell'energia.

Soltanto nell'ultimo trentennio l'attenzione dedicata ai profili della sicurezza e dell'approvvigionamento energetico, nonché alle reti interstatali di distribuzione ha stimolato lo studio della dottrina internazionalistica, prevalentemente incentrata su singoli profili settoriali o di regolamentazione dei mercati energetici. Invero, pochi studi, sia di dottrina nazionale che straniera, sono dedicati ad un inquadramento generale del tema, comprendente in maniera sistematica i diversi settori caratterizzanti tale ambito nei suoi diversi profili di diritto unionistico ed internazionale.

In tale contesto si inserisce l'importante opera qui recensita, utile punto di riferimento per lo studio del diritto dell'energia nella sua duplice prospettiva di integrazione europea e di cooperazione internazionale. Essa si articola in due parti rispettivamente dedicate all'azione dell'Unione europea nel settore di riferimento e alla cooperazione regionale ed internazionale nel settore dell'energia, corredate da un'ampia bibliografia di settore (p. 395 ss.) e da un'appendice normativa consultabile *on line*. Ciò premesso, si può osservare come la prima parte si apre con il capitolo I, dedicato alle origini e agli sviluppi della politica ener-

getica (pp. 3-32), delineando le premesse giuridiche delle scelte normative in ambito europeo a partire dai Trattati comunitari, ed altresì evidenziando le risposte giuridiche che si sono succedute agli *choc* petroliferi e alle ben note ragioni che hanno portato soltanto a partire dagli anni '90 a configurare un mercato interno dell'energia. Le problematiche sottese ad un difficile processo di liberalizzazione riguardante i principali settori energetici elettricità e gas vengono analizzate nel capitolo II (pp. 33-54), fornendo al lettore una completa analisi anche di quelle che sono le caratteristiche di tali mercati che hanno inciso sugli stessi processi di liberalizzazione a partire dalle ben note direttive 98/30/CE e 96/92/CE, rispettivamente dedicate alle norme comuni per il mercato interno del gas naturale e dell'elettricità.

Centrale per l'inquadramento degli sviluppi della politica energetica dell'Unione si pone la particolare ampia indagine compiuta nel capitolo III (pp. 55-81), ove l'autrice svolge un'ulteriore opera meritevole di rilievo, mettendo in luce il differente impianto giuridico di settore preesistente al Trattato di Lisbona rispetto al ruolo centrale che assume l'attuale art. 194 TFUE. Com'è noto, in passato si è fatto riferimento a diverse basi giuridiche riguardanti, ad esempio, il mercato interno (art. 95 TCE, ora art. 114 TFUE), l'ambiente (art. 175, par. 1 e par. 2, lett. c, TCE) e reti transeuropee, o facendo ricorso a clausole generali (art. 100 TCE, ora 122 TFUE, e art. 308 TCE, ora art. 352 TFUE) per legittimare una serie di interventi, anche improrogabili, in tema di approvvigionamento energetico, vista l'assenza di una base giuridica specifica. Certamente questa metodologia normativa, portata avanti per anni, non era ancora riuscita a far fronte alle istanze derivanti proprio dall'evoluzione del settore, richiedente sempre più un intervento unitario. Rilevante, come viene evidenziato nell'opera, si pone la scelta propria del Trattato di Lisbona compiuta con la previsione di cui all'art. 194 TFUE, ponendosi al centro del sistema normativo energetico europeo, considerata l'ampiezza dei suoi obiettivi (garantire il funzionamento del mercato dell'energia; garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione; promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili; promuovere l'interconnessione delle reti energetiche). Ben segnalati si pongono gli ulteriori elementi innovativi dell'art. 194 TFUE concernenti, da un lato il rapporto tra ambiente ed energia, dall'altro l'inserimento della c.d. clausola di solidarietà cui deve ispirarsi la politica energetica dell'Unione.

Altrettanto ampia ed articolata si profila l'indagine concernente la formazione delle norme comuni nei più importanti ambiti sui quali si articola il "Mercato interno dell'energia", trattati in ben cinque sezioni del capitolo IV: le reti transeuropee e la trasparenza dei prezzi (pp. 82-92), il mercato dell'elettricità (pp. 92-161), le energie rinnovabili (pp. 162-169), il mercato del gas (pp. 170-193) e la vasta casistica sull'applicazione delle regole di concorrenza alle imprese che operano nel mercato dell'energia (pp. 194-217).

Nel ricco panorama del volume, a completamento di un inquadramento generale della disciplina *in fieri*, l'intera parte seconda viene dedicata alla cooperazione regionale in varie aree, continentali e non, e alla cooperazione inter-

nazionale dell'energia, evidenziando come necessaria l'interdipendenza fra Stati anche all'interno di modelli organizzativi per il raggiungimento di obiettivi specifici. Di particolare rilievo e interesse risulta il capitolo II (pp. 313-350), dedicato ai profili evolutivi in materia del GATT-OMC, che evidenzia le motivazioni in base alle quali soltanto di recente in ambito OMC i prodotti e servizi energetici assumono una loro particolare connotazione.

Ampia si pone l'indagine sia sulla Carta europea dell'energia (L'Aja, 17 dicembre 1991) che sul successivo Trattato sulla Carta europea dell'Energia (Lisbona, 17 dicembre 1994), fonti principali per la regolamentazione del settore (pp. 351-390). Viene segnalato dall'autrice come a differenza delle altre fonti internazionalistiche, ove la regolamentazione del settore energetico si pone in prospettiva segmentata o settoriale, per gli atti richiamati si assiste ad una vera e propria regolamentazione organica dei profili più rilevanti. La molteplicità degli Stati che vi hanno aderito (56 Stati per la Carta) o si sono vincolati (52 per il Trattato), la rappresentatività regionale degli Stati partecipanti (America, Europa e Asia orientale), l'interconnessione e la dichiarata conformità ai principi settoriali GATT-OMC (art. 4, Parte II Trattato), senza trascurare la molteplicità di settori di cooperazione energetica che ricoprono tali documenti (dall'accesso alle risorse energetiche e il loro sviluppo all'accesso ai mercati; dalla liberalizzazione degli scambi dei prodotti energetici alla tutela degli investimenti; dalla libertà di transito al sistema di risoluzione delle controversie) fanno sì che essi rappresentano il primo modello giuridico (di *soft law* per la Carta e vincolante per il Trattato) di una regolamentazione che riflette le istanze proprie di una *governance* dell'energia. L'opera si conclude con riflessioni, sia sulle difficoltà nella realizzazione effettiva del processo di liberalizzazione dei mercati energetici all'interno dell'Unione, superabili valorizzando il principio di leale collaborazione, sia sull'importante ruolo dell'OMC e del Trattato sulla Carta dell'energia, "proiezioni nuove nelle quali leggere le tematiche energetiche e che si vogliono riportare alla forte complementarità in cui si pongono gli Stati con riferimenti ai problemi energetici" (p. 393).

Opere del genere sono di estrema utilità per lo studio di settori finora inesplorati o trattati soltanto per alcuni profili dalla dottrina internazionalistica, offrendo al lettore un inquadramento sistematico delle fonti regolatrici. Certamente la difficoltà di individuare i principi e regimi regolatori, sia nel contesto unionistico, che nell'ambito internazionale, richiede uno sforzo di non poco momento; l'opera in esame si segnala, quindi, per l'utile contributo fornito agli studiosi, ma anche agli operatori del settore, offrendo una dimensione monografica-manualistica del diritto dell'energia.

Francesco Buonomenna

Giulio Peroni

La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria

Milano, Giuffrè, 2012, pp. 206



Il libro di Giulio Peroni offre uno spaccato particolare dell'Unione monetaria e dell'euro, dove lo studio delle istituzioni deputate al suo governo, per un verso, vuole approfondire le ragioni strutturali della altalenante fortuna della “moneta unica”, per altro verso, non dimentica come la storia recente dell'euro si combini con quella del sistema finanziario e l'acuirsi dei rischi sistemici.

La riflessione dell'autore muove così dalla analisi della crisi finanziaria del 2007 e delle sue cause: i mutui *subprime* e le loro operazioni di *securization* assumono un ruolo principe (p. 13 ss.), attesa la conseguente diffusione internazionale dei titoli emessi, cui non è estranea la patente di titoli “sicuri” loro attribuita dalle agenzie di *rating* (p. 14). Si evidenzia peraltro che l'azione isolata di singoli Stati non è in grado di porre argini efficaci ad una crisi finanziaria internazionale.

In tale prospettiva, l'Unione economica e monetaria europea e l'euro scontano un peccato originale: “l'euro non è il risultato dell'Unione né economica, né, tantomeno, politica dell'Europa; non rappresenta, correlativamente, né il superamento degli Stati nazionali che ne fanno parte, né l'affermazione, da parte di quelli di una concreta volontà di procedere verso una nuova e più evoluta forma di integrazione rispetto a quella attuale” (p. 9).

L'autore procede così allo studio dei passi fatti nella direzione di una cooperazione europea in materia monetaria fino al Trattato di Maastricht del 1992 e al Trattato di Lisbona, nonché al c.d. Patto di stabilità e di crescita, le cui regole sono sottoposte alla prova di resistenza della crisi dei debiti sovrani di alcuni Stati europei (II capitolo, p. 59 ss.).

Il percorso fin qui descritto conduce in modo naturale al cuore del libro: i limiti dell'euro e delle regole di politica monetaria e la relativa analisi dei problemi (III capitolo, p. 108 ss.), prima, gli strumenti tecnico-giuridici predisposti dall'Unione europea a protezione dell'euro con conseguente analisi e proposta dei rimedi (IV capitolo, p. 151 ss.), poi.

In particolare, in sede di commento agli articoli 123 e 124 TFUE (già articoli 101 e 102 TCE) si segnala come il divieto di “ogni forma di accesso privilegiato da parte del settore pubblico ai finanziamenti pubblici, ivi compresi gli scoperti di conto corrente” comporta “che le autorità monetare non possono

anticipare agli Stati le somme necessarie a eseguire i pagamenti”. Ne deriva che gli “Stati devono raccogliere le proprie dotazioni secondo i canoni propri del mercato” (p. 121).

In tal modo, per ovviare alla conseguente impotenza delle BCE – quasi un gigante paralizzato – di fronte all’incalzare della speculazione, si profila come misura residuale “la decisione della BCE di operare sul mercato dei titoli del debito pubblico degli Stati parte dell’Eurozona” (p. 122).

Nonostante le note critiche “gli acquisti operati (...) non si pongono in contrasto con l’art. 123 TFUE, per cui è fatto divieto di procedere all’acquisto diretto (...) di titoli di debito pubblico” (p. 123). Si tratta di una misura strategica ai fini dell’alleggerimento della pressione della speculazione finanziaria sul debito sovrano degli Stati parte dell’Unione monetaria. In ogni caso si richiede un cambio di strategia “per riuscire a fronteggiare quanto avvenuto e ancora sta accadendo sui mercati internazionali” (p. 151).

Allo studio degli “strumenti” idonei a proteggere l’euro e l’Unione monetaria Giulio Peroni dedica la generosa parte finale del suo libro, dove riflette sulla riforma del sistema di *governance* avviata a partire dal 2010 dalle istituzioni europee (p. 152 ss.). In tale prospettiva si segnala il c.d. Patto *Euro Plus* descritto come una “significativa presa di coscienza dell’Unione europea in ordine alla inadeguatezza dell’approccio sin qui seguito in punto di coordinamento tra politica economica e politica monetaria” (p. 156).

E in particolare si analizza il Meccanismo europeo di stabilità nelle sue due diramazioni: l’*European Financial Stabilisation Mechanism* e l’*European Financial Stability Facility*. Il primo, istituito con regolamento (UE) n. 307/2010 del Consiglio, consente di “concedere prestiti, utilizzando risorse proprie dell’UE (...) a condizioni simili a quelle del FMI” (p. 158 ss.). L’*European Financial Stability Facility* è una società a responsabilità limitata costituita dai Paesi parte dell’Eurozona e “si sostanzia nell’essere fondamentalmente un emittente di obbligazioni” con “garanzie irrevocabili e incondizionate fornite dai singoli Stati membri dell’Eurozona” (p. 161).

Francesco Moliterni

Libri ricevuti

Chiara Amalfitano, *La procedura di “condanna” degli Stati membri dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XVI-343.

Maurizio Arcari, Louis Balmond (sous la direction de), *La gouvernance globale face aux défis de la sécurité collective*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. VI-430.

Elisa Baroncini, Susanna Cafaro, Criseide Novi, *Le relazioni esterne dell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XXII-263.

M. Eugenia Bartoloni, *Politica estera e azione esterna dell’Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 380.

Stefano Bastianon (a cura di), *L’Europa e lo sport. Profili giuridici, economici e sociali*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 157.

Fiammetta Borgia, *Il regime giuridico dell’Artico. Una nuova frontiera per il diritto internazionale?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 590.

Francesco Buonomenna, *Diritto internazionale dell’energia. Sovranità territoriale e governance internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. XII-152.

Raffaele Cadin, Cristiana Carletti, Nicola Colacino, Simone Cotura, Antonio Guarino, *Contrasto multilivello al terrorismo internazionale e rispetto dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XI-183.

Antonio M. Calamia, Marcello Di Filippo, Marco Gestri, *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionali ed europei*, Padova, Cedam, 2012, pp. XXVII-572.

Andrea Caligiuri, *L’obbligo aut dedere aut iudicare nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. IX-303.

Andrea Cannone, *Armi vietate, diritto internazionale dei conflitti armati e crimini di guerra*, Bari, Cacucci, 2013, pp. 108.

Nicolò Carnimeo, *La pesca sostenibile nel Mediterraneo. Strumenti normativi per una politica comune*, Bari, Cacucci, 2012, pp.199.

Marina Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, Cacucci, 2012, pp. XVI-249.

Francesco Cherubini, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci, 2012, pp. XVIII-300.

Carlo Curti Gialdino, *Il diritto di replica alle conclusioni degli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XV-216.

Angelo Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, tiré à part du Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye, tome 352, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 9-521.

Maria Beatrice Deli, Maria Rosaria Mauro, Federica Pernazza, Francesco Paolo Traisci (a cura di), *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 420.

Angela Del Vecchio (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 444.

Marcella Distefano, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padova, Cedam, 2012, pp. XIV-175.

Angela Di Stasi, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XV-332.

Sebastiano Faro, Mario Pilade Chiti, Erich Schweighofer (eds.), *European Citizenship and Consular Protection. New Trends in European Law and National Law*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. XIV-632.

Fabio Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, II ed., Milano, Giuffrè, 2012, pp. XX-276.

Carlo Focarelli, *Diritto internazionale*, I, *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, II ed., Padova, Cedam, 2012, pp. XXXIII-903.

Carlo Focarelli, *Diritto internazionale*, II, *Prassi (2008-2012)*, II ed., Padova, Cedam, 2012, pp. XX-349.

Carlo Focarelli, *Introduzione storica al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XXIII-549.

Pietro Gargiulo (con la collaborazione di Laura Montanari), *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, Ediesse, 2012, pp. 358.

Edoardo Greppi, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Torino, UTET, 2012, pp. XVIII-294.

Robert Kolb, Gloria Gaggioli (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. XIII-684.

Simone Marinai, *La funzione giurisdizionale nelle organizzazioni di integrazione regionale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. VIII-249.

Francesca Martines, *L'aiuto allo sviluppo e il commercio internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. XXV-454.

Francesca Martines, *L'onere della prova nell'organizzazione mondiale del commercio e valori del sistema*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, pp. 173.

Michele Messina, *Indagini preliminari e garanzie procedurali nel diritto antitrust europeo*, Padova, Cedam, 2012, pp. XVI-321.

Francesco Moliterni, *L'assicurazione della responsabilità armatoriale. P&I Clubs e obbligo assicurativo*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 309.

Bruno Nascimbene, Francesco Rossi Dal Pozzo, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2012, pp. XIV-228.

Bruno Nascimbene, Luciano Garofalo, *Studi su ambiente e diritto. Il diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 146.

Michele Nino, *Terrorismo internazionale, privacy e protezione dei dati personali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. XVI-429.

Lorenzo F. Pace (a cura di), *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. IX-326.

Rossana Palladino, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo. Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali*, Bari, Cacucci, 2012, pp. XII-287.

Massimo Panebianco, *Diritto internazionale pubblico*, IV ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. XLIII-673.

Saverio Pellegrino, Giuseppe Tempesta (a cura di), *I beni culturali di interesse religioso. Principi e norme in materia di circolazione internazionale*, Barletta, Editrice Rotas, 2012, pp. 222.

Piero Pennetta, *Integración e integraciones: Europa, América Latina y el Caribe*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2011, pp. 311.

Giulio Peroni, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. VIII-210.

Riccardo Pisillo Mazzeschi, Angela Del Vecchio, Michela Manetti, Pietro Pustorino (a cura di), *Il diritto al pluralismo dell'informazione in Europa e in Italia*, Roma, Rai Eri, 2012, pp. 342.

Giuseppina Pizzolante, *Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2012, pp.231.

Fausto Pocar, Ilaria Viarengo, Francesca C. Villata (eds.), *Recasting Brussels I*, Padova, Cedam, 2012, pp. XXIII-381.

Chiara Ragni, *I tribunali penali internazionalizzati. Fondamento, giurisdizione e diritto applicabile*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XIX-365.

Lucia Ruggeri (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 374.

Gianpaolo Maria Ruotolo, *Internet-ional Law. Profili di diritto internazionale pubblico della Rete*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 167.

Teresa Russo, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La c.d. 'Immunity Review'*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. X-122.

Livio Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Jovene, 2012, pp. XV-423.

Cristina Schepisi, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XXVII-378.

Silvana Sciarra, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi*, Bari-Roma, Laterza, 2013, pp. XII-115.

Ersiliagrazia Spatafora, Raffaele Cadin, Cristiana Carletti, *Sviluppo e diritti umani nella cooperazione internazionale. Lezioni sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo*, III ed., Torino, Giappichelli, 2012, pp. XXII-367.

Giuseppe Tempesta, *Beni culturali, circolazione giuridica e interesse religioso*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 190.

Antonio Tizzano, *Codice dell'Unione europea*, V ed., Padova, Cedam, 2012, pp. XV-815.

Chiara E. Tuo, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I. tra divieti e reciproca fiducia*, Padova, Cedam, 2012, pp. XIII-343.

Ugo Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, III ed., Bari, Cacucci, 2013, p. XIX-468.

Francesca C. Villata, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Padova, Cedam, 2012, pp. XVI-282.

Maria Chiara Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, Jovene, 2012, pp. XVIII-212.

Laura Zoppo, *La soluzione delle controversie commerciali tra Stati tra multilateralismo e regionalismo*, Napoli, Jovene, 2013, pp. XXVIII-396.

Indice degli autori



Bruno NASCIMBENE

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Claudia MORVIDUCCI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre

Nicoletta PARISI

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Catania

Ornella PORCHIA

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Torino

Stefano MONTALDO

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Torino

Pieralberto MENGOZZI

professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna

Antonello SCETTINO

dottorando di ricerca in Diritto della concorrenza e del mercato nell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli Federico II

Massimo PANEBIANCO

già ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



Ha tuttora un significato l'idea di un'Europa unita? In un momento di crisi economica generalizzato, sembrano vacillare le fondamenta stesse del progetto di solidarietà e collaborazione alla base del disegno di unificazione continentale.

La risposta è sì, a condizione però di tornare all'Europa della gente.

C'è ancora un'Europa possibile, quella dei popoli, delle libertà e della pace, non l'attuale, sotto il tallone della finanza internazionale. Un'Europa avvilita da una congiuntura che sembra interminabile, mentre il dirigismo della Banca Comune Europea impone sacrifici a tutti i Paesi, sforzi dei quali i cittadini stentano a riconoscere gli obiettivi.

L'idea europea ha tuttora un futuro, ma deve tornare al sogno originario, quello di una grande unione, fondata sulla coesione sociale e civile. Occorre quanto prima rinsaldare un nuovo patto tra le Istituzioni e i cittadini, per sostituire al rigore dell'Europa dell'economia un rinnovato fervore per l'Europa della politica.

Dobbiamo riprendere a tracciare i lineamenti di un continente nel quale i cittadini di ogni area, anche la più remota, possano riconoscersi coprotagonisti di una vicenda comuni importanti. È la storia dei Paesi d'Europa, eredi delle generazioni che hanno lottato per il progresso del Vecchio Continente, un cammino che ha dato vita allo stato sociale, ha garantito i diritti dei lavoratori, ha fatto nascere un welfare avanzato.

È questa l'Europa dalla quale ripartire, riprendendo il sogno di Ventotene, quello di intere generazioni, ora tenuto in ostaggio dai mercati finanziari.

Anche per le Regioni il futuro è in una logica di coesione. Unirsi, rafforzarsi, fare sistema.

Davanti alle realtà locali dei Paesi dell'Unione sarebbe corretto riproporre una strategia di cooperazione territoriale ad ampio raggio. Siamo proiettati verso le macro-aree, per resistere alla concorrenza internazionale e aiutare la crescita dei territori.

Il Consiglio regionale crede in questa programmazione strategica, la considera un'opportunità straordinaria per la Puglia e ne segue gli sviluppi. Auspicando per le realtà territoriali un processo di integrazione transnazionale, puntiamo ad un'aggregazione ampia e partecipata, forte della spinta alla crescita che può venire dalla valorizzazione delle diversità culturali, storiche e religiose.

Una regione è tanto più forte quanto più riesce a mettere insieme: dalle potenzialità turistiche di un Salento in pieno boom alle attrattive del Gargano, dal polo agro-alimentare dauno a quelli industriali barese, brindisino e tarantino. Tutti insieme, con i loro moderni aeroporti e con i sistemi portuali integrati fanno della Puglia la piattaforma avanzata dell'Europa nel Mediterraneo.

Sommando potenzialità diverse su una scala tanto più ampia come quella della macro area adriatica e ionica, non si può che concludere a favore di una scelta di unione, che possa coagulare aree omogenee.

Tante piccole Europa nella grande Europa, ma una sola identità delle genti, quella di cittadini del continente più antico e allo stesso tempo più moderno del mondo.

Onofrio Introna

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

TECA DEL MEDITERRANEO

“La conoscenza accresce le capacità” è il motto di Teca del Mediterraneo, la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell’Unione Europea.

Il patrimonio biblio-documentale, specializzato in amm.ne pubblica, diritto, economia, management, sociologia, autonomie locali, di Teca è valorizzato, altresì, da cinque bollettini elettronici con funzionalità ipertestuali online *Bits&NPM*, *Noprofit*, *Regio e Terminus*, veri e propri dossier tematici con l’intento di avvicinare l’utente ad una informazione ragionata, oggetto della sua ricerca, e completa di tutte le fonti bibliografiche. Le webzine sono registrate presso il Tribunale di Bari.

Teca del Mediterraneo è una Biblioteca web 2.0 per promuovere la partecipazione attiva degli utenti attraverso i social network. Dal 2010 ha una pagina Facebook, per essere aggiornati sugli eventi, novità editoriali, iniziative e nuovi acquisti; attraverso il canale video su Youtube è possibile visionare tutti i servizi video e le messe in onda tv degli eventi. L’ultima frontiera web 2.0, è arrivata nel 2011 con Twitter (@TecaMediterraneo), il social network che permette al mondo dei tweeter di ricevere news e aggiornamenti: dalle iniziative culturali agli orari degli sportelli, ai comunicati stampa.

Teca del Mediterraneo offre, attraverso la Sezione Multiculturale, attività di base rivolte all’accoglienza degli utenti stranieri. La sezione aggiorna periodicamente il fondo bibliografico raccolto nello Scaffale Multiculturale e lo promuove con iniziative compartecipate.

Teca organizza un appuntamento annuale di confronto con bibliotecari e ricercatori allo scopo di riflettere sui fattori culturali, artistici, intellettuali, sociali ed economici che portano le biblioteche, successivamente, ad intervenire nella società. Teca del Mediterraneo è inoltre impegnata nella realizzazione di progetti di cooperazione internazionale.

Cofinanziato dall’UE



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.



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)

Istituzioni di Diritto dell'Unione europea

VILLANI Ugo

XX, 476 Pagine | prezzo: 38,00 €



Sommario:

Origini, evoluzione e caratteri dell'integrazione europea. Obiettivi, principi e caratteri dell'Unione europea e dei Trattati sui quali è fondata. I principi delimitativi tra le competenze dell'Unione europea e quelle degli Stati membri. La cittadinanza europea. Le istituzioni dell'Unione europea. I procedimenti interistituzionali. Le fonti dell'ordinamento dell'Unione europea. Le competenze giudiziarie. I rapporti tra l'ordinamento dell'Unione europea e quello italiano.

Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo

PALLADINO Rossana

XII, 292 Pagine | prezzo: 28,00 €



Sommario:

Il ricongiungimento familiare e la tutela della vita familiare nello spazio giuridico europeo. PARTE I. IL DIRITTO AL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE DEI CITTADINI EUROPEI. Ricongiungimento familiare e diritti dei familiari del cittadino europeo nella normativa e nella giurisprudenza europea. Cittadinanza europea e situazioni puramente interne: il ricongiungimento familiare quale diritto per *tutti* i cittadini dell'Unione? PARTE II. IL DIRITTO AL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE E I DIRITTI DEI FAMILIARI DEI CITTADINI DI PAESI TERZI. La disciplina generale contenuta nella direttiva 2003/86/CE. Le discipline dettate per immigrati titolari di particolari *status* nell'ambito della politica di immigrazione e di asilo. Le disposizioni contenute negli accordi di associazione.

La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo

CASTELLANETA Marina



XVI, 256 Pagine | prezzo: 28,00 €

Sommario:

La tutela della libertà d'informazione nel diritto internazionale ed europeo. La protezione delle fonti dei giornalisti quale presupposto della libertà d'informazione. I doveri e le responsabilità dei giornalisti nell'esercizio della libertà d'informazione secondo il diritto internazionale. I limiti imposti agli Stati nell'applicazione di misure sanzionatorie nei confronti dei giornalisti.

L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea

CHERUBINI Francesco



XVIII, 302 Pagine | prezzo: 30,00 €

Sommario:

La Convenzione di Ginevra del 1951 e il Protocollo del 1967. La Convenzione di Roma del 1950 e i suoi Protocolli. L'evoluzione delle competenze della Comunità e dell'Unione europea in materia di asilo. Presupposti e contenuti della protezione internazionale nell'ordinamento dell'UE.

In copertina **Michel Desoubleay (Michele Desubleo), detto "Michele Fiammingo"** (Maubeuge, 1602–Parma, 1676)
Ratto d'Europa (particolare) – olio su tela, cm 120 x 167 – Modena, collezione privata

Singolare la rappresentazione del ratto di Europa da parte di Michele Desubleo (nome italianizzato di Michel Desoubleay), uno dei tanti artisti fiamminghi scesi in Italia nel Seicento (esattamente nella seconda metà degli anni Venti) alla ricerca di miglior fortuna, e qui attivo a Roma, a Bologna, nel Veneto e a Parma, dove concluse la sua vicenda terrena. Discepolo in patria, col fratello Nicolas Regnier – anch'egli pittore, insieme al quale si trasferirà in Italia –, di Abraham Janssens, entrò a Bologna nella prestigiosa bottega di Guido Reni, per accostarsi in seguito al Domenichino e al Guercino.

La nota eroina della mitologia classica protagonista della favola ovidiana, rapita da Giove in forma di toro e trasportata per mare a Creta in preda al terrore, viene rappresentata in questo bel dipinto nell'atteggiamento estatico di una santa condotta al martirio, in sintonia con la linea "purista" del caposcuola bolognese, morto nel 1642, di cui il Desubleo raccolse in un certo qual modo l'eredità artistica (il suo biografo, Malvasia, ricorda che, alla scomparsa del Reni, Desubleo divenne uno dei "primi pittori di Bologna").

Europa, il cui volto appena sollevato esprime una pacata rassegnazione, è ripresa in primissimo piano, mentre si lascia trasportare, quasi affidandoglisi, dal toro. Indossa una veste color corallo dallo scollo profilato da una fascia con decorazioni geometriche dorate, una scarpina color senape e uno straordinario manto in raso luccicante color viola. Quest'ultimo, gonfiato dal vento, forma sul suo capo una sorta di grande vela, sotto la quale sembra ricoverarsi Europa, trasformata in santa cristiana. La fiancheggiano due genietti alati (in questa doppia accezione, pagano-cristiana, veri e propri angioletti), uno dei quali regge la vela-baldacchino, attorcigliandosene un lembo al braccio, mentre l'altro sembra srotolare il lungo serto di fiori variopinti che inghirlanda il capo del placido toro. Il terrore è bandito da questa scena, dove non compaiono le ancelle di Europa, a richiamarla disperate dalla spiaggia. Europa va incontro al suo destino in solitudine, si direbbe senza un lamento. Tutta l'attenzione del pittore è concentrata su di lei, mentre la rappresentazione del mare increspato e del cielo solcato da nuvoloni presaghi di tempesta è ridotta a mero sfondo della scena in primo piano.

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. 1/2013, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2013, 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 2013).



COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*³, 2013.
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.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.



ISBN 978-88-6611-265-5



9 788866 112655

€ 22,00