ISSN 1970-0903

Studi sull'integrazione europea

numero **2-3** · **2016** | anno **XI**

Rivista quadrimestrale

CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero **2-3** · **2016** | anno **XI**

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 †, Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato di redazione
Giandonato Caggiano (coordinatore)**, Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Ivan Ingravallo, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Angela Maria Romito, Roberto Virzo**

Revisione abstracts a cura di 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, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Lina Panella, 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

© 2016 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

Angela Del Vecchio
Il valore della CEDU nella giurisprudenza costituzionale italiana 205

Giandonato Caggiano
Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo 221

Giuseppe Cataldi
Brevi osservazioni sul diritto di proprietà nella CEDU alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo 243

Anna Lucia Valvo
Crisi europea e cosmopolitismo post-globale 253

Pia Acconci
Riflessioni sull'accezione di qualità dei prodotti agroalimentari rilevante nel diritto dell'Unione europea 265

Giovanni Luchena
Coesione economica, sociale e territoriale: le zone franche urbane tra diritto europeo e ordinamento nazionale 289

Paola Puoti
L'attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali da sperimentazione nel contesto dell'armonizzazione del mercato interno e il futuro della ricerca in Italia 301

Gianpaolo Maria Ruotolo
Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi 329

Angela Maria Romito
Recenti sviluppi sul ruolo delle Corti nazionali di ultimo grado nella corretta applicazione del diritto dell'Unione europea 355

Nicola Neri
74 giorni: Il conflitto delle Falklands e la politica della Comunità Economica Europea 377

Gaspare Fiengo
Quale spazio per il principio democratico nella *governance* economica europea? 391

Nicola Ruccia
Analogie, differenze e interazioni tra il Meccanismo europeo di stabilità e il Meccanismo di risoluzione unico 407

Pierluigi Simone
I diritti derivati degli immigrati stranieri appartenenti a nuclei familiari "ricostituiti" o "ricomposti" 427

Ilaria Rivera
Il Protocollo n. 16 CEDU e la richiesta di parere consultivo, ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione 455

NOTE E COMMENTI

Sara Poli
L'Unione europea e le misure restrittive individuali a carattere economico: tendenze evolutive del quadro normativo e giurisprudenziale 475

Valentina Faggiani
Ius puniendi europeo *v*. controlimiti. Riflessioni a margine del caso *Taricco* 509

Rossana Palladino
Protezione delle finanze degli Stati membri e ridefinizione delle condizioni di esercizio delle libertà fondamentali 533

Daniela Fanciullo
Il principio della presunzione di innocenza ed i suoi corollari alla luce della direttiva (UE) 2016/343: un'occasione mancata? 557

Alessandro Nato
Il diritto alla salute dei cittadini dell'Unione e l'assistenza sanitaria transfrontaliera: recenti sviluppi 573

RECENSIONI

Angela Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, CEDAM, 2016 (A.M. Romito) 593

Roberto Virzo, Ivan Ingravallo (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015 (M. Di Filippo) 597

Caterina Fratea, Isolde Quadranti (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, ESI, 2015 (I. Ingravallo) 601

Libri ricevuti 603

Indice degli autori 605

Indice del Volume XI (2016) 607

Summary

ARTICLES

Angela Del Vecchio
The Legal Value of the ECHR in the Case-law of the Italian Constitutional Court 205

Giandonato Caggiano
Rise and Fall of the Balkan Route: Externalization *versus* Solidarity towards Asylum Seekers 221

Giuseppe Cataldi
Reflections on the Right of Property under ECHR in the Light of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights 243

Anna Lucia Valvo
European Crisis and Post-Global Cosmopolitanism 253

Pia Acconci
Reflections on the Relevant Concept of Quality of Agro-food Products within the European Union Law 265

Giovanni Luchena
Economic, Social and Territorial Cohesion: The Urban Free Zones 289

Paola Puoti
Implementing Directive 2010/63/EU on the Protection of Animals Used for Scientific Purposes in the Light of the Internal Market Harmonization and the Future 301

Gianpaolo Ruotolo
The Latest Generation of EU Trade Agreements and Its Relationships with the Multilateral Trading System 329

Angela Maria Romito
New Trends on the Role of the National Highest Courts in the Correct Application of EU Law 355

Nicola Neri
74 Days: The Falklands Conflict and the European Economic Community Policy 377

Gaspare Fiengo
What Dimension to the Democratic Principle into the European Economic Governance? 391

Nicola Ruccia
Similarities, Differences and Interactions between the European Stability Mechanism and the Single Resolution Mechanism 407

Pierluigi Simone
The Derivative Rights of Foreign Immigrants Belonging to 'Reconstituted' or 'Blended' Families 427

Ilaria Rivera
Protocol No. 16 ECHR and the Request for an Advisory Opinion, i.e. a Form of 'Conventional Reference' to the Strasbourg Court: Some Remarks Three Years after Its Adoption 455

NOTES AND COMMENTS

Sara Poli
The European Union and Individual Restrictive Measures of Economic Nature: Evolutions of the Legal Framework and the Case-law 475

Valentina Faggiani
European *Ius Puniendi* vs. Counter-limits. Reflections on the *Taricco* Case 509

Rossana Palladino
Protection of Member States' Public Finances and Redefinition of the Conditions for Exercising Fundamental Freedoms 533

Daniela Fanciullo
The Principle of Presumption of Innocence and Its Corollaries in the Light of Directive (EU) 2016/343: A Missed Opportunity? 557

Alessandro Nato
The Right to Health for EU Citizens and Cross-border Healthcare: Recent Developments 573

BOOK REVIEWS

Angela Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, CEDAM, 2016 (A.M. Romito) 593

Roberto Virzo, Ivan Ingravallo (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015 (M. Di Filippo) 597

Caterina Fratea, Isolde Quadranti (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, ESI, 2015 (I. Ingravallo) 601

Books received 603

List of contributors 605

Index of Volume XI (2016) 611

Articoli

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 205-220

Angela Del Vecchio*

Il valore della CEDU nella giurisprudenza costituzionale italiana

Sommario: 1. Le prime sentenze della Corte costituzionale riguardanti il rango delle norme CEDU nell'ordinamento italiano. – 2. Il problema della "copertura" costituzionale delle norme CEDU. – 3. Il riconoscimento alla CEDU di una funzione ermeneutica ausiliaria. – 4. La riforma del titolo V e il valore di norme interposte riconosciuto dalla Corte costituzionale alle norme CEDU. – 5. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze gemelle. – 6. Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia.

1. Il rapporto intercorrente tra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) non è stato mai del tutto facile per una serie di motivi, il primo dei quali è la procedura scelta dal Parlamento per l'adattamento del diritto interno alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) attraverso la legge ordinaria 4 agosto 1955, n. 848. Lo strumento della legge ordinaria adottato per la ratifica e l'esecuzione della Convenzione ha comportato la mancata costituzionalizzazione delle sue norme, pur trattandosi di disposizioni che da un punto di vista materiale avevano e hanno un contenuto sicuramente costituzionale. Sin dall'inizio, a causa quindi della fonte legislativa ordinaria impiegata per introdurla nell'ordinamento italiano il rango della Convenzione nella gerarchia delle fonti del diritto interno non poteva essere che quello dell'atto-fonte, che ha operato l'adattamento[1].

Tuttavia, già nel primo periodo di vigenza della Convenzione, la difformità tra la forma e la sostanza delle norme introdotte ha prodotto problemi e difficoltà, a motivo dei quali la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sul rango delle norme CEDU nell'ordinamento italiano. Nelle prime sentenze essa ha confermato che la CEDU non godeva di una copertura costituzionale e che, in linea generale, in assenza di una specifica norma costituzionale di tutela, le convenzioni internazionali ratificate e rese esecutive nell'ordinamento italiano hanno il rango di

* Ordinario di Diritto internazionale nella LUISS "Guido Carli" di Roma.

[1] Si veda *ex pluribus* A. D'Atena, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enciclopedia giuridica*, I, 1988; U. Villani, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 10.

legislazione ordinaria[2]. Ne conseguiva pertanto che ai fini della soluzione di conflitti tra norme di adattamento contenute in leggi ordinarie e leggi ordinarie successive andassero applicati i principi fondamentali *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat legi generali*.

Rispetto all'osservanza di tali principi formali l'unica eccezione che è possibile rilevare nella giurisprudenza meno recente della Corte costituzionale è quella contenuta nella sentenza 10/1993, in cui la Corte ha sancito la particolare forza di resistenza della CEDU, dovuta al fatto che si tratta "di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria"[3]. In tal modo, pur non attribuendo un rango costituzionale o quasi-costituzionale alla CEDU, il Giudice delle leggi giungeva a garantirne egualmente di fatto un rango prevalente rispetto alla legge ordinaria.

2. Una riflessione più attenta sul valore della CEDU nell'ordinamento italiano è apparsa in seguito necessaria, quando si è passati dal piano teorico, volto solo a considerare la forma dell'atto utilizzato per l'esecuzione della CEDU, a quello sostanziale diretto invece a valutare le singole norme della Convenzione, il cui contenuto per generale ammissione è ritenuto di natura costituzionale.

In tale contesto il problema della "copertura" costituzionale delle norme della CEDU è andato assumendo nel tempo un crescente rilievo e ha suscitato in dottrina un ampio dibattito riguardo a profili diversi, tra cui precipuo rilievo hanno assunto le argomentazioni che rinviano all'art. 10, co. 1, Cost., il quale dispone: "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute". In particolare, l'espressione "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute" ha dato origine ad interpretazioni difformi. Infatti, se esiste convergenza di opinioni che in essa rientri la nozione di diritto consuetudinario[4], non altrettanto può dirsi riguardo a quella di "principi generali di diritto internazionale generalmente riconosciuti dalle nazioni civili"[5], che pure è frequentemente utilizzata nel diritto internazionale.

Secondo un'opinione dottrinale, vi sarebbero infatti alcune disposizioni di portata universale, quali ad esempio quelle emanate per la tutela dei diritti della persona

---

[2] Cfr. sent. Corte cost., n. 188/1980, par. 5 del *Considerato in diritto*, nella quale si esclude per la CEDU la copertura *ex* articoli 10 e 11 Cost.; vedi anche sent. Corte cost., n. 15/1982, par. 3 del *Considerato in diritto*.

[3] Cfr. sent. Corte cost., n. 10/1993, par. 2 del *Considerato in diritto*. Nello stesso anno la Corte di cassazione, sez. I, 12 maggio 1993, n. 319, caso *Medrano*, giungeva, sia pure con motivazioni diverse, alle medesime conclusioni.

[4] Cfr. ad es. sent. Corte cost., n. 323/1989, par. 4 del *Considerato in diritto*.

[5] Si veda in proposito tra gli altri L. Sico, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale generale,* in *Enciclopedia del diritto*, II, 1998, p. 35; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2013, IX ed., p. 50 ss. Al riguardo C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II t., Padova, 1976, IX ed., p. 1483, nota 3, sostiene che "le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute" non siano da confondere con "i principi generali di diritto internazionale generalmente riconosciuti dalle nazioni civili, cui fa riferimento l'art. 38 dello statuto della corte internazionale di giustizia dell'Aja e che sono oggetto di divergenti opinioni per quanto riguarda la loro determinazione". Vedi anche A. D'Atena, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2012, p. 189.

come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948[6], che rientrerebbero nei principi generali riconosciuti dalle nazioni civili, rispetto alle quali è stato posto il problema di stabilire se per esse operi il meccanismo previsto dall'art. 10 Cost.

Al riguardo, tralasciando di soffermarsi su quelle opinioni, ormai datate, che invocano l'applicazione alle norme pattizie dell'art. 10 in forza o del principio *pacta sunt servanda*[7] o del principio *pacta recepta sunt servanda*[8], secondo autorevole dottrina la questione particolare che va esaminata è se le disposizioni internazionali sui diritti dell'uomo possano essere annoverate, indipendentemente dalla loro genesi pattizia, nell'ambito delle "norme internazionali generalmente riconosciute". In proposito è stato osservato che il contenuto delle suddette disposizioni è in larga parte coincidente con quello della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, con disposizioni cioè che, secondo un'interpretazione prevalente, sono da considerare in ragione del loro oggetto obbligatorie per i tutti i soggetti di diritto internazionale e quindi facenti parte del diritto internazionale generale.

Su tale base è stato pertanto sostenuto che la CEDU può essere considerata "una sorta di trattato di codificazione di regole generali, già esistenti nella comunità internazionale. Rappresenti cioè, un atto ricognitivo di norme di diritto internazionale consuetudinario"[9].

La suddetta tesi è apparsa rafforzarsi quando a partire dall'art. 6 TUE formulato a seguito del Trattato di Amsterdam del 1997 i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU sono stati configurati quali "principi generali del diritto comunitario". Tale formulazione è stata poi ripresa in tutte le successive revisioni dei Trattati comunitari ed attualmente nel Trattato di Lisbona il richiamo alla Convenzione è operato dall'art. 6, par. 3, TUE, che dispone che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea "e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Tralasciando di esaminare se tale formulazione abbia introdotto o meno nell'ordinamento comunitario un semplice parametro all'interpretazione della Corte di giustizia UE o un criterio di rinvio o una vera e propria fonte formale dell'ordinamento comunitario, in dottrina è stata sollevata la questione se "la configurazione dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU quali 'principi generali del diritto comunitario'" possa comportare l'applicabilità alla Convenzione stessa dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in tema di "principi fondamentali" del diritto UE,

---

[6] Si veda in proposito G. Zagrebelsky, in *Incontro fra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, Servizio studi Corte costituzionale, Roma, 2000, p. 68.

[7] Tale orientamento dottrinale è svolto da R. Quadri, *Diritto internazionale*, Napoli, 1968, V ed., p. 63 ss. Per un'analisi di questa teoria si veda tra gli altri L. Sico, *Considerazioni sull'interpretazione dell'art. 11 della Costituzione*, in *Diritto Internazionale*, 1966, p. 312 ss.; A. D'Atena, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità dei trattati internazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 1967, p. 614 ss.; G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne,* in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2009, p. 200 ss.

[8] Vedi A. Cassese, *L'art. 10 e l'incostituzionalità di atti normativi contrari a norme interne di adattamento al diritto internazionale generale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1964, p. 262 ss.

[9] Così P. A. Capotosti, in *Incontro fra la Corte costituzionale*, cit., p. 90; vedi anche P. Barile, *Rilievi sull'adattamento automatico del diritto interno al diritto internazionale convenzionale*, in *Studi parmensi*, Milano, 1977, p. 3 ss.

secondo cui "essi godono appunto nell'ordinamento interno, della 'copertura' costituzionale approntata dall'art. 11 Cost."[10].

In effetti, l'interpretazione dell'art. 11 Cost. come possibile "copertura" costituzionale delle disposizioni della CEDU è stata autorevolmente proposta in dottrina[11], ma, pur se presa in considerazione, non è stata accolta nella giurisprudenza. Infatti, la Corte costituzionale italiana, chiamata ad esprimersi sul richiamo operato nel tempo dai Trattati UE alla CEDU, ha stabilito che le disposizioni introdotte in materia nei Trattati di revisione non hanno determinato l'attrazione della Convenzione nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea e non hanno dunque comunicato a tale Convenzione le caratteristiche proprie del diritto UE, tra cui specificamente il primato e l'effetto diretto. In alcun modo quindi, secondo la Corte, si può ritenere che il richiamo effettuato nei Trattati UE possa essere interpretato nel senso di voler trasformare la Convenzione in una parte del diritto dell'Unione[12].

In realtà, è agevole osservare che nelle molteplici pronunce riguardanti l'applicabilità sia dell'art. 10 sia dell'art. 11 Cost. il dibattito dottrinale ha influenzato in minima parte la giurisprudenza della Corte costituzionale. Tra le diverse sentenze, tralasciando la giurisprudenza più risalente, va in particolare segnalata la n. 349 del 2007, che nel par. 6.1 del *Considerato in diritto*, come si vedrà in seguito, ha chiarito molteplici aspetti del rapporto Corte EDU-Corte costituzionale. In tale sentenza si è affermato che l'art. 10 Cost., sancendo l'adeguamento automatico dell'ordinamento alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, "concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario (…), mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano princìpi o norme consuetudinarie del diritto internazionale"[13].

In merito quindi alla questione che tanto dibattito dottrinale ha suscitato si può segnalare che nella giurisprudenza costituzionale non è stata accolta né l'interpretazione estensiva dell'art. 10, né quella dell'art. 11 Cost.

3. Al di là di tale inquadramento generale, in una prima fase del processo evolutivo della sua giurisprudenza in materia, la Corte costituzionale ha ammesso soltanto che la CEDU potesse essere utilizzata, a livello interpretativo, per integrare il parametro giuridico costituzionale, con la possibilità pertanto di giungere ad un'interpre-

[10] Tale tesi viene avanzata da P. A. Capotosti, *op. cit.*, p. 92.

[11] Vedi B. Conforti, *op. cit*., p. 60, e P. A. Capotosti , *op. cit.*, p. 91 ss.

[12] Sulla corretta interpretazione da dare all'art. 6, par. 3, TUE, tra le tante si veda in giurisprudenza recente la sentenza n. 80 del 2011, in cui la Corte cost. chiarisce che il richiamo alla CEDU contenuto nel par. 3 del medesimo art. 6 costituisce "una disposizione che riprende (…) lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona". Si veda anche in proposito G. Tesauro, *op. cit*., p. 221 ss.

[13] Cfr. sent. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, par. 6.1 del *Considerato in diritto*. Anche più recentemente la Corte nella sent. n. 210/2013 ha ribadito che "in linea di principio, dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come princìpi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost., né, correlativamente, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la predetta Convenzione (sentenze n. 303 del 2011; n. 349 del 2007)".

tazione estensiva dei diritti e libertà previsti espressamente dalla Costituzione[14]. Ciò ha riguardato sia singoli diritti costituzionalmente protetti, sia affermazioni di principio, ad es. attraverso la clausola generale di tutela dei diritti umani *ex* art. 2 Cost.

In proposito assume rilievo la sentenza n. 388 del 1999, in cui la Corte ha chiaramente riconosciuto alla CEDU una funzione ermeneutica ausiliaria[15]. In essa si legge, infatti, che indipendentemente dal valore da attribuire alle norme della stessa, i diritti umani garantiti dalla Costituzione e quelli garantiti dalla CEDU "si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione"[16].

A seguito dell'espresso riconoscimento della funzione ermeneutica ausiliaria della CEDU da parte della Corte costituzionale i giudici interni sono tenuti quindi ad interpretare le norme interne in maniera conforme alle norme CEDU e all'interpretazione di esse fornita dalla Corte di Strasburgo. Ciò comporta che, qualora la norma interna si presti a più interpretazioni, il giudice deve scegliere, "*anche a costo di qualche forzatura della lettera della norma interna*"[17], quella che permetta il rispetto della Convenzione.

Del resto, tale soluzione del problema relativo alle norme CEDU è la medesima adottata più in generale dalla Corte costituzionale in merito al ruolo riconosciuto al diritto internazionale pattizio nell'ordinamento interno. Infatti, sia in dottrina, sia nella giurisprudenza costituzionale precedente alla riforma del titolo V esiste consenso unanime sul fatto che il diritto internazionale pattizio debba avere significativo rilievo nella interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione, ma non possa essere assunto a parametro di costituzionalità: "Cosicché, una loro eventuale contraddizione da parte di norme

[14] Cfr. sent. Corte cost., n. 137/1984, par. 6, e sent. Corte cost., n. 388/1999, par. 2.1. del *Considerato in diritto*.

[15] Tale orientamento giurisprudenziale è costantemente confermato. Si vedano ad esempio le sent. Corte cost., n. 39/2008, par. 5 del *Considerato in diritto*, e n. 311/2009, par. 6 del *Considerato in diritto*, in cui si afferma che non solo ai giudici comuni, ma anche alla Corte costituzionale "è precluso sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserva, ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione". Si veda in dottrina tra gli altri F. Salerno, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 647 ss.; E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea secondo la Corte costituzionale*, in M. Fragola (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012, p. 82 ss.; B. Randazzo, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella Giurisprudenza Costituzionale*, www.cortecostituzionale.it, para 2.6 F).

[16] Cfr. sent. Corte cost., n. 388/1999, par. 2.1 del *Considerato in diritto*, in cui si dichiara: "Indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale (tra le molte sentenze n. 188 del 1980 e n. 315 del 1990), mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione (sentenza n. 172/1987), è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (cfr. sentenza n. 399 del 1998): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione (…), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione".

[17] Si veda in proposito U. Villani, *op. cit*., pp. 21-22.

legislative interne non determinerebbe di per sé – cioè indipendentemente dalla mediazione di una norma della Costituzione – un vizio d'incostituzionalità"[18].

4. Il problema del valore delle norme della CEDU nell'ordinamento interno ha trovato una, sia pure parzialmente incompleta, soluzione nella riforma costituzionale del titolo V operata tramite la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Essa, prevedendo nell'art. 117, co. 1, Cost. il rispetto da parte del legislatore non solo della Costituzione, ma anche "*dei vincoli derivanti* (…) *dagli obblighi internazionali*", ha colmato la lacuna normativa prima esistente, in quanto ha stabilito che la legislazione statale deve essere esercitata "nel rispetto dei vincoli (…) internazionali".

È stata in tal modo sancita di riflesso la preminenza delle norme CEDU rispetto alle leggi ordinarie successive e sono stati deferiti alla competenza della Corte costituzionale gli eventuali contrasti con le leggi successivamente emanate nel tempo o le valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto. Contestualmente è stato quindi sottratto al giudice comune il potere di verificare l'applicabilità della norma interna ritenuta in contrasto con una norma CEDU, in quanto il controllo della compatibilità tra le due verrebbe a presentarsi come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, co. 1, Cost.

Si osserva peraltro che la Corte, anche dopo l'entrata in vigore della riforma del 2001, pur richiamando con frequenza le norme della Convenzione ed utilizzandole come strumento interpretativo[19], non ha riaperto il dibattito in merito al rango delle stesse fino all'avvento delle sentenze c.d. *gemelle* n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007, con le quali essa ha affrontato nuovamente e risolto, almeno così è sembrato, il problema del rango da attribuire alla Convenzione nella gerarchia delle fonti italiana[20].

---

[18] Cfr. sent. Corte cost., n. 15/1996, par. 2 del *Considerato in diritto*: "se non impedisce di attribuire a quelle norme grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione – impedisce però di assumerle in quanto tali come parametri nel giudizio di costituzionalità delle leggi (ex pluribus, sentenze nn. 323 del 1989, 153 del 1987 e, specificamente, sentenza n. 188 del 1980)". Si veda a tal proposito anche M. Ruotolo, *La "funzione ermeneutica delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Diritto e Società*, 2000, p. 291 ss.; Id., *Incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale*, in A. Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014, p. 161 ss.

[19] Si segnalano tra le pronunce della Corte contenenti riferimenti a norme CEDU intercorrenti tra la riforma costituzionale e il 2006, cioè prima delle sentenze gemelle del 2007: ordinanza n. 20/2002; ordinanza n. 179/2002; sentenza n. 199/2003; sentenza n. 262/2003; ordinanza n. 61/2004; ordinanza n. 144/2004; ordinanza n. 169/2004; sentenza n. 257/2004; ordinanza n. 332/2004; ordinanza n. 90/2005; ordinanza n. 97/2005; ordinanza n. 115/2005; ordinanza n. 139/2005; ordinanza n. 206/2005; ordinanza n. 212/2005; ordinanza n. 230/2005; ordinanza n. 250/2005; sentenza n. 282/2005; ordinanza n. 372/2005; ordinanza n. 375/2005; ordinanza n. 376/2005; ordinanza n. 429/2005; sentenza n. 408/2005; ordinanza n. 37/2006.

[20] Sulle sentenze gemelle esiste un'abbondante bibliografia, *ex plurimis* si veda M. Cartabia, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 3564; U. Villani, *op. cit*., p. 7 ss.; L. Condorelli, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301 ss.; G. Cataldi, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, *ivi*, p. 325 ss.; C. Salazar, A. Spadaro, *Riflessioni sulle sentenze 348-349 della Corte costituzionale*, Milano, 2009; F. Salerno, *op. cit*., p. 637 ss.; A. Di Stasi, *I rapporti fra l'ordinamento*

In effetti, nelle due sentenze per la prima volta le norme CEDU vengono definite dalla Corte costituzionale come "norme interposte", come norme cioè "che integrano il parametro costituzionale, *pur rimanendo* (…) ad un livello sub-costituzionale"[21]. La Corte ha negato così che le norme della CEDU, nell'interpretazione loro data dalla Corte di Strasburgo[22], acquistino la forza delle norme costituzionali e siano perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale da essa effettuato, ma "proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione".

In particolare, l'esigenza della conformità delle norme CEDU alla Costituzione è definita nella sentenza n. 348 assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. Da ciò consegue che qualora una norma interposta risulti in contrasto con la Costituzione, non solo non potrà fungere da parametro per la verifica della legittimità costituzionale, ma dovrà – sanzione ancor più grave – essere espunta dall'ordinamento giuridico italiano.

Inoltre, il giudice delle leggi aggiunge che si deve "escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al *ragionevole bilanciamento* tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione"[23].

In sintesi, per la loro piena operatività le norme CEDU devono superare il vaglio della compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali, come l'Unione europea, rispetto alle quali sono state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 Cost. ed inoltre nei loro confronti può essere effettuato un controllo che bilanci il vincolo di rispetto degli obblighi internazionali e la tutela degli interessi protetti nei restanti articoli della Carta.

Quanto stabilito dalla Corte costituzionale nelle sentenze gemelle è stato confermato nella successiva giurisprudenza della Corte stessa, che ha ribadito la natura di norme interposte e la necessità di considerarne l'interpretazione fornita dalla

---

italiano e il sistema convenzionale, in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Padova, 2016, p. 73 ss.

[21] Corsivo aggiunto. Cfr. sent. Corte cost., n. 348/2007, par. 4.7 del *Considerato in diritto*, e sent. Corte cost., n. 349/2007, par. 6.2 del *Considerato in diritto*.

[22] La Corte costituzionale, nel fare riferimento a norme della CEDU, ha infatti sovente svolto argomentazioni espressive di un'interpretazione conforme alla Convenzione (cfr. sentenze n. 376/2000 e n. 310/1996), ovvero ha richiamato dette norme, e la *ratio* ad esse sottesa, a conforto dell'esegesi accolta (sent. n. 299/2005 e n. 29/2003), avvalorandola anche in considerazione della sua conformità con i "valori espressi" dalla Convenzione, "secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo" (sentenze n. 299 del 2005; n. 299 del 1998), nonché sottolineando come un diritto garantito da norme costituzionali sia "protetto anche dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti (…) come applicato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo" (sentenza n. 154 del 2004). Cfr. sent. Corte cost., n. 349/2007, par. 6.1.1 del *Considerato in diritto*.

[23] Corsivo aggiunto. Cfr. sent. Corte cost., n. 348/2007, par. 4.7 del *Considerato in diritto.*

Corte EDU, sia pure nel rispetto dei limiti enunciati. Ciò è avvenuto ad esempio, nella sentenza del 27 febbraio 2008, n. 39, e nella sentenza del 24 luglio 2009, n. 239, in cui si dichiara che "al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma Cost. (sentenza n. 349 del 2007, par. 6 del *Considerato in diritto*; analogamente sentenza n. 348 del 2007, par. 5 del *Considerato in diritto*)"[24].

5. Le sentenze gemelle non hanno, tuttavia, condotto alla definitiva archiviazione del dibattito riguardante il ruolo della CEDU e delle sentenze della Corte EDU nelle questioni di legittimità costituzionale.

Successive pronunce della Corte sono andate, infatti, rivedendo quanto dichiarato nelle sentenze 348 e 349 e in esse si evince come il Giudice delle leggi abbia talvolta fatto ricorso alla tecnica del *distinguishing* – tipica strategia usata negli ordinamenti di *common law* da giudici che vogliano allontanarsi da un precedente di rilievo – per discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo[25]. Mettendo in luce elementi di differenziazione tra il caso giudicato dalla Corte EDU e il caso sottoposto a questione di legittimità, la Corte infatti non si è, in alcuni casi, adeguata a quanto deciso dalla Corte EDU. Si legge ad esempio nel testo della sentenza n. 239/2009 che "la Corte remittente, per giustificare l'estrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un principio di diritto che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la analogia fra quel caso specifico e quello, non necessariamente identico, su cui era chiamata a giudicare"[26].

Sempre nel 2009 e quindi solo dopo due anni dalle sentenze gemelle la Corte costituzionale ha emesso due nuove sentenze a firma dei medesimi redattori delle due famose pronunce del 2007, le c.d. "*gemelle-bis*", ovvero la sentenza n. 311 del 26 novembre 2009 e la n. 317 del 4 dicembre 2009, che effettuano importanti distinguo in merito all'obbligo di uniformarsi alle norme CEDU e hanno dato origine ad un ampio dibattito sull'applicazione dell'art. 53 CEDU e sul conseguente margine di apprezzamento che è concesso agli Stati nell'aderire alle pronunce del giudice europeo.

In particolare nella sentenza n. 311/2009 la Corte costituzionale ribadisce quanto già detto in passato e cioè che, in caso di contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, spetta al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, il compito di applicare le norme CEDU, nell'interpretazione effettuata dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti: "Solo quando ritiene che non sia possibile

---

24 Cfr. sent. Corte cost., n. 239/2009, par. 3 del *Considerato in diritto*.

25 Vedi tra gli altri F. Giuffrè, *Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: un dialogo senza troppa confidenza"*, in *federalismi.it*, n. 7/2016, p. 9.

26 Cfr. sent. Corte cost., n. 239/2009, par. 3 del *Considerato in diritto*.

comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (…) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità (anche sentenza n. 239 del 2009), con riferimento al parametro dell'art. 117 o anche all'art. 10, primo comma, Cost., se si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta"[27].

Una volta richiamati i punti salienti della sua giurisprudenza in materia, la Corte precisa che in sede di giudizio sulla costituzionalità di una norma CEDU verrà innanzitutto verificato che il contrasto tra questa e la norma interna effettivamente sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistemica, della norma interna rispetto alla norma europea, come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Successivamente, verrà compiuto un diverso controllo volto a verificare che "il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53"[28].

Come è noto, infatti, l'art. 53 stabilisce: "Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi".

Sulla base quindi dei poteri riconosciuti agli Stati contraenti dal citato articolo della CEDU, la Corte costituzionale compie un ulteriore controllo per verificare che la norma nazionale non offra una tutela più intensa di quella ricavabile dalla Convenzione, poiché in quest'ultimo caso non sussisterebbe nessun contrasto con essa, né violazione costituzionale.

Quanto affermato nella sentenza n. 311/2009 in relazione all'art. 53 è ripreso e precisato dal Giudice delle leggi nella sentenza *gemella bis* 317 del 2009, in cui viene ulteriormente ribadito che "il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa"[29].

Il confronto tra tutela offerta dalla CEDU e la tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve invero essere eseguito "mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti"[30]. Nel compiere tale confronto la Corte opera un bilanciamento tra quanto stabilito nelle norme convenzionali e quanto disposto dalle norme costituzionali dirette a garantire i diritti fondamentali della persona, come si è già sopra evidenziato[31].

---

27 Cfr. sent. Corte cost., n. 311/2009, par. 6 del *Considerato in diritto*.
28 *Ibidem*.
29 Cfr. sent. Corte cost., n. 317/2009, par. 7 del *Considerato in diritto*.
30 *Ibidem*.
31 Vedi *supra*, par. 4.

Dal canto suo, la stessa Corte di Strasburgo ha riconosciuto che in determinati casi gli Stati abbiano la facoltà di discostarsi dai suoi orientamenti in base al "margine di apprezzamento nazionale", ammesso come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, si osserva agevolmente nella giurisprudenza costituzionale che il margine di apprezzamento, nozione della quale peraltro non è stata mai fornita una esaustiva definizione, è stato di norma utilizzato per distinguere le misure ammesse (in quanto interne al margine di apprezzamento) da quelle non ammesse (in quanto eccedenti tale margine e quindi costituenti violazione della Convenzione)[32].

Pertanto, facendo riferimento al margine di apprezzamento, è stato talvolta possibile alla Corte costituzionale evitare il confronto tra una norma interna e una della CEDU, al fine di garantire una completa e soprattutto uniforme tutela dei diritti umani nell'ordinamento interno[33].

Nei medesimi termini il giudice delle leggi si esprime in successive sentenze tra cui quella del 7 aprile 2011, n. 113[34] e quella del 22 luglio 2011, n. 236, nonché nella sentenza dell'11 novembre 2011, n. 303, in cui ha occasione di ribadire in maniera precisa il proprio "potere di 'verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione'" (sentenza n. 311 del 2009), "ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato" (sentenza n. 113 del 2011). Ovvero di "valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza" (sentenza n. 317 del 2009)[35].

Ritorna il giudice costituzionale sulla questione del margine di apprezzamento concesso dalla CEDU anche nell'ordinanza n. 150 del 2012, in cui afferma che occorre rispettare *la sostanza* della giurisprudenza della Corte di Strasburgo "con un margine di apprezzamento e di adeguamento che consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (ex plurimis, sentenze n. 236 del 2011 e n. 317 del 2009), ferma la verifica, spettante a questa Corte, della 'compatibilità della norma CEDU, nell'inter-

[32] Si è discusso ampiamente in dottrina sul margine di apprezzamento, si veda tra gli altri S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2000; F. Donati, P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, 2003, Torino, p. 67; F. Salerno, *op. cit.*, p. 649 ss.; v. anche i contributi presentati all'Incontro di studio su *Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, svoltosi il 20 settembre 2013 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, www.cortecostituzionale.it.

[33] Si veda anche in proposito la sent. Corte Cost., n. 15/2012, par. 3.3 del *Considerato in diritto*.

[34] Cfr. sent. Corte cost., n. 113/2011, par. 8 del *Considerato in diritto*.

[35] Cfr. sent. Corte cost., n. 303/2011, par. 4.2 del *Considerato in diritto*; n. 193/2016, par. 3.3 del *Considerato in diritto*.

pretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione' (sentenza n. 349 del 2007; analogamente, tra le più recenti, sentenze n. 113 e n. 303 del 2011)"[36].

In questo contesto, malgrado il rilievo riconosciuto alle norme CEDU e il frequente richiamo alle stesse operato dalla Corte costituzionale, dalle sentenze citate sembra che emerga un orientamento costituzionale in parte diverso da quello espresso nelle due *sentenze gemelle* del 2007, diretto a restringere l'ambito di applicabilità nell'ordinamento interno delle norme CEDU contrastanti con norme interne, in quanto sempre più frequentemente viene utilizzato il margine di apprezzamento concesso allo Stato dalla Convenzione e viene giustificata tale posizione con la necessità di adeguare alla natura e alle disposizioni dell'ordinamento interno le norme CEDU[37].

6. Nell'osservato processo evolutivo in corso nella giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti con la CEDU appaiono meritevoli di particolare attenzione alcune sentenze, tra cui quella del 28 novembre 2012, n. 264, con la quale il giudice delle leggi, pur non rinnegando la precedente giurisprudenza, ricostruisce in maniera nuova il rapporto con la Corte EDU. In tale pronuncia, infatti, anche se riprende quanto enunciato nelle sentenze gemelle e in tutta la giurisprudenza successiva, la Corte costituzionale introduce un elemento nuovo, definendo per la prima volta la propria posizione nei confronti della Corte di Strasburgo come quella di "giudice finale", non della interpretazione della norma CEDU, che riconosce appartenere sempre alla Corte di Strasburgo, ma del come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano[38].

A supporto di tale affermazione la Corte costituzionale chiarisce le differenze di ruoli e di funzioni delle due Corti e, mentre riconosce che la Corte di Strasburgo ha il monopolio ermeneutico delle disposizioni della Convenzione e il compito di effettuare una valutazione del singolo caso sottopostole[39], dichiara che spetta invece

[36] Cfr. ordinanza Corte cost., n. 150/2012.

[37] Per un commento in dottrina vedi tra gli altri M. Ruotolo, *op. cit.*, p. 159. Nella sent. n. 230/2012, par. 7 del *Considerato in diritto*, il giudice costituzionale conferma ancora una volta che una norma CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, integra il parametro interposto di legittimità quando "non venga a trovarsi in conflitto con altre conferenti previsioni della Costituzione italiana (sentenze n. 303, n. 236 e n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 317 e n. 311 del 2009), e ferma restando, altresì, la spettanza a questa Corte di un 'margine di apprezzamento e di adeguamento', che – nel rispetto della 'sostanza' della giurisprudenza di Strasburgo – le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi (sentenze n. 303 e n. 236 del 2011, n. 311 del 2009)"

[38] Infatti, la Corte testualmente dichiara: "Se, come più volte affermato da questa Corte (sentenze n. 236, n. 113 e n. 1 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009, n. 39 del 2008, n. 349 e n. 348 del 2007), il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, (...) esso però è tenuto a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano". Cfr. sent. Corte cost., n. 264/2012, par. 4.2 del *Considerato in diritto*.

[39] Vedi in proposito la sent. n. 317/2009, par. 7 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte costituzionale ha già avuto occasione di sottolineare la natura casistica della giurisprudenza europea, affermando che

ad essa inquadrare la ricevibilità di una norma CEDU, tutelando tutti gli interessi in gioco nell'ordinamento interno e compiendo un bilanciamento con altri interessi costituzionalmente tutelati[40]. Il Giudice delle leggi deve infatti confrontarsi costantemente con problemi di coerenza sistemica delle proprie decisioni e quindi, benché non contesti il ruolo della Corte EDU, riafferma tuttavia esplicitamente la propria competenza a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano[41].

Oltre alla diversità delle funzioni svolte dalla Corte europea e dalla Corte italiana sopra indicate, vanno prese in considerazione altre due differenze significative esistenti tra esse e cioè la diversa rilevanza che riveste nei loro giudizi il caso concreto e il differente impatto delle pronunce delle Corti stesse nell'ordinamento interno degli Stati.

Per quanto riguarda la prima differenza, da un lato è indiscusso che il caso concreto è per la Corte costituzionale l'elemento che pone la legge censurata a contatto con la realtà applicativa e che rende manifesto, attraverso l'applicazione, un vizio che inficia la legge. Non è però il caso concreto, ma la norma nella sua formulazione generale-astratta che viene sottoposta al giudizio di costituzionalità e la Corte ricorda che essa non giudica in merito al caso sottopostole, che viene rinviato al giudice per la sua soluzione.

Dall'altro lato, invece, il caso concreto è al centro dell'attenzione della Corte di Strasburgo e su di esso è focalizzata la decisione, che mira a giudicare la fattispecie specifica e non si propone di definire massime di giudizio indefinitamente valide *pro futuro*[42]. In effetti, la sentenza europea resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata e la decisione sul singolo caso non acquista valenza generale.

Per quanto concerne invece il secondo profilo di differenza tra le due Corti, riguardante il diverso impatto delle loro pronunce, si osserva che mentre le sentenze della Corte di Strasburgo producono esclusivamente effetti *inter partes* e non provocano un annullamento diretto delle norme interne con esse contrastanti, le pronunce della Corte costituzionale hanno effetti generali di annullamento delle norme sottoposte a giudizio e quindi hanno un impatto sull'intero ordinamento normativo.

Peraltro, dalla sentenza n. 264/2012 si evince che il Giudice delle leggi non si arroga una posizione "di controllo" rispetto alla Corte di Strasburgo, ma intende

---

"naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali (…) si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea".

40 Vedi in proposito A. Valentino, *Ancora sulle leggi d'interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale sulle cc.dd."pensioni svizzere"*, Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2013, p. 2, reperibile *online*.

41 Vedi in proposito P. Carnevale, G. Pistorio, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in A. Di Blase (a cura di), *op. cit.*, p. 142.

42 Vedi in proposito tra gli altri J. P. Costa, *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, p. 440 ss.; F. Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2013, p. 3, reperibile *online*.

rimarcare con chiarezza la differenza intercorrente tra le competenze dell'una e dell'altra e l'efficacia delle rispettive sentenze.

La medesima linea interpretativa è adottata nella sentenza n. 85/2013 (caso *ILVA*), in cui, riprendendo quanto affermato nella sentenza n. 264/2012, viene dichiarato che tutti i diritti tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile che uno di essi prevalga sugli altri. Secondo la Corte, "se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"[43].

Definendo nella sua giurisprudenza la propria posizione nei confronti della Corte di Strasburgo come quella di "giudice finale", la Corte costituzionale avrebbe posto le premesse per un ulteriore sviluppo della sua giurisprudenza, compiuto con la pronuncia del 26 marzo 2015, n. 49. In essa ha inizialmente ribadito che le sentenze della Corte EDU hanno effetti diversi nell'ordinamento italiano a seconda del loro contenuto e che è dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU e di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo, perché cessino gli effetti lesivi della violazione da tale Corte accertata. Dopo tali affermazioni preliminari il Giudice delle leggi ha però sostenuto che "sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato"[44].

Quindi, la Corte ha proseguito stabilendo i criteri che il giudice comune deve considerare nel dare esecuzione ad una sentenza della Corte EDU e cioè in primo luogo egli non può ignorare l'interpretazione della Corte EDU solo "nel caso in cui si trovi in presenza di un 'diritto consolidato'". La Corte costituzionale elenca quindi in maniera dettagliata come indici di possibile non consolidamento del diritto: "la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano"[45].

In secondo luogo, nella medesima sentenza viene stabilito che il giudice italiano è vincolato a recepire la norma come interpretata dal giudice europeo non solo in caso di diritto consolidato, ma anche nel caso di una "sentenza pilota", adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di "ogni strumento ermeneutico a sua disposi-

[43] Cfr. sent. Corte cost., n. 85/2013, par. 9 del *Considerato in diritto*.
[44] Cfr. sent. Corte cost., n. 49/2015, par. 7 del *Considerato in diritto.*
[45] *Ibidem*.

zione", ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale.

In sintesi, a giudizio della Corte costituzionale, soltanto di fronte al "diritto consolidato" o ad una sentenza pilota, generati dalla giurisprudenza europea, il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo la giurisprudenza della Corte EDU, mentre nessun obbligo esiste in tal senso a fronte di pronunce che non abbiano quei caratteri.

Ne consegue pertanto che, al di fuori dei casi sopradetti, i giudici ordinari vengono autorizzati a non sentirsi vincolati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, o a prenderla in considerazione in modo limitato, così da bilanciare i diritti e gli interessi contenuti nella CEDU con diritti, interessi ed esigenze provenienti dalla Costituzione.

Questa limitazione degli effetti delle pronunce della Corte di Strasburgo ha già trovato applicazione nella sentenza della Corte di Cassazione, III sez. pen., n. 42458 del 22 ottobre 2015, che appunto riduce gli effetti delle sentenze della Corte europea alle sole pronunce consolidate. In particolare, la Cassazione non ha applicato il principio stabilito nella sentenza della Corte EDU resa il 29 ottobre 2013 nel caso *Varvara*, poiché ha ritenuto di adeguarsi in tal modo alla giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto l'obbligo del giudice interno di adattarsi all'interpretazione della Convenzione solo per le pronunce consolidate o pilota.

L'evoluzione della giurisprudenza sopra evidenziata lascia presupporre che l'indirizzo adottato con tale sentenza dalla Corte costituzionale sia destinato ad essere seguito anche in altri casi[46], facendo sorgere non pochi problemi sia teorici che giurisprudenziali. Infatti, già subito dopo la sua emanazione, la sentenza n. 49/2015 ha suscitato un ampio dibattito in dottrina. Secondo alcuni essa è apparsa una "pronunzia (…) complessivamente animata dall'intento di porre argini solidi all'avanzata della normativa (e, a conti fatti, della giurisprudenza) convenzionale in ambito interno"[47]. Secondo altri, la Corte avrebbe di fatto delineato uno schema dei rapporti intercorrenti tra Costituzione e Convenzione europea e tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo di tipo "piramidale", ponendo al vertice la Carta costituzionale, tanto da far chiedere cosa rimanga della giurisprudenza inaugurata con le c.d. sentenze gemelle del 2007[48].

Si è detto inoltre che la Corte costituzionale, in quanto giudice chiamato ad interpretare le leggi in conformità con la Costituzione, assumendo un ruolo di "Corte delle Corti"[49], si lascerebbe l'ultima parola circa quanto deciso dai giudici di Strasburgo, nel caso in cui una decisione della Corte EDU venga ad essere richiamata in seno ad un giudizio di legittimità di una norma interna. Ed in effetti, in maniera esplicita la Corte ha statuito: "Il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione

---

46 Cfr. sent. Corte cost., n. 200/2016, paragrafi 2.2 e 4 del *Considerato in diritto*.

47 Vedi A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 1 ss.

48 Vedi D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU,* in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 1 ss.

49 A. Ruggeri, *op. cit.*, p. 9.

del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana"[50].

In considerazione della continua evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, non può escludersi che il quadro non sia destinato a mutare ancora una volta. Infatti, se nel giro di pochi anni si è passati dalle sentenze gemelle del 2007 – che hanno segnato un passaggio fondamentale nel dialogo tra le due Corti, riconoscendo alle norme CEDU il valore di parametro interposto di costituzionalità – alla sentenza n. 49/2015, che limita la rilevanza della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sottomettendole, almeno in sede di scrutinio di legittimità di una legge interna, al vaglio del rispetto della Costituzione, non si può escludere la possibilità di ulteriori evoluzioni della giurisprudenza della Corte.

In questa fase non va tuttavia tralasciato di osservare che la sentenza n. 49/2015 non ha comportato un mutamento della giurisprudenza costituzionale in merito al valore di norma interposta, poiché anche in recentissima giurisprudenza[51], si osserva come sempre la Convenzione europea venga richiamata innanzi alla Corte costituzionale nella sua veste di parametro interposto di legittimità.

La sentenza citata ha in realtà inteso porre alcuni limiti, da ritenersi di carattere eccezionale, al rispetto delle sentenze europee, nei casi in cui queste possano essere confliggenti con interessi costituzionalmente tutelati. L'aspetto di essa che provoca maggiori perplessità è che siano stati introdotti parametri di ampia discrezionalità nel comportamento dei giudici comuni, i quali sono autorizzati a non ritenersi automaticamente obbligati al rispetto delle sentenze emesse dalla Corte EDU, ma a poterne valutare l'esecutività nell'ordinamento italiano in numerosi casi, in base ad alcune loro caratteristiche. Sembrerebbe quasi che la Corte costituzionale, preoccupata della crescente fiducia che i cittadini italiani mostrano nei confronti della Corte di Strasburgo, abbia voluto garantire a sé e ai giudici comuni il potere di scegliere se e in che modo dare esecuzione alla giurisprudenza europea.

Alla luce di quanto sopra considerato, risulta confermato che il rapporto tra le due Corti è alquanto difficile, come detto inizialmente, e che certamente il dialogo tra loro non è giunto a conclusione, ma subirà ulteriori sviluppi.

Abstract

The Legal Value of the ECHR in the Case-law of the Italian Constitutional Court

This article deals with the evolution of the jurisprudence of the Italian Constitutional Court concerning the legal status of the European Convention on Human Rights within the

[50] Cfr. sent. Corte cost., n. 49/2015, par. 4 del *Considerato in diritto*.
[51] Cfr. sent. Corte cost., n. 102/2016, par. 4 del *Considerato in diritto*, e n. 204/2016, par. 1.

Italian legal order. Indeed, the Court has always tried to come through the gap between the formal value of ordinary law recognized in Italy to the Convention and its substantive content.

After the constitutional reform of 2001, in its well-known judgments Nos. 348 and 349 of 2007, the Constitutional Court provided for a solution to the issue concerning the Convention's value, recognizing its sub-constitutional status, as an "interposed source of law".

Nevertheless, the legal value of the European Convention on Human Rights as interposed source of law was reconsidered in the following constitutional case-law and it is still an open problem, because in some most recent judgments the Constitutional Court is inclined to balance the demands of the general interest of the community with the requirements of the protection of the individual's fundamental rights and declares that a wide margin of appreciation exists with regard to the enforcement of ECHR also for the domestic judges.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 221-242

Giandonato Caggiano*

Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo**

Sommario: 1. Il quadro giuridico. – 2. Le iniziative multilaterali della rotta balcanica. – 3. L'intesa UE-Turchia. – 4. Le conseguenze della crisi migratoria sul sistema Schengen e sulle riforme in materia dei visti e frontiere. – 5. Le proposte di riforma del regolamento Dublino. – 6. La solidarietà per l'aiuto umanitario e l'integrazione dei rifugiati. – 7. L'incremento dei richiedenti-asilo dopo la crisi: la necessità di integrazione precoce anche prima del riconoscimento della qualifica e della fase dell'accoglienza (proto-integrazione). – 8. Conclusioni.

1. La ricerca di una *governance* europea dei flussi migratori è andata drammaticamente in scena per vari mesi lungo la rotta balcanica, nel mare Egeo tra Turchia e Grecia e attraverso i confini terrestri degli Stati dei Balcani sino all'Europa del Nord[1].

All'ascesa della rotta balcanica per motivi umanitari è seguita la sua caduta per l'insostenibile afflusso di richiedenti-asilo[2]. La difficoltà di controllo della frontiera sud-orientale ha fornito la giustificazione per la costruzione di muri da parte degli

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

** Testo rivisto e ampliato della relazione presentata al II Convegno sulle Relazioni con i Balcani, "Dialogo con i Balcani fra Macroregione Adriatico-Ionica e costruzione di una rete socio-culturale", Bari, 19-20 maggio 2016. Il testo è aggiornato a fine giugno 2016.

[1] I flussi migratori hanno seguito il percorso Turchia, Grecia (Isole del Mar Egeo/Peloponneso) e Macedonia (con la variante della Bulgaria), Serbia e Ungheria (con la variante di Croazia e Slovenia), Austria, Germania, Danimarca, Svezia. Si ricorda che tutte le isole dell'Egeo sono territorio della Grecia, ad eccezione delle isole di Imbro e Tenedo (Turchia). Per approfondimenti sulle dinamiche istituzionali del periodo precedente si rinvia a G. Caggiano, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 459 ss. Tra i contributi più recenti in materia, v. C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 701 ss.; B. Nascimbene, *Refugees, the European Union and the 'Dublin System'. The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016, 1, p. 101 ss. Per un aggiornato quadro d'insieme, v. A. Adinolfi, *La «politica comune dell'immigrazione» a cinque anni dal Trattato di Lisbona: linee di sviluppo e questioni aperte*, in S. Amadeo (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 3 ss.

[2] Salvo diversa indicazione, i termini "profughi", "richiedenti-asilo" e "rifugiati" sono qui impiegati per indicare rispettivamente: cittadini di Paesi terzi che giungono in Europa nell'ambito di flussi misti

Stati balcanici e dell'Austria nonché per un "cordone sanitario" elevato intorno alla Grecia.

Nell'arco della crisi sono state messe in discussione le ragioni stesse del "progetto europeo" e i principi applicabili ai richiedenti-asilo e al controllo delle frontiere. La prassi ha evidenziato la difficoltà sul percorso di attuazione del principio di solidarietà e di condivisione delle responsabilità, proclamato nei Trattati istitutivi, e, in senso opposto, il *favor* per il ritorno all'approccio intergovernativo nei sistemi di Schengen e Dublino. Purtroppo, per entrambi i sistemi si tratta di un ritorno alle origini, quando avevano base convenzionale in assenza di competenze materiali della Comunità europea.

La crisi migratoria ha mostrato anche l'incapacità di applicare i valori europei ai cittadini degli Stati terzi che raggiungono l'Unione (art. 2 TUE). In particolare, è apparsa del tutto inadeguata la considerazione del carattere vulnerabile dei richiedenti-asilo, persino delle categorie più esposte a trattamenti disumani nei Paesi di provenienza e durante l'esodo (donne, minori, portatori di handicap, ecc.)[3]. Secondo la Corte EDU, tutti i richiedenti-asilo sono invece bisognosi di un'accresciuta tutela da garantire tramite il rispetto di obblighi positivi da parte degli Stati contraenti[4].

Sul versante del diritto dell'Unione, una tutela specifica è garantita nella direttiva-accoglienza ad alcune categorie tra cui le vittime di *traffiking*[5]. Un criterio speciale si dovrebbe applicare nel sistema di Dublino ai minori non accompagnati, anche se il legislatore europeo non ha voluto ancora codificare l'orientamento della Corte di giustizia favorevole alla competenza del Paese di presentazione della domanda (e non di quello di primo approdo)[6].

(comprensivi dei migranti economici), i richiedenti-asilo e/o protezione-sussidiaria e i rifugiati e/o i beneficiari di protezione sussidiaria.

[3] Vedi U. Brandl, P. Czech, *General and Specific Vulnerability of Protection-Seekers in the EU: Is there an Adequate Response to their Needs?*, in F. Ippolito, S. Iglesias Sanchez (eds.), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Oxford, 2015, p. 247 ss.

[4] La Corte EDU qualifica i richiedenti-asilo quale gruppo vulnerabile, riducendo la soglia di gravità per l'accertamento di violazioni in materia di detenzione, accoglienza ed espulsione (art. 3 CEDU), v. G. Cellamare, *In tema di controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'operare del sistema c.d. di Dublino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 65 ss. La Corte di giustizia non ha ancora argomentato sulla vulnerabilità dei richiedenti-asilo nel loro insieme, v. però in questo senso le conclusioni dell'Avvocato generale Y. Bot presentate il 30 aprile 2014, cause riunite C-473 e 514/13, *Adala Bero*, punto 95.

[5] Sull'art. 20, par. 2 della direttiva-accoglienza, direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), v. V. Stoyanova, *Victims of Human Trafficking. A Legal Analysis of the Guarantees for 'Vulnerable Persons' under the Second Phase of the EU Asylum Legislation*, in C. Bauloz, M. Ineli-Ciger, S. Singer, V. Stoyanova (eds.), *Seeking Asylum in the European Union*, Leiden, 2015, p. 58 ss., reperibile *online*. Sulla questione di genere, v. IPOL_STU 2016 536497, *Study, Reception of female refugees and asylum seekers in the EU, Case study Germany*. Per un quadro generale della situazione delle strutture di prima e seconda accoglienza in venti Paesi, v. AIDA, *Wrong counts and closing doors. The reception of refugees and asylum seekers in Europe*, marzo 2016.

[6] Sui minori non accompagnati, v. sentenza del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *MA* e *al.*. Per un commento, v. A. Del Guercio, *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 243 ss.; R. Palladino, *La protezione del minore straniero non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in C. Fratea, I. Quadranti (a cura di), *Minori e*

In una fase di oscurantismo dei diritti umani, l'Unione europea ha assunto una posizione restrittiva nei confronti dei richiedenti-asilo; in particolare: esternalizzarne la gestione verso la Turchia e rimettere in discussione gli *standard* di protezione nella riforma del regolamento Dublino. Apprezzabile in senso positivo è invece la circostanza che sia stata respinta la "tentazione" di vietare, come *extrema ratio* per bloccare i flussi, l'accesso dei potenziali richiedenti-asilo alla frontiera che avrebbe costituito una violazione dei principi della Convenzione di Ginevra e del diritto secondario (direttiva-procedure, art. 6)[7].

Tra le regole europee in materia può determinarsi un potenziale conflitto a causa dei diversi ambiti di applicazione soggettiva (codice frontiere Schengen-CFS, regolamento Dublino III, accordi di vicinato e accordi di stabilità e di associazione)[8]. Al confine sud-orientale dell'Unione si è costituita, ad esempio, una zona "cuscinetto", composta da Croazia, Romania, Bulgaria e Cipro, che applicano il regolamento Dublino III ma non partecipano al sistema Schengen. Vale la pena di ricordare che il diritto secondario dell'Unione poggia sulla Convenzione di Ginevra sui rifugiati, integrando ed estendendo il suo contenuto[9]; mentre la CEDU rappresenta il parametro esterno della legittimità di tutto l'insieme normativo e attuativo del diritto dell'Unione in materia.

È dubbio se la Turchia possa essere considerato oggi un Paese terzo sicuro o Paese sicuro di primo asilo. Basti ricordare che, prima della crisi migratoria dei Balcani, nessuno degli Stati membri dell'Unione aveva questo orientamento nella lista nazionale *ad hoc*. Si comprende tuttavia la necessità di tale qualificazione per evitare violazioni del principio di *non-refoulement* nel rinvio dei richiedenti asilo dalla Grecia alla Turchia. Tuttavia appare sorprendente l'impegno manifestato dalla Commissione a sostegno della tesi in parola specie presso le autorità della Grecia

immigrazione: quali diritti?, Napoli, 2015, p. 89 ss. È "scomparsa" nell'*iter* legislativo (certo non casualmente) la proposta COM(2014)382 final, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato.

7 D. Thym, *Moving Towards Plan B: The Rejection of Refugees at the Border*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 28 January 2016. La questione non va confusa con quella del trattamento delle domande di asilo alla frontiera (art. 43 direttiva-procedure, direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale) che deve essere espletata entro un termine di quattro settimane a pena della nascita dell'obbligo dello Stato di ammettere il richiedente sul proprio territorio. Le procedure di frontiera non possono essere utilizzate nei confronti di richiedenti sopravvissuti a stupri o a altre forme gravi di violenza, in assenza di sostegno alla frontiera (art. 24, par. 3).

8 Gli Stati del Vicinato, in particolare quelli candidati all'adesione, partecipano già in qualche modo dell'*acquis* in materia di asilo, v. S. Mananashvili, *The Diffusion of the EU Asylum Acquis in the Eastern Neighbourhood: A Test for the EU's Normative Power*, in *European Foreign Affairs Review*, 2015, p.187 ss. Sullo stato del processo di adesione, v. COM(2015)611 final, 10 novembre 2015, EU Enlargement Strategy Brussels. Per gli Stati coinvolti maggiormente nella rotta balcanica, v. i documenti del 10 novembre 2015: SWD(2015)211 final, Serbia 2015 Report; SWD(2015)212 final, The Former Yugoslav Republic of Macedonia 2015 Report.

9 Sul rapporto tra Convenzione di Ginevra e diritto secondario dell'Unione, v. F. Cherubini, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione*, Bari, 2012; F. Munari, *Lo status di rifugiato e di richiedente protezione temporanea. La visione europea del «diritto di Ginevra»,* in S. Amadeo (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa,* Torino, 2015, p. 47 ss.

che sembrano voler seguire questo orientamento per uscire dall'*impasse* in cui si trova[10].

Malgrado questi dubbi, l'Accordo con la Turchia ha comunque caratteristiche più rispettose dei diritti umani degli Accordi di esternalizzazione bilaterale del Governo italiano con la Libia di Gheddafi che, tra l'altro, non partecipava alla Convenzione di Ginevra[11].

Mutatis mutandis, lo schema di esternalizzazione con la Turchia appare più simile al "modello australiano", che prevede una prima identificazione dei profughi sulle navi o nel breve passaggio in territorio australiano. Dopo il trasferimento forzato nei campi profughi *off-shore* di Nauru e di Papua-Nuova Guinea, anche un eventuale esito positivo della procedura di asilo non lascia agli interessati altro che limitate opportunità di integrazione *in loco*, considerata la situazione economica dei Paesi di accoglienza[12].

Nelle relazioni esterne con i Paesi dell'Africa, l'intesa con la Turchia è ora proposta come il modello per l'esternalizzazione e la prevenzione/contenimento dei flussi migratori che si dovrebbe realizzare tramite nuove forme di partenariato (*compact*)[13]. Se è certamente auspicabile aiutare le persone nei Paesi d'immigrazione, occorre tuttavia avere molta cautela nella trasposizione della nuova "formula balcanica" al continente africano, a meno di non poter offrire come contropartita un gigantesco "piano Marshall". In ogni caso, sulle rotte del Mediterraneo, a differenza dei Balcani, non si possono costruire barriere fisiche né prevedere sistemi d'identificazione sulle navi. Queste, o altre misure equivalenti, costituirebbero palesi violazioni degli obblighi internazionali di salvataggio in mare e del divieto di *refoulement*, così come definito dalla Corte di Strasburgo.

---

[10] V. *infra*. La posizione della Commissione è sintetizzata in Letter from European Commission Director-general Reute to Director-general Papadopoulos, 5 maggio 2016, reperibile *online*.

[11] Sull'esternalizzazione a Paesi di provenienza dell'accertamento dello *status* di rifugiato e gli Accordi italo-libici, v. B. Cortese, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato tra competenze comunitarie e nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 63 ss.; A. Del Guercio, *Respingimenti di migranti verso la Libia e obblighi dell'Italia in materia di rispetto dei diritti umani*, in *Gli Stranieri*, 2010, 2, p. 73 ss.

[12] M. den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Doctoral Thesis, Leiden, 2011, p. 273 ss. (reperibile *online*). Sull'operazione politico-militare "Sovereign Borders" del Governo Abbott dal 18 settembre 2013 per respingere o deportare i migranti che arrivano illegalmente via mare in Australia, v. J. Mcadam, F. Chong, *Refugees: Why Seeking Asylum Is Legal and Australia's Policies Are Not*, Sydney, 2014.

[13] COM(2016)385 final, 7 giugno 2016, sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione. V. anche Italian Non-Paper (s.d.), *Migration Compact, Contribution to an EU strategy for external action on migration* (reperibile *online*). Council doc. 8471/16, Conclusions of the European Council (28-29 June 2016): "the EU will put into place and swiftly implement this Framework based on effective incentives and adequate conditionality, starting with a limited number of priority countries of origin and transit (...). Cooperation on readmission and return will be a key test of the partnership between the EU and these partners" (pp. 1-2). Per una sintesi del processo di esternalizzazione, v. F. Cherubini, *Una valutazione complessiva dell'azione esterna dell'Unione per la lotta alla immigrazione irregolare*, in F. Cherubini (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015, p. 273 ss.; da ultimo, opuscolo Arci, *Le tappe del processo di esternalizzazione del controllo alle frontiere in Africa, dal Summit della Valletta ad oggi*, 2016 (reperibile *online*).

2. Dal punto di vista giuridico-istituzionale, la fase di maggiore incertezza si è manifestata nel periodo tra l'inizio dell'esodo di massa dell'agosto 2015 e la Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016. Nella prima fase, si riscontrava il sostegno alla politica tedesca di accoglienza dei richiedenti-asilo e si manifestava analoga disponibilità di altri Paesi (in particolare della Svezia). Nella fase attuale, i flussi si sono molto ridotti anche a seguito dei primi trasferimenti forzati dalla Grecia verso la Turchia che completano il messaggio dissuasivo per eventuali profughi pronti a seguire quella rotta.

Vale la pena di ricordare alcune tappe di questa storica fase della rotta balcanica dei flussi migratori.

In primo luogo, la maggior parte dei Paesi balcanici ha vissuto la crisi migratoria con senso di estraneità e d'insofferenza, considerando prioritarie le questioni di sicurezza e rinviando l'onere dell'accoglienza ai Paesi più ricchi del Nord Europa. Le ragioni dell'ampliamento ad Est, per portare "l'Europa nei Balcani", rischiano così di produrre la "balcanizzazione dell'Europa" in materia di controlli delle frontiere, con evidenti conseguenze per la circolazione dei cittadini dell'Unione e degli altri fattori produttivi del mercato interno.

In secondo luogo, l'Unione europea ha convocato la "Conferenza ad alto livello sulla rotta Mediterraneo orientale-Balcani occidentali" (8 ottobre 2015), un'occasione puramente simbolica per avviare le azioni nella regione balcanica[14]. In realtà, la cabina di regia veniva costituita in un incontro successivo tra Austria, Bulgaria, Croazia, Germania, Grecia, Romania, Slovenia, Ungheria e Albania, Serbia e Macedonia. La strategia da adottare era contenuta in un "piano di misure pragmatiche e operative in 17 Punti", di cui l'aspetto più rilevante appariva il decollo della cooperazione con la Turchia (piano d'azione UE-Turchia, 15 ottobre 2015)[15]. La limitazione della partecipazione ad alcuni Stati membri (in particolare con l'esclusione dell'Italia potenzialmente coinvolta per il confine con la Slovenia) appariva una scelta discutibile, per l'impossibilità di separare gli aspetti operativo-umanitari dalle opzioni sulle politiche d'immigrazione, asilo e frontiere.

In terzo luogo, l'Austria prendeva l'iniziativa di una Conferenza costitutiva di un progetto di cooperazione multilaterale da realizzare al di fuori dell'ordinamento dell'Unione (Austria, Serbia, Macedonia, Slovenia, Albania, Bosnia, Bulgaria, Croazia, Montenegro e Kossovo). L'esclusione della Grecia rappresentava una decisione polemica per la sua rimproverata incapacità di contenimento dei flussi migratori; nello stesso senso, si poteva spiegare la non partecipazione della Germania, accusata di aver aperto il "vaso di pandora" dei rifugiati. In assenza di un'immediata

[14] Consiglio, Conferenza sulla rotta Mediterraneo orientale-Balcani occidentali, 8 ottobre 2015 (reperibile *online*).

[15] V. European Commission, Meeting on the Western Balkans Migration Route: Leaders Agree on 17-point plan of action, Brussels, Comunicato stampa IP/15/5904, 25 ottobre 2015 (reperibile *online*). Nel piano di azione in parola viene affermato il "mantra" dell'Unione: "Reconfirming the principle of refusing entry to third country nationals who do not confirm a wish to apply for international protection (in line with international and EU refugee law and subject to prior non-refoulement and proportionality checks) (...). Making use of all available communication tools to inform refugees and migrants about existing rules, as well as about their rights and obligations, notably on the consequences of a refusal to be registered, fingerprinted and of a refusal to seek protection where they are" (paragrafi 14 e 16).

soluzione a livello europeo si proponeva la coalizione degli Stati *like-minded* sulla rotta balcanica. Nella Dichiarazione finale si ribadiva con forza l'esclusione di qualsiasi opzione a favore dei richiedenti-asilo per un Paese di preferenza; si chiedeva ai Paesi-Schengen di consentire l'ingresso solo in presenza di evidenti condizioni per il riconoscimento dello *status* e di vietarlo senza presentazione alla frontiera di una domanda a tal fine[16].

In quarto luogo, merita di essere ricordato l'effimero Accordo di Zagabria del 18 febbraio 2016 tra i responsabili delle polizie di Austria, Croazia**,** Macedonia, Slovenia e Serbia[17] che prevedeva una forma unica di registrazione congiunta dei richiedenti-asilo alla frontiera greco-macedone. L'ingresso sarebbe stato consentito solo a siriani e iracheni, ad esclusione pertanto degli afghani, che costituivano una parte consistente dei flussi migratori. In realtà, una selezione in base alla nazionalità avrebbe avuto un'incidenza su tutti i profughi sprovvisti di documenti di identità. Per i *sans papier* siriani e iracheni veniva però considerata sufficiente la verifica di lingua o dialetto (*language proficiency*) al fine di individuare false dichiarazioni di provenienza. Tra le condizioni per poter proseguire lungo la rotta balcanica, il documento finale escludeva in modo singolare sia il ricongiungimento familiare che la diserzione militare (punto 7).

Nel frattempo, l'Unione europea chiedeva alla Grecia di mettere in atto misure adeguate per recuperare a pieno titolo la fiducia degli altri Stati membri nel funzionamento del suo sistema d'asilo[18], dopo le rilevazioni delle carenze sistemiche constatate dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo (2011)[19]. Vista l'urgenza della situazione migratoria e le difficoltà della Grecia, l'Unione ha però preferito sostenere la Turchia nel ruolo di contenimento dei flussi migratori.

---

16 Secondo il Consiglio europeo del 18-19 febbraio 2016, la *governance* era adeguata comprendendo: "con l'assistenza dell'UE, la creazione e il funzionamento dei punti di crisi sono in graduale miglioramento per quanto concerne l'identificazione, la registrazione, il rilevamento delle impronte digitali e i controlli di sicurezza su persone e documenti di viaggio; molto, tuttavia, resta ancora da fare, in particolare per rendere pienamente operativi i punti di crisi, assicurare l'identificazione e la registrazione di tutti gli ingressi senza eccezioni (...), attuare appieno il processo di ricollocazione, contenere i flussi secondari di migranti irregolari e richiedenti asilo, nonché predisporre le importanti strutture di accoglienza necessarie a ospitare i migranti in condizioni umane mentre la loro situazione è in fase di accertamento. I richiedenti-asilo non hanno diritto di scegliere lo Stato membro in cui presentare la domanda", v. conclusioni sulla migrazione (punto 7, lett. f).

17 Joint Statement of Heads of Police Services from the Meeting held in Zagreb, Croatia, on 18th February 2016 (reperibile *online*).

18 COM(2015)490 final, 23 settembre 2015, Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione, pp. 11-12; Commission Recommendation of 10 Febraury 2016 addressed to the Hellenic Republic on the urgent measures to be taken by Greece in view of the resumption of transfers under Regulation (EU) No. 604/2013.

19 Sentenza della Corte EDU (Grande Camera), del 21 gennaio 2011, *MSS* c. *Belgio* e *Grecia*, ric. 30696/09; sentenza della Corte di giustizia, del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *NS*.

3. L'intesa con la Turchia per l'esternalizzazione dei richiedenti-asilo[20] e dei migranti irregolari ha, almeno per il momento, sigillato la rotta balcanica[21].

La Dichiarazione definisce la politica di rimpatrio in Turchia: "temporanea e straordinaria (...) necessaria per porre fine alle sofferenze umane e ristabilire l'ordine pubblico".

Il processo di esternalizzazione è basato sull'applicazione estensiva dei meccanismi del "Paese terzo sicuro", che tende a giustificare una politica di rinvio allo Stato di transito (ivi compresi tutti gli Stati terzi balcanici) in una drammatica retrocessione temporale/territoriale, secondo la logica di una "casella speciale del gioco dell'oca".

Il nuovo approccio di esternalizzazione si ritrova per la prima volta nelle conclusioni sul rimpatrio del Consiglio GAI dell'8 ottobre 2015: "L'UE deve esaminare la possibilità di sviluppare capacità di accoglienza sicure e sostenibili e di fornire ai rifugiati e alle loro famiglie prospettive durature e procedure adeguate nelle regioni di paesi terzi esposte a pressioni migratorie fino a quando non possano tornare nel loro paese d'origine"[22].

L'approccio viene successivamente considerato applicabile ai migranti irregolari che non facciano domanda d'asilo nel piano di lavoro UE-Turchia del 15 ottobre 2015 e nella Dichiarazione del capi di Stato e governo UE-Turchia del 29 novembre 2015[23]. Nella Dichiarazione (*Statement*) UE-Turchia del 18 marzo 2016[24] il mecca-

---

[20] Amnesty International, *No Safe Refuge. Asylum-Seekers and Refugees Denied Effective Protection in Turkey*, 3 giugno 2016.

[21] S. Peers, E. Roman, *The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What Could Possibly Go Wrong?*, in *EU Law Analysis*, 5 febbraio 2016; S. Peers, *The Final EU/Turkey Refugee Deal: A Legal Assessment*, *ivi*, 18 marzo 2016; E. Roman, *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog*, 21 marzo 2016; H. Labayle, P. de Bruycker, *The EU-Turkey Agreement on Migration and Asylum: False Pretences or a Fool's Bargain?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 1 aprile 2016. Una riflessione completata da specifiche informazioni è in M. Provera, *The EU-Turkey Deal Analysis and Considerations*, in *Jesuit Refugee Service Europe Policy*, Discussion Paper, 29 aprile 2016 (reperibile *online*); nonché in E. Roman, T. Baird, T. Radcliffe, *Why Turkey Is Not a "Safe Country"*, in *Statewatch Analysis*, febbraio 2016.

[22] Consiglio UE, Conclusioni del Consiglio sul futuro della politica di rimpatrio, Comunicato stampa 711/15, 8 ottobre 2015, par. 17. Sul rimpatrio, v. C(2015)6250 final, 1° ottobre 2015, raccomandazione della Commissione che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio. V. anche COM(2015)668 final, 15 dicembre 2015, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un documento di viaggio europeo per il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Attualmente gli Stati membri possono rilasciare un documento di sostituzione per i cittadini degli Stati terzi soggiornanti illegalmente, ma il suo riconoscimento da parte degli Stati terzi è basso per via delle caratteristiche e degli *standard* di sicurezza inadeguati.

[23] European Commission, Fact Sheet, *EU-Turkey joint action plan*, 15 ottobre 2015, Agreed ad referenda. V. anche Meeting of heads of State or government with Turkey-EU, Statement, 29 novembre 2015, punto 7.

[24] V. anche le conclusioni del Consiglio europeo, 17-18 marzo 2016, punto 3. Più generico era il testo della precedente Dichiarazione dei capi di Stato o di governo dell'UE del 7 marzo 2016: "far rientrare, a spese dell'UE, tutti i nuovi migranti irregolari che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alle isole greche" (par. 1, cpv. 3, punto 2). La Dichiarazione UE-Turchia è collegata in maniera anomala con il documento della Commissione che contiene spiegazioni, il dettaglio dei meccanismi ivi previsti e le attività esecutive, v. COM(2016)166 final, 16 marzo 2016, Prossime fasi operative della cooperazione Ue-Turchia in materia di migrazione.

nismo in parola è proclamato applicabile anche ai richiedenti-asilo che raggiungano la Grecia a partire dalla data della sua approvazione. La contropartita per questo impegno turco è la liberalizzazione dei visti di ingresso[25], la previsione di consistenti aiuti finanziari e la riapertura dei negoziati per l'adesione[26].

La Dichiarazione UE-Turchia è stata adottata dal Primo ministro turco e dai "membri del Consiglio europeo" vale a dire i capi di Stato e di governo degli Stati membri dell'UE, ma non è stata firmata né pubblicata sulla Gazzetta ufficiale. Anche se la Dichiarazione pretende di muoversi "*within the* framework of the existing commitments"[27], tra cui l'Accordo di riammissione fra UE e Turchia[28], rappresenta una violazione delle prerogative del Parlamento europeo, alterando in modo sostanziale l'equilibrio istituzionale[29].

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la forma di una dichiarazione o di un comunicato stampa non appare determinante per la definizione della natura di accordo internazionale. Per determinare l'esistenza di impegni vincolanti appaiono invece rilevanti l'obiettivo e il contenuto dell'atto[30]. Il termine Dichiarazione sembra essere stato il prescelto proprio per evitare la procedura di conclusione dei trat-

[25] COM(2016)279 def., 4 maggio 2016, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo (Turchia); COM(2016)278 final, 4 maggio 2016, Terza relazione sui progressi compiuti dalla Turchia per soddisfare i requisiti della tabella di marcia per un regime di esenzione dal visto.

[26] SWD(2015)216 final, 10 novembre 2015, Turkey. 2015 Report.

[27] Statement of the EU Heads of State or Government, 7 marzo 2016.

[28] Cfr. decisione 2014/252/UE del Consiglio, del 14 aprile 2014, relativa alla conclusione dell'Accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare tra l'Unione europea e la Repubblica di Turchia.

[29] Per approfondimenti sulla natura di un accordo internazionale e la relativa giurisprudenza nel diritto dell'Unione e nel diritto internazionale, v. M. Gatti, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus*, 11 aprile 2016; O. Corten, M. Dony, *Accord politique ou juridique: Quelle est la nature du "machin" conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy/ Droit et Politique de l'Immigration et de l'Asile de l'UE*, 10 giugno 2016. In proposito, E. Cannizzaro, *Editorial, Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, 2016, 1, p. 3 ss.: "(...) This use of international instruments has the effect of disregarding the European institutional balance upon which the acquis européen has developed (...). It may subdue the institutional pluralism, which has represented the hallmark of the political experience of the European integration, and create, instead, an institutional desert, where the political power is concentrated in the hand of the States acting through the European Council. It may mark the return to a Europe of sovereign States and the definite disappearance of the notion of a European public interest, of which we are in desperate need". Tre ricorsi sono stati presentati al Tribunale contro il Consiglio europeo nelle cause T-192/16 e T-193/16 del 31 maggio 2016 e nella causa T-257/16 del 2 giugno 2016, v. Doc. 9897/16, Legal Service, 7 giugno 2016. Per un primo commento, v. E. De Capitani, *Is the European Council Responsible for the So-called "EU-Turkey Agreement"? The Issue is on the Court of Justice Table*, in *European Area of Freedom Security & Justice FREE Group*, 7 giugno 2016.

[30] V. sentenza del 26 novembre 2014, cause riunite C-103 e 165/12, *Commissione* e *Parlamento* c. *Consiglio*, punti da 60 a 74. L'art. 218 "disciplina infatti la negoziazione e la conclusione degli accordi tra l'Unione e paesi terzi o organizzazioni internazionali, restando inteso che, secondo la giurisprudenza, il termine 'accordo' utilizzato in tale articolo dev'essere inteso in un senso generale, per designare qualsiasi impegno assunto da soggetti di diritto internazionale e avente carattere vincolante, indipendentemente dalla sua qualificazione formale" (punto 83 e giurisprudenza ivi citata).

tati dell'art. 218 TFUE che, secondo la Corte di giustizia, ha natura costituzionale ed è espressione dell'equilibrio inter-istituzionale[31]. L'approvazione del Parlamento europeo è necessaria quando l'accordo riguarda un settore che rientra dalla procedura legislativa ordinaria, come per la politica di asilo e dell'immigrazione. La forma non è un ostacolo all'azione di annullamento ai sensi dell'art. 263 TFUE, che è accessibile per tutte le misure adottate dalle istituzioni dell'Unione, a prescindere dalla loro natura e forma, purché destinate a produrre effetti giuridici[32].

Il Consiglio europeo, che ha dimostrato nella crisi l'importanza del suo ruolo quale organo d'impulso politico e di orientamento, ha svolto in questo caso un ruolo legislativo perché idoneo ad incidere sia su precedenti atti legislativi, come le decisioni del Consiglio del settembre 2015[33], sia sulla divisione delle competenze con il Parlamento europeo nella conclusione degli accordi dell'Unione. Inoltre, gli "atti dell'Unione e dei rappresentanti degli Stati membri", messi a punto con il supporto della Commissione europea, e le conclusioni dei Vertici con la Turchia stravolgono la divisione delle competenze con il Consiglio; postulano la legittimazione degli Stati membri *uti singuli*; comportano il conferimento di rilevanti risorse nazionali a integrazione dei finanziamenti dell'Unione europea[34].

Sino ad ora la tipologia giuridica della "Dichiarazione UE-Turchia" è stata brevemente presentata e discussa davanti alla Commissione per le libertà civili (LIBE) del Parlamento europeo, a seguito della presentazione da parte del proprio servizio giuridico di un documento che ha sostenuto che l'intesa (*deal*) non è vincolante, ma solo un catalogo di misure da adottare ciascuna secondo la propria base giuridica[35]. Altri rappresentanti delle istituzioni (come il Presidente del Consiglio europeo Tusk e il Presidente della Turchia Erdogan) hanno presentato l'intesa come uno strumento

[31] Sentenza del 16 luglio 2015, causa C-425/13, *Commissione* c. *Consiglio*, punto 62: l'art. 218 TFUE "costituisce, in tema di stipulazione di trattati internazionali, una norma autonoma e generale di portata costituzionale, in quanto attribuisce alle istituzioni dell'Unione determinate competenze. Intesa a creare un equilibrio tra queste ultime, tale disposizione prevede, in particolare, che gli accordi tra l'Unione e uno o più Stati terzi siano negoziati dalla Commissione, nel rispetto delle direttive di negoziato adottate dal Consiglio".

[32] *Ivi*, punto 26.

[33] COM(2016)165 final, 16 marzo 2016, prima relazione sulla ricollocazione e il reinsediamento; COM(2016)171 final, 21 marzo 2016, proposta di decisione del Consiglio che modifica la decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia.

[34] V. le riflessioni di P. Mori, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Osservatorio europeo, 2015 (reperibile *online*).

[35] La maggior parte degli atti del *dossier* UE-Turchia appaiono inaccessibili. La richiesta di accesso agli atti dell'On. Izuzquiza è stata rifiutata dalla Commissione, v. Legal Service, Ref. Ares(2016)2805485, 16 giugno 2016: "At the outset, I wish to underline that Commission does not consider the EU-Turkey statement of 18 March 2016 as an international agreement within the meaning of Article 218 the Treaty on the Functioning of the European Union". Le ragioni: "4.1 Protection of the court proceedings and legal advice (...) the sensitive legal issues assessed in the refused documents are already the subject of litigation at national level and might become subject of litigation before the European Court of Justice; 4.2. Protection of the decision-making process (...); 4.3 Protection of the public interest as regards international relations" (pp. 3-5).

vincolante da attuare in conformità con il principio di *bona fide* che regola i rapporti internazionali.

Il Parlamento europeo ha sinora seguito l'approccio della non-vincolatività della Dichiarazione, considerandosi libero di adottare le misure di bilancio e operative di applicazione dell'intesa a livello legislativo. Come autorità di bilancio, ha deciso di finanziare il primo trasferimento di tre miliardi alla Turchia, mentre come co-legislatore non ha ancora approvato l'esenzione dal visto per i cittadini turchi e l'attuazione del principio "1 per 1". L'interpretazione della posizione *soft* del Parlamento europeo è nel senso che preferisca appoggiare la svolta dell'esternalizzazione per superare l'opposizione alle politiche di migrazione e di asilo all'interno dell'Unione, soprattutto da parte dei Paesi di Visegrad.

Nella Dichiarazione UE-Turchia particolarmente rilevante è la garanzia che "qualsiasi domanda d'asilo sarà trattata individualmente dalle autorità greche conformemente alla direttiva sulle procedure d'asilo, in cooperazione con l'UNHCR"[36]. La Commissione europea ritiene applicabile la direttiva-procedure che prevede, in determinate circostanze, una procedura accelerata[37] in cui le domande possono essere considerate inammissibili, solo se si può presumere che un altro Paese proceda all'esame o fornisca sufficiente protezione. L'esame individuale delle domande consente di differenziare situazioni particolari dei richiedenti e la garanzia è rafforzata dal diritto di ricorso contro la decisione di inammissibilità (direttiva-procedure, art. 46)[38].

La Dichiarazione prevede comunque un'analisi individuale della domanda del richiedente-asilo prima del rinvio/rimpatrio in Turchia. La tendenza in atto è però quella di rendere questo "passaggio giurisdizionale" una quasi-formalità come sta cercando di fare la Grecia modificando la composizione delle corti di appello competenti in materia. Infatti, a seguito di una serie di decisioni di accoglimento di ricorsi individuali di profughi siriani, il Parlamento greco è intervenuto modificando

[36] Questo diritto all'esame individuale delle domande è stato aggiunto dalla Commissione nel silenzio della prima dichiarazione UE-Turchia del 7 marzo.

[37] COM(2016)85 final, 10 febbraio 2016, sullo stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione. La Commissione afferma che il concetto di Paese terzo sicuro nella direttiva-procedure non richiede che tale Paese abbia ratificato la Convenzione di Ginevra senza riserva geografica. Sulla condizione di esistenza di un legame con il Paese terzo in questione "si può altresì tener conto dell'eventuale transito del richiedente attraverso detto paese terzo, oppure della vicinanza geografica del paese terzo al paese di origine del richiedente" (p. 20). V. COM(2016)166 final, p. 3 ss. In Turchia vi è una diversità di *status*: rifugiato (per le persone originarie di un Paese europeo); rifugiato condizionale (Paese di origine non europeo); e protezione sussidiaria. Un regime *ad hoc* di protezione temporanea senza valutazioni formali è stato introdotto per i siriani. La legge esclude l'integrazione a lungo termine dei beneficiari di protezione temporanea che può cessare in qualsiasi momento; ECRE, AIDA Country Article 7(3), Turkey, Temporary Protection Regulation, 22 ottobre 2014.

[38] La designazione di "Paese terzo sicuro" non comporta un'automatica negazione delle domande dei richiedenti provenienti da tali Paesi. L'onere della prova è spostato sul richiedente asilo, che necessita al riguardo di buona assistenza legale. La direttiva-procedure richiede che vi sia un "collegamento sufficiente" tra un richiedente e un Paese terzo affinché la richiesta possa essere considerata inammissibile. L'UNHCR ritiene che il solo transito in un Paese non possa essere considerato come un collegamento adeguato per il rinvio.

la composizione delle corti [39]. A nostro avviso, si tratta di un chiaro intervento "a gamba tesa" in violazione dello "Stato di diritto", in quanto il potere legislativo è intervenuto sul giudiziario per sanzionarne un indirizzo non-gradito, che rende meno "automatico" il rinvio verso la Turchia del richiedente asilo in Grecia.

Come abbiamo detto, la previsione del rimpatrio/rinvio si basa sulla qualifica della Turchia quale "Paese terzo sicuro" (direttiva-procedure, art. 38) e non su quella del "Paese europeo terzo super-sicuro" (*ivi*, art. 39), che in astratto potrebbe valere per la Turchia in quanto parte-contraente della CEDU ed opererebbe in modo automatico senza necessità di un esame individuale delle domande d'asilo. La seconda norma richiede però esplicitamente quale condizione di applicabilità la partecipazione alla Convenzione di Ginevra senza riserva geografica ai soli richiedenti provenienti dai Paesi europei secondo una clausola che costituisce un "vero e proprio relitto" della II Guerra mondiale. In realtà, la legislazione turca applica ai profughi non-europei su base unilaterale un regime che le istituzioni europee affermano "sostanzialmente analogo" al regime della Convenzione di Ginevra. Tale posizione appare discutibile[40] perché la legge turca consente ai non-europei (vale a dire la quasi unanimità dei richiedenti che sono asiatici) di chiedere solo lo *status* di "rifugiato condizionato", che permette di risiedere temporaneamente in Turchia e concede uno *standard* minimo di diritti[41]. Più favorevole è la procedura specifica per i cittadini siriani, che beneficiano di un regime di concessione automatica del permesso di soggiorno, che prevede tuttavia limitati diritti, in particolare nell'accesso all'educazione e al lavoro[42]. Spiace davvero che l'Unione europea non sia riuscita nel negoziato ad ottenere dalla Turchia il ritiro della clausola geografica, né l'adozione del Protocollo 7 CEDU sulle garanzie in caso di espulsione degli stranieri. L'esame individuale delle domande di asilo per le persone in procinto di essere allontanate verso la Turchia complica però i tempi e riduce la certezza del rinvio dalla Grecia.

Nella medesima Dichiarazione, il meccanismo "uno a uno" per i Siriani consiste nell'offerta di un'opportunità di *resettlement* in uno Stato membro dell'Unione (senza i rischi del passaggio sulla rotta balcanica) a fronte di ogni richiedente-asilo rinviato dalla Grecia alla Turchia. La disponibilità delle quote viene recuperata da quelle inutilizzate del meccanismo obbligatorio di ricollocazione, già previsto dalle

---

[39] Sulla legge greca 4375, GU A 51 del 3 aprile 2016, v. COM(2016)231 final, 20 aprile 2016, prima relazione sui progressi compiuti nell'attuazione della dichiarazione UE-Turchia, p. 2. Sui risultati delle corti di appello, v. COM(2016)349 final, 15 giugno 2016, seconda relazione sui progressi compiuti nell'attuazione della dichiarazione UE-Turchia, p. 4. Sull'emedamento approvato con urgenza, v. F. Pierigh, *Greece Amends Its Asylum Law after Multiple Appeals Board Decisions Overturn the Presumption of Turkey as a 'Safe Third Country'*, ECRE News, 24 giugno 2016. Sul nuovo regolamento turco 2016/8722 che modifica il regolamento sulla protezione temporanea, v. COM(2016)231 final, p. 3.

[40] Law of Foreigners and International Protection, Republic of Turkey, Ministry of Interior Directorate General of Migration Management, Publishing Number 6, aprile 2014.

[41] Per un quadro della situazione nell'ordinamento turco, v. Rapporto AIDA sulla Turchia, 4 maggio 2016 (reperibile *online*); DCR/ECRE, Desk research on application of a safe third country and a first country of asylum concepts to Turkey, maggio 2016.

[42] Human Rights Watch, *When I Picture My Future, I See Nothing, Barriers to Education for Syrian Refugee Children in Turkey*, 2015 (reperibile *online*).

due decisioni del settembre 2015 a favore di Grecia e Italia. Il meccanismo penalizza tutti i siriani per l'intraprendenza nella ricerca della via di fuga e lascia sperare la via del reinsediamento ad un altro siriano che si trovi in Turchia. La priorità nel reinsediamento è attribuita a coloro che *non* hanno precedentemente fatto (o tentato) ingresso nel territorio dell'Unione. Si tratta del premio ai profughi siriani "statici" nei campi profughi in Turchia, per i quali varrebbe paradossalmente il modo di dire "*quieta non movere*" (ove vi fosse qualcosa di tranquillo a trovarsi in tale situazione, a parte la rassegnazione). Si tratta di un meccanismo del tutto scorretto dal punto di vista umanitario e giuridico, motivato esclusivamente dal carattere dissuasivo del messaggio politico che si intende inviare[43].

Per le altre nazionalità non vi sono premi e incentivi, ma esclusivamente la dura legge dell'esternalizzazione delle procedure e del soggiorno in Turchia o del rinvio verso altri Stati terzi (auspicabilmente senza *refoulement*).

Alla vigilia dall'apertura del *summit* sull'Accordo con la Turchia, la Corte di giustizia, nella sentenza *Mirza*[44], ha rafforzato il ricorso del meccanismo del Paese-sicuro. La Corte ha confermato che uno Stato membro dell'Unione europea può rimandare un richiedente-asilo in un Paese-terzo sicuro. Secondo la Corte, il rinvio può essere esercitato da uno Stato membro che pure si dichiari competente per l'esame della domanda e anche se la persona ha lasciato il Paese prima che questa sia stata esaminata. Il diritto a ottenere una decisione definitiva "non comporta né che lo Stato membro competente sia privato della possibilità di dichiarare la domanda irricevibile" né che gli venga "imposto di riprendere l'esame della domanda a una fase particolare della procedura". Allo stesso tempo viene garantito il diritto di fare ricorso contro la decisione di trasferimento.

Tale diritto è stato ribadito nelle sentenze *Ghezelbash* e *Karim*[45] nei confronti di un trasferimento di Dublino. In entrambi i casi la Corte ha deciso che il richiedente asilo ha il diritto di far valere la non corretta applicazione di uno dei criteri di determinazione della competenza del regolamento Dublino.

4. Com'è noto, la politica delle frontiere è basata sul concetto di sistema integrato e sull'eliminazione delle frontiere interne anche tramite le attività dell'Agenzia Frontex e il ricorso alle banche dati.

Nella crisi, l'Unione europea ha adottato l'approccio di "contenimento dei flussi migratori ad ogni costo", legittimando i comportamenti restrittivi di alcuni Stati

[43] Il programma volontario di *resettlement* previsto dal precedente piano d'azione UE-Turchia del 29 novembre 2015 è accantonato *sine die*. In vista del Consiglio europeo, la Commissione europea presenta una raccomandazione per un programma volontario di ammissione umanitaria inteso a creare un sistema di solidarietà e di condivisione delle responsabilità con la Turchia per la protezione delle persone sfollate in questo paese a causa del conflitto in Siria, v. Commission Recommendation, C(2015)9490, 15.12.2015 for a voluntary humanitarian admission scheme with Turkey.

[44] Sentenza della Corte del 17 marzo 2016, causa C-695/15 PPU, *Shiraz Baig Mirza*. L'Avvocato generale J. Kokott, nelle conclusioni presentate l'8 marzo 2016, aveva cercato di tracciare una distinzione tra chi resta nel territorio dello Stato membro competente e chi non mostra buona fede lasciando tale Stato per andare altrove.

[45] Sentenze del 7 giugno 2016, causa C-155/15, *Karim*, e causa C-63/15, *Ghezelbash*.

membri di chiusura delle frontiere e la "sistematizzazione" dei controlli di polizia nelle vicinanze delle frontiere[46].

Alcuni Paesi dello Spazio Schengen hanno ripristinato i controlli alle frontiere (Austria, Belgio, Danimarca, Germania, Slovenia, Svezia, Ungheria e Norvegia), sostenendo l'esistenza di una minaccia grave per la sicurezza interna e l'ordine pubblico connessa a "movimenti secondari" di profughi (da uno Stato di primo ingresso). In teoria, la legittimità di tali misure sarebbe esclusa dalla *ratio* stessa del CFS, secondo cui "la migrazione e l'attraversamento delle frontiere esterne di un gran numero di cittadini di paesi terzi non dovrebbero in sé essere considerate una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna" (26° 'considerando', CFS)[47].

La Commissione europea ha però legittimato nel tempo l'interpretazione estensiva delle condizioni di applicazione del CFS. In primo luogo, la Commissione ha formulato parere positivo sui controlli ripristinati dalla Germania e dall'Austria[48], senza tuttavia esplicitare gli orientamenti generali sulla necessità e proporzionalità. In generale, ha ribadito in modo alquanto apodittico: "l'afflusso incontrollato di un numero elevato di persone prive di documenti o con documenti inadeguati, che non vengono registrate al momento del loro primo ingresso in UE, può costituire una grave minaccia alla sicurezza interna e all'ordine pubblico e può pertanto giustificare l'applicazione delle misure"[49].

In secondo luogo, la Commissione non è intervenuta sulle verifiche di polizia introdotte dall'Olanda che, pur in assenza di obblighi informativi, possono essere

[46] Sulla riforma del 2013, v. G. Morgese, *Recenti sviluppi della normativa dell'Unione europea concernente il Sistema Schengen*, in *Sud in Europa*, dicembre 2013, p. 18 ss.; G. Cornelisse, *What's Wrong with Schengen? Border Dispute and the Nature of Integration in the Area Without Internal Borders*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 741 ss. In relazione agli ultimi avvenimenti, v. E. Guild, E. Brouwer, K. Groenendijk, S. Carrera, *What Is Happening to the Schengen Borders?*, CEPS No. 86, dicembre 2015 (reperibile *online*); S. Peers, *The Reform of Frontex: Saving Schengen at Refugees' Expense?*, in *EU Law Analysis*, 16 dicembre 2015; M. Borraccetti, *Schengen o dell'Unione europea: rafforzamento o dissolvimento?*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 127 ss.; F. Ippolito, *La 'tragedia' delle frontiere europee*, in *European Papers, European Forum*, 9 maggio 2016, p. 1 ss.; F. Zorzi Giustiniani, *Schengen o non Schengen?*, in *SIDIBlog*, 8 aprile 2016. La Francia ha adottato varie misure nazionali a difesa del rischio del terrorismo a seguito degli attentati di Parigi del novembre scorso (la minaccia terroristica è richiamata all'art. 26, lett. a, CFS).

[47] Per la versione consolidata, v. regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (CFS). Le ipotesi delle sospensioni sono regolate dal CFS: una prima procedura, concernente gli "avvenimenti prevedibili", consente il ripristino dei controlli come *extrema ratio* in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna (articoli 25-27); una seconda procedura, d'urgenza nei casi che richiedono un'azione immediata, consente agli Stati membri di reintrodurre unilateralmente i controlli alle frontiere interne (art. 28). In ogni caso, le misure devono essere proporzionate alla minaccia grave a cui intendono porre rimedio.

[48] V. COM(2015)7100 final, parere della Commissione del 23 ottobre 2015 sulla necessità e proporzionalità dei controlli di frontiera alle frontiere interne ripristinati da Germania e Austria a norma dell'articolo 24, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 562/2006 (CFS).

[49] COM(2015)675 final, 15 dicembre 2015, ottava relazione semestrale sul funzionamento dello spazio Schengen (1 maggio-10 dicembre 2015), p. 6.

legittime solo a condizione che il loro effetto non sia "equivalente alle verifiche di frontiera" (art. 23, lett. a, CFS)[50].

In terzo luogo, con il "paradosso di sospendere Schengen per rilanciare Schengen", ha richiesto l'applicazione per la prima volta della procedura di rischio del "funzionamento globale" dello Spazio in circostanze eccezionali (art. 29 CFS)[51]. Così, il Consiglio ha adottato la raccomandazione di esecuzione del 10 maggio 2016[52] in cui legittima la volontà di continuare i controlli alle frontiere interne da parte di numerosi Stati membri[53], ribadendo: "Tali ripristini dei controlli alle frontiere interne costituiscono una risposta adeguata alla minaccia constatata per la sicurezza interna e l'ordine pubblico in conformità del codice frontiere Schengen, e le misure in questione sono necessarie e sono ritenute proporzionate".

In realtà, dopo la chiusura della rotta balcanica il mantenimento delle misure restrittive in parola appare piuttosto indirizzato a bloccare l'arrivo di migranti irregolari e "vaganti", provenienti dalla rotta del Mediterraneo. In questo senso, solo l'Austria ha esternato la sua cautela e contrarietà alla "porosità del fronte italiano", ma la diffidenza in questo senso è molto diffusa negli Stati membri del Nord-Europa.

Dal punto di vista legislativo europeo è anche evidente che l'afflusso straordinario sulla rotta balcanica ha determinato (o almeno accelerato) la riforma degli strumenti di gestione delle frontiere. Le proposte presentate di recente dalla Commissione europea privilegiano le opzioni legate alla sicurezza, piuttosto che quelle della solidarietà inter-governativa o umanitaria, a differenza di quanto proposto dal Parlamento europeo nel rapporto di propria iniziativa[54].

In primo luogo, la proposta di regolamento per la trasformazione dell'Agenzia Frontex[55] in "Agenzia europea della guardia costiera e di frontiera" è stata già condi-

---

[50] Sentenze del 22 giugno 2010, cause riunite C-188 e 189/10, *Melki* e *Abdeli*, punto 75; 19 luglio 2012, causa C-278/12 PP, *Adil*.

[51] COM(2016)275 final, 4 maggio 2016, proposta di decisione di esecuzione del Consiglio recante raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen. La presentazione della proposta era stata preannunciata a seguito della verifica bimestrale, COM(2016)120 final, 4 marzo 2016, Ritorno a Schengen, tabella di marcia. Il periodo iniziale di 6 mesi potrebbe essere prolungato sino a due anni.

[52] Decisione di esecuzione del Consiglio del 10 maggio 2016 recante raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen, adottato dal Consiglio nella 3462ª sessione del 12 maggio 2016. Quest'ultimo, pur rilevando progressi significativi della Grecia e l'attuazione in corso della dichiarazione UE-Turchia ha affermato: "Alcune delle gravi carenze nel controllo alle frontiere esterne persistono e compromettono il funzionamento globale dello spazio senza controllo alle frontiere interne". Inoltre, alcune persone non-registrate in ingresso nel territorio dell'Unione produrrebbero il rischio di movimenti secondari in altri Stati membri specie se non alloggiati in adeguate strutture di accoglienza.

[53] Nello specifico: l'Austria alla frontiera terrestre con l'Ungheria e a quella con la Slovenia; la Germania alla frontiera terrestre con l'Austria; la Danimarca nei porti da cui partono i collegamenti effettuati con traghetti con la Germania e alla frontiera terrestre con la Germania; la Svezia nei porti svedesi nella regione meridionale e occidentale di polizia e al ponte di Öresund; la Norvegia nei porti da cui partono i collegamenti effettuati con traghetti con la Danimarca, la Germania e la Svezia.

[54] P8_TA-PROV(2016)0102, Risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione.

[55] Sull'Agenzia Frontex, *inter alia*, v. G. Caggiano, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in E. Triggiani (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, XIV Convegno SIDI, Napoli, 2010, p. 403 ss.; D. Vitiello, *La*

visa dai due co-legislatori[56]. Gli strumenti predisposti comprendono: la valutazione delle vulnerabilità della capacità di controllo delle frontiere degli Stati membri; le operazioni congiunte e gli interventi rapidi alle frontiere per rafforzare la capacità degli Stati membri di rispondere all'immigrazione illegale o alla criminalità transfrontaliera; l'assistenza alla Commissione nel coordinamento delle squadre di sostegno per la gestione della migrazione in caso di pressioni migratorie sproporzionate; l'esecuzione delle misure in situazioni che richiedono un'azione urgente; l'assistenza tecnica e operativa alle operazioni di ricerca e salvataggio delle persone in pericolo in mare; le operazioni e gli interventi di rimpatrio; la cooperazione operativa con i Paesi terzi.

In secondo luogo, si discute la proposta della Commissione se la Turchia e gli Stati balcanici candidati all'adesione e contraenti della CEDU possano essere inseriti in una lista comune che, ai sensi della direttiva-procedure, prevede la presunzione di sicurezza (*iuris tantum*) del Paese terzo sicuro (art. 38), determinando l'inammissibilità della domanda[57].

Infine, i timori relativi all'afflusso dei cittadini degli Stati terzi ai quali si applichino accordi bilaterali di liberalizzazione dei visti hanno portato alla proposta di rafforzare il meccanismo di blocco *ex post* tramite la riforma del c.d. freno d'emergenza sulla concessione dei visti. Accanto al criterio già previsto dell'aumento eccessivo di richiedenti-asilo e immigrati che si fermano irregolarmente (*overstayers*), verranno considerati i criteri della scarsa cooperazione dello Stato terzo nel riammettere gli immigrati irregolari e quello collegabile a preoccupazioni di ordine pubblico e sicurezza interna dovute a un incremento di crimini o atti terroristici[58].

5. Le dinamiche intergovernative emerse nella vicenda della rotta balcanica sembrano affermarsi nelle proposte di riforma in discussione al livello dell'Unione quale modello della riforma in atto della protezione internazionale.

Mentre nella prima fase della crisi migratoria sembrava si potesse ottenere una maggior tutela dei diritti dei richiedenti asilo (soprattutto sul piano della scelta indi-

cooperazione operativa tra Frontex e i Paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare, in F. Cherubini (a cura di), *op. cit.*, p. 163 ss.

[56] Comunicato stampa 373/16, 22 giugno 2016, Guardia costiera e di frontiera europea: il Consiglio conferma l'accordo con il Parlamento. In base alla proposta della Commissione sarebbe stato attribuito all'Agenzia un potere impositivo di un'azione correttiva, anche in mancanza della richiesta di assistenza da parte dello Stato membro interessato e anche contro la volontà di tale Stato membro. Tale meccanismo è stato modificato nel mandato di negoziato del Consiglio con il Parlamento europeo, v. Doc. Council 7649/16, 11 aprile 2016, Mandate for negotiations with the European Parliament.

[57] Sulla complessa vicenda del concetto di Paese tezo sicuro e la possibile adozione di una Lista comune ai Paesi membri (non ancora esistente) si rinvia a G. Caggiano, *Alla ricerca di un nuovo*, cit., p. 480 ss.

[58] COM(2016)290 final, 10 maggio 2006, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo (revisione del meccanismo di sospensione).

viduale del Paese di insediamento), la successiva prassi ha dimostrato la volontà di molti governi di opporsi a qualsiasi modifica sostanziale dei criteri di Dublino[59].

Dopo una corretta diagnosi[60], l'opzione prescelta dalla Commissione è purtroppo quella di evitare ad ogni costo i movimenti secondari, piuttosto che risolvere le cause dell'inefficacia del sistema in vigore tramite un modello accentrato o di riconoscimento reciproco delle decisioni sugli *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria[61]. Infatti, la principale criticità del sistema consiste nel fatto che, ad oggi, non esiste alcuna autorità centrale che possa unificare le procedure, né esiste un'autorità di prima istanza o di appello a livello europeo. Continua ad essere proposto il discutibile criterio della competenza del Paese di primo ingresso, che a sua volta determina il soggiorno per almeno cinque anni. Un insostenibile onere asimmetrico per l'Italia e per la Grecia quando saranno ripristinati i trasferimenti dei "Dublinanti".

La proposta Dublino IV[62] rappresenta un cambiamento in senso restrittivo e peggiorativo per la condizione dei richiedenti-asilo[63]. Le modifiche sono finalizzate soprattutto alla prevenzione di movimenti secondari[64] e, in minima parte, ad una qualche compensazione tramite il "meccanismo di distribuzione correttiva", che dovrebbe assicurare un "alto grado di solidarietà e condivisione equa delle responsabilità" tra gli Stati membri in caso di pressione sproporzionata sui sistemi di asilo degli Stati membri.

Nessuna modifica viene proposta alla gerarchia dei criteri di competenza e al Paese di primo approdo. La Commissione propone l'abolizione del meccanismo di allerta rapido mai utilizzato (art. 33 regolamento Dublino III) introducendo un meccanismo di assegnazione correttiva in caso di pressione sproporzionata sugli Stati membri (art. 34 della proposta). Tale meccanismo sembra assai difficile da

---

59 Aida, *Wrong Counts and Closing Doors. The Reception of Refugees and Asylum Seekers in Europe*, marzo 2016.

60 Nell'ambito della revisione del CEAS (Sistema di asilo comune europeo), la Commissione ha proposto, prima, le idee di base per una riforma del pacchetto-asilo e, dopo poco, un articolato di codificazione del regolamento Dublino III (Dublino IV o Dublino *Plus*). Vale la pena di riportarla per intero: "L'obiettivo generale è passare da un sistema che, per come è stato concepito o per la scorretta attuazione, attribuisce una responsabilità sproporzionata ad alcuni Stati membri e incoraggia flussi migratori incontrollati e irregolari, a un sistema più equo che offra percorsi ordinati e sicuri verso l'UE ai cittadini di paesi terzi bisognosi di protezione o in grado di contribuire allo sviluppo economico dell'Unione".

61 COM(2016)197 final, 6 aprile 2016, Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa. In tema v. M. Di Filippo, *The Reform of the Dublin System and the First (Half) Move of the Commission*, in *SIDIBlog*, 12 maggio 2016.

62 COM(2016)270 final, 4 maggio 2016, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione).

63 C. Hruschka, *Dublin Is Dead! Long Live Dublin!*, in *Odysseus Academic Network*, *OMNIA Project* (reperibile *online*).

64 È notorio il castello di carte sottostante al fenomeno. A causa dei movimenti secondari, molte domande di asilo sono presentate in Stati membri diversi da quelli competenti. Anche quando gli Stati membri accettano le richieste di trasferimento, soltanto un quarto circa dei casi in questione si conclude con effettivi trasferimenti e, una volta eseguiti i trasferimenti, sono frequenti i movimenti secondari di ritorno nello Stato membro di partenza.

realizzare per le difficoltà attuali nell'attuazione del meccanismo di ricollocazione adottato dal Consiglio nel 2015.

In primo luogo, la Commissione intende limitare la possibilità per gli Stati membri di applicare clausole discrezionali (art. 19 della proposta), consentite solo per motivi familiari, ma non più per ragioni culturali o umanitarie[65]. Altre proposte[66] prevedono limiti di tempo più brevi (ma non vincolanti) rispetto a quelli introdotti nella precedente riforma proprio per eliminare lo stato di incertezza sullo *status* delle persone e il fenomeno dei "richiedenti-asilo in orbita". Il diritto di appello dovrebbe essere limitato soltanto al caso di carenze generalizzate nei sistemi di asilo e per motivi familiari (art. 28 della proposta)[67].

Molti dei cambiamenti proposti si riferiscono alla necessità di informazioni, soprattutto l'obbligo di informare il richiedente che non è titolare di un diritto di scelta rispetto al Paese di insediamento[68]. Si codificano gli obblighi dei richiedenti-asilo: presentare richiesta di asilo nello Stato membro di ingresso; fornire velocemente tutti gli elementi ed informazioni rilevanti; attenersi alle decisioni di trasferimento; essere "presente e disponibile" verso le autorità al riguardo (art. 5 della proposta). Tale decalogo viene fornito di sanzioni applicabili in caso di inadempienza: l'accelerazione della procedura e la perdita delle condizioni di accoglienza (articoli dal 14 al 19, direttiva 2013/33/UE), ad eccezione dei servizi sanitari di emergenza (art. 6, lett. d, della proposta). Se la proposta fosse accettata dai co-legislatori si tratterebbe di una grave *deminutio* del regime del diritto d'asilo dell'Unione.

Per il minore non accompagnato la proposta prevede che sia competente il Paese di presentazione della prima richiesta, in contrapposizione con l'orientamento della Corte di giustizia (articoli 8, par. 4, e 10).

6. Le disposizioni relative all'aiuto umanitario (art. 214 TFUE) possono essere invocate solo per l'adozione di misure di assistenza a persone colpite in Paesi terzi. Per fronteggiare necessità eccezionali è percorribile il meccanismo di protezione civile[69], la cui attivazione è stata richiesta da Grecia, Slovenia e Croazia, anche se la risposta volontaria da parte degli altri Stati membri è apparsa insufficiente.

La Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento relativo alla fornitura di emergenza con il sostegno dell'Unione, adottata dal Consiglio il 15

---

65 Vedi M. Marchegiani, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 159 ss.; G. Caggiano, *Alla ricerca di un nuovo*, cit., p. 461.

66 L'abolizione del limite di 12 mesi per l'applicabilità del criterio di entrata illegale (art. 15 della proposta); l'abolizione delle condizioni per una "cessazione di responsabilità" (art. 19, regolamento Dublino III).

67 Si tratta di un orientamento contrario a quello della Corte di giustizia; v. sentenza *Ghezelbash*.

68 Art. 6, par. 1, lett. a), della proposta: "that the right to apply for international protection does not encompass any choice of the applicant which Member State shall be responsible for examining the application for international protection".

69 Altri strumenti dell'UE, quali il Fondo di solidarietà dell'Unione europea (FSUE), il Fondo asilo, migrazione e integrazione (AMIF), il Fondo sicurezza interna (ISF) o il Fondo di aiuti europei agli indigenti (FEAD) non sono specificamente destinati ad affrontare gravi esigenze umanitarie. In particolare, essi si basano principalmente sulle capacità amministrative e operative dei governi, che possono già trovarsi in difficoltà da un punto di vista finanziario ed economico.

marzo 2016[70]. Una caratteristica di tale proposta di regolamento è il carattere diretto dell'azione umanitaria, che deve essere effettuata direttamente dalla Commissione o da organizzazioni intergovernative o non governative. Questa disposizione è finalizzata a superare le difficoltà incontrate nell'erogazione e nell'efficace utilizzo dei fondi, spesso ostacolati dalla complessità e dai meccanismi burocratici dei finanziamenti nazionali.

A sostegno delle misure d'integrazione nazionali, la Commissione prevede invece un approccio più strategico e coordinato all'uso dei fondi UE. Nell'Agenda sull'immigrazione[71] l'accento viene posto sui finanziamenti del Fondo asilo, migrazione e integrazione (AMIF), del FESR e del FSE[72]. Le iniziative degli Stati membri interessate dai finanziamenti riguardano le competenze linguistiche e professionali, l'accesso ai servizi e al mercato del lavoro, un'istruzione inclusiva e scambi interculturali, nonché campagne di sensibilizzazione rivolte sia alle comunità di accoglienza che ai migranti. La questione dell'integrazione riguarda anche il sistema di supervisione macroeconomica delle economie nazionali. Nel contesto della strategia Europa 2020 e del semestre europeo, gli esiti dell'integrazione dei cittadini di Paesi terzi sono analizzati nelle relazioni e raccomandazioni per Paese, con particolare attenzione all'integrazione nel mercato del lavoro e alla formazione, al fine di promuovere una migliore inclusione sociale[73].

7. I richiedenti-asilo appena arrivati si confrontano con problemi specifici, come i postumi dai traumi subiti, la mancanza di documentazione (compresa quella relativa alle qualifiche professionali), ma anche le barriere culturali e linguistiche e le difficoltà in materia di istruzione e alloggio a fronte di *standard* minimi di tutela (previsti nel secondo pacchetto-asilo). Durante la procedura di riconoscimento si realizza spesso un lungo periodo di inattività, non mitigato dalla facoltà di accesso al mercato del lavoro che non sempre offre loro opportunità (legali). Pertanto, almeno per i nuovi richiedenti-asilo (con elevata probabilità di vedersi riconosciuto lo *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria), sarebbe auspicabile

[70] COM(2016)115 final, 2 marzo 2016, proposta di regolamento del Consiglio sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione; regolamento (UE) 2016/369 del Consiglio del 15 marzo 2016 sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione. Il regolamento si basa sull'art. 122, par. 1, TFUE, su cui non sono state adottate finora misure per far fronte a esigenze di questo tipo.

[71] COM(2015)240 final, 13 maggio 2015, Agenda sull'immigrazione dell'Unione europea.

[72] Almeno il 20% è destinato nel periodo di programmazione 2014-2020 a misure per l'inclusione sociale, ivi compresa l'integrazione dei migranti in particolare dei richiedenti asilo, dei rifugiati e dei minori.

[73] COM(2016)95 final/2, 7 aprile 2016, semestre europeo 2016: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011. In particolare si afferma: "L'integrazione efficace dei migranti e dei rifugiati in alcuni Stati membri richiede un'attenzione particolare. L'arrivo massiccio di migranti e rifugiati nel corso dell'ultimo anno costituisce un'importante sfida per numerosi Stati membri e per l'UE, ma è anche un'opportunità, in particolare per gli Stati membri che stanno vivendo cambiamenti demografici (...). Un'integrazione efficace richiede, tra l'altro, una valutazione precoce delle competenze, un rapido riconoscimento delle qualifiche e una formazione linguistica appropriata al fine di garantire un accesso tempestivo ed efficace al mercato del lavoro, all'assistenza sanitaria e al mercato degli alloggi" (par. 5.2, Proseguire le riforme strutturali per modernizzare le economie-Occupazione e politica sociale).

la creazione di una "corsia normativa ed operativa" di integrazione precoce (*early integration* o proto-integrazione) e accelerata (*fast-track*)[74]. Questa prospettiva non è stata approfondita negli atti più recenti dell'Unione, dopo una prima iniziale posizione favorevole dei servizi della Commissione[75].

Nell'interesse reciproco dello sviluppo delle potenzialità e della dignità di persone destinate a soggiornare per un lungo periodo nelle società di accoglienza, l'approccio favorevole alla proto-integrazione dovrebbe essere opportunamente realizzato tramite l'adozione di nuovi regolamenti sul diritto d'asilo previsti dalla Commissione[76]. In caso di prevedibili contrasti, le esigenze di proto-integrazione potrebbero comunque essere sviluppate, a legislazione europea invariata, nelle politiche degli Stati membri più consapevoli e sensibili, anche con l'innalzamento degli *standard* minimi di accoglienza previsti a livello europeo. Infatti, il sistema europeo dell'asilo è caratterizzato da differenze sostanziali fra gli ordinamenti degli Stati membri che, insieme a motivazioni culturali e familiari, incoraggiano i movimenti secondari dei rifugiati e la loro "ritrosia" alla registrazione-dati nel Paese di primo ingresso.

L'armonizzazione minimale attuale riguarda la fase di attesa dell'esito delle domande presentate[77] e la fase successiva al riconoscimento dello *status* di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria[78]. Gli *standard* minimi di accoglienza potrebbero essere rafforzati nella loro attuazione nazionale per intraprendere al più presto il processo di integrazione.

Il secondo dialogo annuale del Consiglio Affari generali sulla *rule of law* del 24 maggio 2016 è stato dedicato alle sfide che i flussi migratori creano per il rispetto dei valori fondamentali dell'Unione europea (art. 2 TUE) per l'accoglienza di richiedenti-asilo e rifugiati. Secondo il Consiglio: "The rule of law is one of the fundamental values of the European Union and a cornerstone of European cooperation (...). The significant inflows of refugees are without doubt a test to these values. But

---

74 Per approfondimenti, v. G. Caggiano, *Riflessioni su proto-integrazione dei richiedenti asilo e diversità culturali*, in *SIDIBlog*, 29 giugno 2016.

75 V. DG Migration and Home Affairs, in una presentazione alle organizzazioni della società civile, alle autorità locali e regionali e altri stakeholder, riportata da Ryngbeck, 23 marzo 2016 (reperibile *online*).

76 COM(2016)197 final, 6 aprile 2016, Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa.

77 Secondo la direttiva-accoglienza 2013/33/UE: scolarizzazione e istruzione dei minori *ex* art. 14, accesso al lavoro entro un massimo di nove mesi *ex* art. 15, accesso alla formazione professionale *ex* art. 16, condizioni materiali di accoglienza e assistenza sanitaria *ex* art. 17.

78 Secondo la direttiva-qualifiche, direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta: accesso agli strumenti specifici di integrazione *ex* art. 34: "Al fine di facilitare l'integrazione dei beneficiari di protezione internazionale nella società, gli Stati membri garantiscono l'accesso ai programmi d'integrazione che considerano adeguati, in modo da tenere conto delle esigenze particolari dei beneficiari dello status di rifugiato o dello status di protezione sussidiaria, o creano i presupposti che garantiscono l'accesso a tali programmi"; accesso all'occupazione *ex* art. 26, accesso all'istruzione *ex* art. 27, riconoscimento delle qualifiche professionali *ex* art. 28, assistenza sociale *ex* art. 29, assistenza sanitaria *ex* art. 30, alloggi e altre condizioni speciali dei minori non accompagnati *ex* art. 31, accesso all'alloggio *ex* art. 32.

only by respecting these values ourselves and ensuring their respect by those who come to us we will be able to overcome the migration challenge and successfully integrate refugees in our societies"[79].

Nell'oggetto di questo lavoro rientrano alcune prese di posizione e iniziative istituzionali dell'Unione sull'integrazione specifica dei richiedenti-asilo e dei beneficiari di protezione internazionale: il secondo dialogo sulla *rule of law* del Consiglio Affari generali del 24 maggio 2016, dedicato ai flussi migratori, e il documento della Commissione europea sul piano d'azione per l'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi[80]. La comunicazione della Commissione del 7 giugno 2016[81] presenta un quadro politico-strategico e individua orientamenti e misure di sostegno operativo e finanziario dell'Unione europea alle politiche degli Stati membri.

I vecchi e nuovi migranti irregolari sono invece esclusi da ogni forma di integrazione e, secondo gli atti recenti dell'Unione europea, gli "illegali" recentemente arrivati dovrebbero essere oggetto esclusivamente di misure di rimpatrio. Si dimentica però che gli Stati membri conservano la piena sovranità sui flussi di ingresso (art. 79, par. 5, TFUE) e possono, secondo la direttiva-rimpatri (2008/115/CE), regolarizzare e quindi "integrare" anche coloro che sono entrati in maniera irregolare sul loro territorio[82].

L'attuazione dei diritti fondamentali, l'accesso al lavoro e al *welfare* rappresentano lo strumento principale d'integrazione verso una tendenziale e progressiva parità di trattamento con i cittadini nazionali (equo trattamento). In ogni caso, il riconoscimento dei diritti non si traduce in un'automatica disponibilità e accesso ai beni e ai servizi destinati ai cittadini dell'Unione[83].

La questione dell'accoglienza dei nuovi arrivati per la recente crisi dei flussi migratori e dell'integrazione ha assunto un rilievo di grande attualità e urgenza per la Germania, che ha cambiato le regole per il diritto d'asilo[84]. Il 24 maggio 2016 il Governo tedesco ha sottoposto al Parlamento la proposta di legge sull'integrazione

---

79 V. anche High Level Seminar on the Topic of EU Fundamental Values, Immigration and Integration, organizzato dalla Presidenza olandese, tenutosi a Strasburgo il 2 febbraio 2016. I suoi risultati sono riportati in un documento (*non paper*) che sintetizza, nella forma di un resoconto sommario, il dibattito attuale in materia: Doc. 8774/16, Annex EU Fundamental Values, Immigration and Integration: A Shared Responsibility, 13 maggio 2016.

80 Significativa la visione del Parlamento europeo nel parere di propria iniziativa, Risoluzione del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione (par. 44).

81 COM(2016)377 final, 7 giugno 2016, piano di azione sull'integrazione dei cittadini di paesi terzi.

82 Art. 5, par. 4: "In qualsiasi momento gli Stati membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare. In tali casi non è emessa la decisione di rimpatrio".

83 La base giuridica specifica per l'integrazione (art. 79, par. 4, TFUE) permette di adottare misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Com'è noto, si tratta di una competenza di sostegno completamento e coordinamento dell'Unione europea.

84 V. Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, BGBl. 2015 I S. 1722. Tra le misure previste, ci sono l'accelerazione delle procedure d'esame delle richieste di asilo, il prolungamento della permanenza nei centri di accoglienza da tre a sei mesi (l'*iter* di una richiesta dura in media cinque), la possibilità di

dei richiedenti-asilo e dei titolari della protezione internazionale, creando un rapporto soggettivo fra Stato e migranti (*fördern und fordern*). Il mancato impegno degli stranieri per raggiungere le condizioni minime di integrazione porterebbe automaticamente alla perdita del permesso di soggiorno e delle relative prestazioni sociali.

8. In conclusione, nessun dubbio che l'Unione abbia scelto la logica della sicurezza e non quella "basata sui diritti" nella dimensione interna ed esterna dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia. Al di là di ogni ragionevole dubbio sul bilanciamento al riguardo, le procedure di rinvio sulla base del meccanismo del Paese terzo-sicuro e l'intesa per l'esternalizzazione rappresentano sicure violazioni, tanto degli obblighi intergovernativi di solidarietà, quanto della solidarietà personale imposta dai valori comuni europei per la vulnerabilità dei richiedenti protezione internazionale, con vulnerabilità accentuata per alcune categorie specifiche.

Si ricorda che l'istituto della protezione sussidiaria, creato dal sistema europeo in aggiunta al diritto di Ginevra, assume un posto prioritario nel regime della rotta balcanica[85], applicandosi senza alcun dubbio almeno ai siriani per la situazione di guerra civile in atto nel loro Paese di origine.

Una volta riconosciuti come beneficiari di protezione sussidiaria in uno Stato membro, la Corte di giustizia nella sentenza del 1° marzo 2016, *Alo* e *Osso*[86] ritiene che non sia legittimo introdurre limiti alla loro circolazione per tener conto della suddivisione degli oneri territoriali dello Stato ospite; diversamente se tali limiti sono finalizzati ad una migliore integrazione in base ad una localizzazione di tali persone. In altre parole, al beneficiario dello *status* di protezione sussidiaria, percettore di talune prestazioni sociali specifiche, non può essere imposto un obbligo di residenza, giustificata da una ripartizione finanziario-gestionale tra i Länder, mentre tale obbligo appare legittimo se funzionale all'obiettivo di facilitarne l'integrazione. Nella medesima sentenza, la Corte ha interpretato la direttiva-qualifiche nel senso che i beneficiari di protezione internazionale godono degli stessi diritti e benefici dei rifugiati. Occorre ricordare però che la direttiva sul ricongiungimento familiare esclude dal suo campo di applicazione i beneficiari di protezione sussidiaria, lasciando agli Stati membri la facoltà di adottare o mantenere disposizioni più favorevoli (facoltà peraltro esercitata dalla maggioranza degli Stati membri)[87].

---

contratti di lavoro temporaneo già dopo tre mesi dall'arrivo, l'organizzazione di corsi di lingua e cultura nei centri di accoglienza.

85 Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2009, causa C-465/07, *Elgafaji*, punto 35. La Corte specifica che, ai fini della ricorrenza del rischio costitutivo del presupposto per l'applicazione della protezione sussidiaria, è sufficiente che la violenza sia di intensità tale da costituire un rischio per chiunque vi si trovi esposto. V. anche sentenza del 30 gennaio 2014, causa C-285/12, *Diakité*, in cui la Corte chiarisce l'autonomia e diversità al concetto di conflitto armato interno nel diritto dell'Unione rispetto e nel diritto internazionale umanitario. Per approfondimenti e bibliografia si rinvia a G. Caggiano, *Alla ricerca di un nuovo*, cit., p. 473, nota 60.

86 Cause riunite C-443 e 444/14. In tema v. L. Halleskov Storgaard, *Enhancing and Diluting the Legal Status of Subsidiary Protection Beneficiaries under Union Law- The CJEU Judgment in Alo and Osso*, in *EU Law Analysis*, 9 marzo 2016.

87 Art. 3, par. 2, lett. c). Le condizioni più favorevoli concesse ai rifugiati per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare in relazione ai membri della famiglia, per le prove documentali e le

Sulla base dell'evoluzione della giurisprudenza sarebbe opportuno modificare anche tali norme, codificando lo standard europeo della protezione sussidiaria di livello più alto rispetto al diritto di Ginevra, almeno in cambio del processo di esternalizzazione in corso. I principi generali della parità di trattamento e di non discriminazione richiedono che situazioni paragonabili non siano trattate in modo diverso e che situazioni diverse non siano trattate in modo uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato, persegua un legittimo scopo e sia ad esso proporzionato. La logica alla base di un regime più favorevole per i rifugiati vale anche per i titolari di protezione sussidiaria perché entrambe le categorie sono costrette a fuggire dai loro Paesi di origine e possono continuare la loro vita familiare solo nel Paese ospitante.

Abstract

Rise and Fall of the Balkan Route: Externalization *versus* Solidarity towards Asylum Seekers

The EU governance of mixed influx of migrants and protection seekers has been characterized by a marked shift towards the externalization of internal problems and the search for alternatives to the only viable strategy to cope with the current mass movement: i.e. the recognition of fair treatment and solidarity towards migrants. Moving on from the legal framework, this paper highlights the EU multilateral initiatives leading to the rise and fall of the Balkan route. Moreover, the work analyses the reasons and pitfalls of the EU-Turkey deal and considers the consequences of the migratory crisis on the Schengen system, the reforms of the visa code and the border surveillance. It then focuses on the reform of the Dublin system and sheds light on the missing link of all the proposed and realized reforms: the early-integration of protection seekers.

condizioni materiali (l'esenzione dal requisito di dimostrare risorse stabili e regolari, la disponibilità di alloggio, l'assicurazione malattie e la conformità con le condizioni di integrazione) possono non essere disponibili per i titolari di protezione sussidiaria. V. gli articoli 10, 11, par. 2, e 12, par. 1, direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relative al diritto al ricongiungimento familare.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 243-251

Giuseppe Cataldi*

Brevi osservazioni sul diritto di proprietà nella CEDU alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo

Sommario: 1. Premessa sul diritto di proprietà. – 2. L'art. 1, Protocollo 1, della CEDU e i principi interpretativi generali della Corte di Strasburgo in materia. – 3. L'equilibrio tra interessi pubblici e privati. Le "circostanze eccezionali" e la questione dell'indennizzo. – 4. La tutela delle "legittime aspettative" ad un bene da parte dell'individuo quale oggetto del diritto di proprietà. – 5. Conclusioni.

1. L'importanza del diritto di proprietà quale diritto umano è spesso sottovalutata. Se indubbiamente è corretto rilevare l'esistenza di un nucleo di diritti umani fondamentalissimi dei quali questo diritto non fa parte, occorre però riflettere sulla circostanza che, se vogliamo annoverare la libertà individuale tra i principali diritti naturali dell'uomo, non dobbiamo dimenticare che la proprietà privata costituisce la massima espressione del diritto di libertà.

Fu John Locke, nel XVII secolo, a chiarire che senza proprietà l'uomo non è libero di realizzarsi, e ovviamente il filosofo britannico si riferiva alla proprietà borghese, legittimata dal lavoro, non certo alle rendite parassitarie dell'aristocrazia.

La proprietà privata è protagonista quindi, nelle sue vicende, della Storia recente e meno recente: dall'affermazione del capitalismo alla rivoluzione industriale, dal marxismo alla dottrina sociale della Chiesa, dalla crisi finanziaria del 1929 al *New Deal* di Roosevelt negli Stati Uniti, dalla II Guerra mondiale alla divisione in due blocchi contrapposti nel secondo dopoguerra. È da segnalare poi che il rapporto tra proprietà privata e diritto di famiglia si è evoluto in maniera più lenta, poiché, dopo la Rivoluzione francese, il diritto ottocentesco non estese ai rapporti familiari i principi di eguaglianza e libertà individuale che avevano modificato il diritto privato e ispirato il codice civile in gran parte dei Paesi dell'Europa. Com'è noto, in Italia soltanto nel 1975 sono stati aboliti i limiti che una concezione "patriarcale" dei rapporti familiari ponevano alla proprietà privata della donna[1].

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Napoli "L'Orientale".

[1] Per un'approfondita analisi di quanto si è sommariamente esposto si rinvia a C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015.

2. La formulazione dell'art. 1, Protocollo 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) s'inserisce in questo contesto storico. Si tratta dell'unico articolo, nel catalogo dei diritti e libertà garantiti nel sistema della CEDU, che tuteli un diritto di natura economica. È significativo che questa disposizione, adottata nel 1952, affermi nella prima parte che "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni". Anche alle persone giuridiche viene quindi riconosciuta la titolarità dei diritti di libertà economica.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) è solita scomporre in tre distinte disposizioni quanto affermato nell'art. 1, Protocollo 1, distinguendo tra rispetto del diritto di proprietà, privazione della proprietà, regolamentazione dei beni per l'interesse generale[2].

L'oggetto della tutela prevista non sono soltanto i beni mobili ed immobili, ma una serie di diritti di proprietà su beni tangibili ed intangibili che sono stati individuati dalla giurisprudenza della Corte EDU. La materia è pertanto vastissima e comprende vari aspetti, tra i quali gli espropri, legittimi e illegittimi, il grande tema delle restituzioni dei beni privati nei Paesi dell'Europa centrale e orientale, quello dell'uso del Protocollo 1 a tutela delle prestazioni sociali, il corpo umano come "bene" e quindi le questioni bioetiche, le "aspettative legittime" al diritto di proprietà, il bilanciamento tra diritto di proprietà e esigenze pubbliche dettate da circostanze eccezionali quali la difesa della sicurezza nazionale o una crisi economica.

La Corte ha esteso quindi significativamente l'ambito di applicazione della norma, rivendicando una nozione del diritto di proprietà autonomo rispetto alla qualifica formale e alla titolarità attribuita da parte dei singoli ordinamenti degli Stati membri ad un bene.

La metodologia utilizzata dalla Corte nell'esame dei ricorsi aventi ad oggetto la norma in esame prevede in primo luogo la ricostruzione, nel singolo caso, della nozione di bene. Ciò le ha consentito di far rientrare nell'art. 1, Protocollo 1, quasi tutto ciò che sia provvisto di valore economicamente significativo, fino a far coincidere la nozione di bene con quella di "valore patrimoniale". Una volta avvenuta tale ricostruzione, la Corte passa poi alla verifica della titolarità da parte del ricorrente. Soltanto dopo l'avvenuto riconoscimento di tale titolarità c'è l'esame dell'eventuale violazione da parte dello Stato convenuto, al cui accertamento concorrono notevolmente l'esito della comparazione tra l'interesse generale e quello individuale e il

[2] In proposito, tra le tante, si veda quanto affermato nella sentenza del 31 agosto 2011, *Maggio* e *a.* c. *Italia*, par. 56: "The Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1 comprises three distinct rules: the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognizes that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest. The three rules are not, however, "distinct" in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule". In dottrina, sul punto e in generale sulla questione: M. L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; Id., *Art. 1 Prot. 1*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 791 ss.; F. Buonomo, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2005.

ben noto criterio elaborato dalla stessa Corte del c.d. "margine d'apprezzamento" da parte delle autorità dello Stato.

L'accertamento della violazione è tuttavia semplificato, quasi automatico, nei casi in cui sia riscontrato il mancato rispetto, da parte delle autorità dello Stato, del principio di legalità. Sul punto la Corte è molto severa, prescindendo dalla necessità di dimostrazione dell'avvenuta rottura dell'equilibrio tra interesse generale e individuale. Ciò soprattutto in quei casi in cui lo Stato opera quella che la Corte chiama "*prestidigitation législative*", definendo con tale espressione quelle ipotesi in cui lo Stato modifica le regole da applicare ad una controversia giudiziaria in corso tra individuo e amministrazione pubblica mediante un intervento normativo pregiudizievole per gli interessi che il singolo difende[3].

Va rilevato che il principio di legalità al quale fa riferimento la Corte nella sua giurisprudenza è basato su di un concetto piuttosto ampio di "legge", intendendosi come tale ogni fonte di norme che contribuisca all'evoluzione del diritto stesso, e quindi è tale anche il diritto giurisprudenziale, come affermato nella sentenza *Sud Fondi* c. *Italia*[4]. Inoltre, il rispetto del requisito di legalità è soddisfatto soltanto qualora sia provata la sufficiente accessibilità, precisione e prevedibilità della norma, affinché (in conformità con l'art. 13 CEDU) sia assicurata l'effettività della tutela (principio della *qualità* della legge).

Contrario al principio di legalità è, in particolare, un istituto che consenta alla Pubblica amministrazione di trarre vantaggio dal proprio comportamento illegittimo. Tale è il caso, ben noto, della c.d. "prescrizione acquisitiva" (o "accessione invertita"), di origine giurisprudenziale, grazie al quale l'Amministrazione italiana poteva acquisire la proprietà di immobili privati senza osservare le regole formali previste per l'espropriazione. Tale istituto è stato però dichiarato contrario alla CEDU dalla Corte[5].

In base alla sua giurisprudenza, così come avviene per gli altri diritti contenuti nel catalogo previsto dalla CEDU, lo Stato ha obblighi sia positivi sia negativi a suo carico[6]. È interessante rilevare che la Corte ha avuto anche modo di procedere ad un riconoscimento *de facto* dell'interesse patrimoniale del singolo, nonostante la mancanza di un titolo giuridico valido, di fronte al protrarsi della tolleranza negligente di una certa situazione illegittima da parte delle autorità preposte. Nel caso *Oneryldiz* c. *Turchia* la Corte non ha, infatti, esitato a dichiarare prevalente il diritto di una persona a conservare la proprietà di una baracca abusiva costruita, illegittimamente, vicino a una discarica molti anni prima e la cui esistenza non era

[3] In proposito si rinvia alle sentenze cit. *infra*, alle note 23 e 26.

[4] Sentenza del 28 gennaio 2009.

[5] Così la Corte in numerose sentenze. Per tutte, si veda la sentenza del 30 maggio 2005, *Belvedere alberghiera* c. *Italia*.

[6] Una prassi consolidata, funzionale all'effettività delle norme della CEDU, prevede anche obblighi positivi a carico degli Stati. Nelle sentenze del 20 luglio 2000, *Antonetto* c. *Italia*, e del 17 luglio 2007, *Vitiello* c. *Italia*, la Corte ha ad esempio censurato il comportamento delle autorità nazionali che non avevano dato esecuzione ad una sentenza interna che obbligava ad una rimessa in pristino di immobili appartenenti a privati. Una recente e interessante conferma degli obblighi positivi in tema di diritti di proprietà è poi contenuta nella sentenza del 7 maggio 2015, *S.L.* e *J.L.* c. *Croazia*.

stata mai oggetto di contestazione da parte delle autorità fino al provvedimento di demolizione impugnato[7].

Una decisione di questo tipo rende evidente, tra l'altro, la differenza d'impostazione della Corte EDU rispetto alle corti interne. La "funzione sociale della proprietà" di cui parla l'art. 42 della nostra Costituzione (così come analoghe formulazioni riscontrabili in altri ordinamenti interni) non è certo nominata nell'art. 1, Protocollo 1, CEDU[8]. Ciononostante va rilevato che questa prospettiva non è completamente sconosciuta alla Corte. Secondo l'interpretazione recepita dalla *Grande Chambre* nella sentenza *Scordino* c. *Italia* del 21 marzo 2006, ad esempio, "una misura che costituisce interferenza nel diritto al rispetto dei beni deve trovare il 'giusto equilibrio' tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze imperative di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo".

Resta tuttavia il dato incontrovertibile per cui, mentre la tutela della posizione del privato proprietario nel sistema CEDU è prioritaria, negli ordinamenti interni (alla luce della Costituzione italiana per quanto ci riguarda) essa è invece palesemente recessiva rispetto alle esigenze solidaristiche. La nostra Corte costituzionale, nella sentenza n. 264 del 28 novembre 2012, non ha esitato ad affermare che esigenze complessive di bilancio dello Stato imponevano di non dare seguito alla sentenza della Corte di Strasburgo, già ricordata, resa nel caso *Maggio* c. *Italia,* nonostante quest'ultima avesse condannato l'Italia per la disposizione normativa "interpretativa", contenuta nella "legge finanziaria" del 2007, con cui il legislatore era intervenuto in modo decisivo contro i ricorrenti garantendo l'esito favorevole all'Amministrazione del contenzioso tra questi e l'INPS per la questione delle "pensioni svizzere".

Afferma la Corte costituzionale che "a differenza della Corte EDU questa Corte opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata", e cioè all'applicazione di un "contro-limite", in applicazione della teoria del "margine d'apprezzamento", giustificato dal bilanciamento tra interesse privato e interesse collettivo che, nella specie, a dire della Corte costituzionale, deve risolversi nella necessaria prevalenza di quest'ultimo.

Ma la domanda è: l'opposizione del "contro-limite" all'esecuzione di una sentenza della Corte EDU può giustificarsi in nome di necessità di tipo economico?

---

[7] Sentenza del 18 giugno 2002.

[8] Sul confronto tra Costituzione italiana e CEDU in ordine alla tutela della proprietà si rinvia, per tutti, alle puntuali e sempre attuali osservazioni di V. Starace, *La tutela del diritto di proprietà nel Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Costituzione italiana*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, p. 256 ss. La differenza d'impostazione tra corti interne e Corte EDU riguardo ai rapporti tra diritto individuale di proprietà e interessi pubblici in questa materia emerge con chiarezza nell'opinione dissidente del giudice Conforti resa nella sentenza della Corte EDU del 17 ottobre 2002, *Terrazzi* c. *Italia*. In ordine alla riscontrata violazione dell'art. 1, Protocollo 1, veniva infatti rilevato in quell'occasione che l'interesse generale tutelato dalla legge nazionale (nella specie i limiti imposti alla costruzione di edifici come freno all'abusivismo edilizio ed alla conseguente "cementificazione" del nostro Paese) era stato dalla Corte sottostimato, evidenziandosi il rischio di proteggere il diritto degli affari piuttosto che i diritti dell'uomo.

In altre parole, può la tutela dei diritti umani essere "monetizzata" [9]? La questione non è di facile soluzione ed è molto delicata, anche perché un analogo problema di contro-limiti costituzionali all'esecuzione di sentenze della Corte di Strasburgo che comportano impegni economici rilevanti si pone anche in altri ordinamenti, e concorre al tentativo in atto, non commendevole, da parte di molti Stati, piuttosto che di dare compiuta applicazione alla Convenzione, di … difendersi dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte EDU[10].

L'esempio più noto è quello della Russia. La Corte costituzionale russa, con sentenza del 14 luglio 2015, ha affermato la necessità di far prevalere la Costituzione nazionale sulla CEDU citando espressamente alcune sentenze di altre corti costituzionali o supreme sui contro-limiti, tra le quali due sentenze della Corte costituzionale italiana: la n. 264/2012, poco sopra ricordata, e la n. 238 del 22 ottobre 2014, relativa ai risarcimenti dovuti dalla Germania per i crimini nazisti, sentenza nella quale la necessità di dare esecuzione alla decisione della Corte internazionale di giustizia (del 3 febbraio 2012, *Germania* c. *Italia*) che aveva condannato l'Italia per la prassi giudiziaria che negava l'immunità giurisdizionale allo Stato straniero veniva subordinata all'applicazione del principio fondamentale del diritto al ricorso ad un giudice (art. 24 Cost.)[11].

Ciò che tuttavia è peculiare nel caso della Russia è l'adozione di una legge *ad hoc* che, modificando le competenze della Corte costituzionale, prevede la possibilità per l'esecutivo di sottoporre questioni volte a chiarire se l'esecuzione di obblighi derivanti da decisioni di corti internazionali costituisca una violazione costituzionale. L'*occasio*, sia della sentenza della Corte costituzionale, sia della successiva legge, è senza dubbio alcuno la decisione del 24 giugno 2014 (*Yukos* c. *Russia*), con la quale la Corte EDU ha quantificato in un miliardo e ottocento milioni di euro, più trecentomila di danni morali, l'indennizzo dovuto dallo Stato convenuto agli azionisti delle società petrolifere di proprietà dell'ex "oligarca" M. Khodorkovsky, società smembrate dopo l'arresto nel 2003 di quest'ultimo[12].

La Corte di Strasburgo ha sempre difeso, in linea di principio, la "forza di resistenza" che l'affermazione del diritto di proprietà del singolo presenta rispetto a condotte statali di questo tipo[13]. Solo di recente, confrontata con le misure adottate da

---

[9] Su questo problema, in termini generali, si è soffermato in molti dei suoi scritti S. Rodotà. Tra i tanti si fa rinvio a *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012.

[10] Sul punto si vedano le osservazioni di V. Zagrebelsky, *Violati i diritti ma l'Europa inerte non interviene più*, in *La Stampa*, 19 luglio 2016.

[11] In proposito si consenta il rinvio a G. Cataldi, *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'contro-limiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali:* oportet ut scandala eveniant, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 41 ss.

[12] La legge russa è del 14 dicembre 2015. Su tutta la vicenda si rinvia a A. Guazzarotti, *La Russia e la CEDU: i contro-limiti visti da Mosca*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 383 ss. Da rilevare che la Russia, sempre per la vicenda *Yukos*, è stata condannata a pagare oltre cinquanta miliardi di euro in una serie di decisioni arbitrali. Sul punto si veda S. Di Benedetto, *The Double Relevance of the 'Corporate Veil' in the 'Yukos' PCA Case and the doctrine of the Abuse of Rights*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 387 ss.

[13] Si veda ad esempio la sentenza del 3 agosto 2005, *Demchenko* c. *Ucraina*, nella quale la Corte EDU censura la mancata esecuzione di sentenze nazionali, che il Governo dello Stato aveva motivato con la crisi economica, che avevano accordato un risarcimento ai privati.

alcuni Stati europei sotto la pressione della crisi finanziaria, misure concertate con la Commissione europea, la BCE e il FMI (la cosiddetta "*Troika*"), la Corte ha deciso per l'irricevibilità di alcuni ricorsi (in particolare contro la Grecia e il Portogallo) di impiegati o pensionati pubblici che lamentavano la violazione dell'art. 1, Protocollo 1, da parte dello Stato, come conseguenza della drastica ed improvvisa riduzione dei loro emolumenti. La Corte, sulla base del principio del "margine d'apprezzamento" e valutata la proporzionalità delle misure, ha giustificato queste ultime alla luce della "*crise exceptionnelle et sans précédent*" affrontata da questi Paesi[14].

Sempre in materia di restrizioni al diritto di proprietà "socialmente" motivate, va ricordata la giurisprudenza della Corte che avalla i comportamenti statali tesi a garantire il diritto all'alloggio di categorie deboli, affermando la legittimità della riduzione *ex lege* a livelli socialmente accettabili dei canoni di locazione[15], o della sospensione degli sfratti[16], o infine della mancata espulsione coatta di occupanti abusivi di alloggi privati in situazione di particolare precarietà o fragilità[17].

3. Lo sforzo della Corte nel valutare le circostanze eccezionali che giustificano uno scarto rispetto alle soluzioni comunemente adottate emerge con chiarezza nelle questioni rilevanti per l'indennizzo.

La ricerca del punto di equilibrio tra interessi privati e pubblici è molto interessante in questi casi. In linea generale la Corte distingue tra provvedimenti ablativi della proprietà illegittimi per la mancanza dell'indennizzo adeguato e invece illegittimi a prescindere da tale ipotesi, poiché non sanabili dal pagamento di un indennizzo anche se corrispondente al valore del bene. L'unico rimedio in questo caso è la *restitutio in integrum*. Nel caso di valutazione dell'adeguatezza dell'indennizzo la Corte tiene poi distinta l'ipotesi di espropriazione isolata da quelle invece che hanno ad oggetto una molteplicità di beni e di soggetti. Nel primo caso solo un indennizzo integrale può essere considerato ragionevole in rapporto con il valore del bene[18].

La considerazione del forte impatto economico nel processo di trasformazione dell'economia in atto ha invece indotto la Corte a riconoscere un ampio margine d'apprezzamento alla Polonia nel limitare l'ammontare dell'indennizzo ad un valore inferiore a quello di mercato in una sentenza che è ben nota, avendo inaugurato la prassi delle cosiddette "sentenze pilota"[19]. Nello stesso senso, a proposito della riunificazione della Germania, la Corte ha affermato che i metodi di acquisto della proprietà durante il regime comunista possono costituire una circostanza eccezionale, tale da giustificare la restituzione dei beni ai vecchi proprietari in assenza di qualunque indennizzo[20].

Sempre in materia di gestione delle "circostanze eccezionali", sebbene in tutt'altro contesto, va segnalata la decisione della Corte nel caso *Demopoulos* e *a.* c. *Turchia*

[14] Decisione del 7 maggio 2013, *Koufaki* e *Adedy* c. *Grecia*; nello stesso senso la decisione dell'8 ottobre 2013, *Da Conçeicao Mateus* e *Santos Januario* c. *Portogallo*.
[15] Sentenza del 19 dicembre 1989, *Mellacher* c. *Austria*.
[16] Sentenza del 28 settembre 1995, *Spadea* e *Scalabrino* c. *Italia*.
[17] Sentenza del 28 luglio 1999, *Immobiliare Saffi* c. *Italia*.
[18] In proposito si veda quanto affermato dalla Corte nella già ricordata sentenza *Scordino* c. *Italia*.
[19] Sentenza del 22 giugno 2004, *Broniowski* c. *Polonia*.
[20] Sentenza (Grande Camera) del 30 giugno 2005, *Jahn* e *a.* c. *Germania*.

del 20 ottobre 2010. Confrontata ancora una volta con l'annosa questione delle proprietà dei cittadini greco-ciprioti nella zona nord dell'isola occupata dalla sedicente "Repubblica turca di Cipro del Nord", la Corte, sorprendentemente, ha in questo caso dichiarato inammissibili i ricorsi, pur fondati su di una consolidata giurisprudenza[21], con l'argomento che nel frattempo la Repubblica turca di Cipro del Nord aveva istituito un rimedio effettivo che avrebbe dovuto essere esperito previamente. Ciò che sorprende è che la Corte considera legittimo ed effettivo uno strumento interno di ricorso relativo a beni frutto di occupazione illegittima secondo il diritto internazionale e quanto più volte riconosciuto dalla stessa Corte in varie sentenze. D'altra parte la Corte è chiara nell'indicare le ragioni della sua posizione, che consiste essenzialmente nel rifiuto di essere chiamata a rimediare alle ingiustizie della storia e alle inefficienze del sistema internazionale di soluzione delle controversie tra Stati[22].

4. Un aspetto particolare, che a noi pare di estremo interesse, della giurisprudenza della Corte e sul quale vale la pena, sia pur succintamente, soffermarsi (e nel farlo ovviamente sacrifichiamo tanti altri aspetti del diritto di proprietà meritevoli di un approfondimento che in questa sede è impossibile dedicare) è costituito dalla tutela delle "legittime aspettative" ad un bene da parte dell'individuo, inteso in molti casi, come si vedrà, quale oggetto di diritto di proprietà.

Oltre ai beni "attuali", la nozione di "proprietà" è, infatti, applicabile, secondo l'interpretazione fornitane dalla Corte, anche ad altri diritti e interessi patrimoniali sorretti da una "legittima aspettativa" da parte del (potenziale) titolare. Lo Stato, in altre parole, non può, mediante un intervento unilaterale e ingiustificato, tradire l'affidamento del singolo.

Il *leading case* in materia è costituito dalla sentenza del 29 novembre 1991 nel caso *Pine Valley* c. *Irlanda*, nel quale, di fronte alla legittima aspettativa della società ricorrente di poter costruire su di un terreno acquistato perché edificabile, la Corte ha affermato che la revoca del permesso di edificare da parte dello Stato costituiva un'ingerenza illegittima di tale aspettativa. Ancora più clamoroso è il caso cosiddetto delle "raffinerie greche"[23]. Condannato a pagare una somma di denaro da una corte arbitrale, lo Stato greco dichiarò nullo il lodo arbitrale mediante una legge adottata *ad hoc*! Ne risultava così sbilanciato, secondo la Corte, l'equilibrio tra interesse pubblico e privato. Di qui l'adozione da parte della Corte dell'efficace espressione, già ricordata, della *prestidigitation législative*.

Interessanti anche alcuni casi nei quali lo Stato convenuto è l'Italia. Nella sentenza del 5 gennaio 2000, *Beyeler* c. *Italia*, la Corte si è occupata dell'acquisto in

[21] Il *leading case* è costituito dal famoso caso *Loizidou* c. *Turchia*: sentenze della Corte del 18 dicembre 1996 e del 28 luglio 1998. In dottrina si rinvia a M. C. Vitucci, *Atti della Repubblica di Cipro del Nord e responsabilità della Turchia: il caso* Loizidou, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 1065 ss.

[22] Si legge infatti nella decisione: "The Court finds itself faced with cases burdened with a political, historical and factual complexity flowing from a problem that should have been resolved by all parties assuming full responsibility for finding a solution on a political level. This reality, as well the passage of time and the continuing evolution of the broader political dispute must inform the Court's interpretation and application of the Convention which cannot, if it is to be coherent and meaningful, be either static or blind to concrete factual circumstances".

[23] Sentenza del 9 dicembre 1994, *Stran* c. *Grecia*.

Italia di una tela di Van Gogh da parte di un mercante svizzero. Lo Stato italiano, che non aveva esercitato il diritto di prelazione al momento dell'acquisto, pretendeva di esercitare tale diritto al prezzo originario nel momento in cui il quadro stava per essere rivenduto a prezzo molto più alto. La Corte tutelò però la legittima aspettativa del ricorrente, confermando il pieno diritto dello Stato di acquisire la proprietà del bene, ma mediante il pagamento del prezzo della seconda transazione[24].

Più recente è la sentenza *Valle Perimpié agricola S.p.a.* c. *Italia*[25]. Qui la Corte si occupa di una decisione interna definitiva che intimava alla proprietaria di un'azienda di piscicoltura nella Laguna di Venezia di abbandonare i luoghi perché dichiarati appartenenti al demanio. La Corte afferma che, ricorrendo nella specie una legittima aspettativa ad un diritto avvalorata da una pratica risalente almeno al XV secolo, l'indennizzo andava correlato non solo al valore economico del bene, ma anche alla circostanza che si trattava del mezzo di sostentamento lavorativo della ricorrente.

In due importanti sentenze del 2014[26], la Corte ha ritenuto violato l'art. 1, Protocollo 1, con riferimento al diritto alla pensione, affermando che, nella specie, il diritto vantato dai ricorrenti poteva essere considerato un bene privato poiché aveva una base giuridica sufficiente nel diritto interno. Da sempre la Corte ha, infatti, chiarito che benché il diritto alla pensione non sia incluso espressamente tra i diritti e le libertà garantite dalla Convenzione, esso può costituire un bene ai sensi dell'art. 1, Protocollo 1, se previsto dal sistema normativo nazionale o stabilito da una sentenza di un giudice interno[27].

In queste due sentenze ancora una volta la Corte valuta l'incertezza interpretativa delle disposizioni pertinenti come prova dell'alterazione, da parte dello Stato, del giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati in gioco, poiché improvvisamente, con una sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, una norma fino a quel momento interpretata come norma che indicava la giurisdizione competente veniva invece ritenuta alla stregua di una norma "taglione", volta a negare qualsiasi giurisdizione a tutela del diritto alla pensione, con un termine residuo ridotto (da cinque a tre anni) per proporre l'azione. Di qui lo "svuotamento" della legittima aspettativa dei ricorrenti di veder riconoscere il loro diritto a pensione e la conseguente violazione dell'art. 1, Protocollo 1[28].

---

[24] Afferma significativamente la Corte: "Il concetto di beni, previsto nella prima parte dell'art. 1 del Protocollo 1, ha un autonomo significato, che non è limitato alla proprietà di beni materiali (…). La legittima aspettativa del credito e degli interessi costituiscono un valore economico che deve essere ricondotto al concetto di bene previsto dalla disposizione in esame".

[25] Sentenza del 23 settembre 2014.

[26] Sentenze *Staibano* e *a.* c. *Italia* e *Mottola* e *a.* c. *Italia*, entrambe del 4 febbraio 2014 (divenute definitive il 4 maggio 2014).

[27] Sentenze del 16 settembre 1996, *Gaygusuz* c. *Austria*; dell'11 giugno 2002, *Willis* c. *Regno Unito*; e del 12 luglio 2005, *Solodyuk* c. *Russia*.

[28] La sentenza del Consiglio di Stato (Adunanza plenaria) è del 2 febbraio 2007. Da rilevare che il Supremo organo di giustizia amministrativa, sollecitato a modificare la sua posizione in seguito alle sentenze della Corte di Strasburgo, ha rinviato la decisione alla Corte costituzionale con ordinanza del 4 marzo 2015, essendosi formato il giudicato e non prevedendo il codice del processo amministrativo un'ipotesi specifica di revocazione per questi casi. Su tutta la vicenda sia consentito il rinvio a G. Cataldi, *Giudicato amministrativo ed esecuzione di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il problema della 'sanabilità' del contrasto ed il rinvio alla Corte costituzionale alla luce del caso* Staibano c. Italia, in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2015, p. 93 ss.

5. In conclusione, ci sembra emerga con chiarezza dai riferimenti, sia pur limitati, che si sono forniti, che la giurisprudenza della Corte in materia di diritto di proprietà è ricchissima, molto articolata, e che soprattutto ha avuto il compito, ed il merito, di andare molto al di là della lettera dell'art. 1, Protocollo 1.

La Corte ha anche mostrato doti di grande equilibrio, rendendosi disponibile sia a comprendere l'eccezionalità di alcune situazioni nelle quali il sacrificio del singolo era necessario, sia a recepire le istanze dei ricorrenti nei casi in cui un'automatica applicazione dei principi generali sarebbe risultata pregiudizievole. Oltre che in alcuni casi già ricordati, quest'ultima ipotesi ricorre nella sentenza dell'11 aprile 2002 nel caso *Lallement* c. *Francia*, in cui l'indennizzo offerto dallo Stato fu giudicato inadeguato, benché superiore al valore di mercato del bene, poiché il bene rappresentava lo strumento di lavoro del soggetto espropriato (un'azienda agricola). Questa interpretazione del diritto di proprietà, intesa nel significato positivo di strumento destinato alla realizzazione di altre libertà protette, implicitamente concilia l'interesse del privato con il valore sociale della proprietà.

In situazioni di grande delicatezza e incertezza, infine, la Corte è riuscita, utilizzando la dottrina del margine d'apprezzamento, a non prevaricare la posizione dello Stato pur senza rinunciare a orientare, almeno in parte, le scelte nazionali. Nella sentenza del 27 agosto 2015, *Parrillo* c. *Italia*, la Corte, nell'affermare che il divieto di donare embrioni alla scienza non viola i diritti tutelati *ex* articoli 8 e 1, Protocollo 1, CEDU, e quindi respingendo il ricorso della ricorrente, non segue tuttavia la posizione sostenuta dal Governo italiano, che aveva escluso categoricamente la possibilità di considerare l'embrione un bene ai sensi dell'art. 1, Protocollo 1.

In un momento di crisi economica e di forte tensione sociale in Europa, riteniamo che la Corte possa e debba svolgere un importante ruolo di sintesi dei valori e degli interessi in gioco rispetto alla tutela di un diritto ben più importante, come abbiamo cercato di mostrare, di quanto siamo abituati a considerare, quale è il diritto di proprietà.

Abstract

Reflections on the Right of Property under ECHR in the Light of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights

This paper focuses primarily on the importance of property rights as a human right, often underestimated. Then it examines the jurisprudence of the European Court of Human Rights on Article 1 of Protocol 1 to the ECHR. Following a discussion on the methodology and on the general principles of interpretation adopted by the Court, the Author reviews the most relevant case-law, in particular concerning the protection of 'legitimate expectations' of the individual with respect to the ownership of a property. The case law shows the importance of the significant role played by the Court on the protection of property rights.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 253-264

Anna Lucia Valvo*

Crisi europea e cosmopolitismo post-globale

Sommario: 1. Premessa. – 2. Sovranità statale e democrazia. – 3. Cosmopolitismo decisionale. – 4. Democrazia post-globale. – 5. La crisi del preteso universalismo occidentale. – 6. Economia di mercato e Stato sociale. – 7. La legittimazione politica dell'Unione europea.

1. Un'analisi obiettiva della crisi dell'Unione europea non può prescindere dall'esame del fenomeno della globalizzazione e dei suoi effetti sull'esercizio del potere politico da parte degli Stati nazionali.

Le riflessioni che seguono prendono spunto dalla considerazione che il fenomeno della globalizzazione ha comportato, da un canto, la *spoliticizzazione* dell'esercizio del potere statale, ridotto alla quotidianità di una amministrazione peraltro vincolata e, d'altro canto, la *politicizzazione* in senso incontrollato e fuori da ogni quadro di riferimento democratico, di altre entità: multinazionali, organizzazioni internazionali, finanza internazionale, ecc., che hanno determinato lo spostamento dell'assunzione delle *decisioni politiche* dal livello statale ad altri e non sempre ben definiti e definibili ambienti[1].

In altri termini, la società globalizzata non è più riconducibile al classico modello socio-statale più o meno democratico in cui le decisioni originavano dallo Stato attraverso l'uso di strumenti politici, ma è riconducibile ad una pluralità di indefiniti modelli economico-finanziari espressione di un cosmopolitismo post-globale che ha tolto spazio all'organizzazione democratica del capitalismo[2].

La società post-globale, in ultima analisi, ha decretato il primato del "mercato" e del "profitto" a detrimento del ruolo e del potere politico degli Stati-nazionali con quel che ne è conseguito in termini di disoccupazione e di smantellamento dello Stato-sociale.

La fine del primato dello Stato-Nazione ha determinato anche il venir meno del territorio come presupposto del controllo politico statale con conseguenti "ricadute"

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nella Libera Università degli studi della Sicilia centrale "Kore" di Enna.

1 Cfr. G. Caravale, *L'illusione della sovranità. Il Regno Unito tra elezioni locali e* Brexit, in *Federalismi.it*, 10, 2016, p. 10 ss.

2 "(…) le imprese, in particolare quelle che agiscono globalmente, detengono un ruolo chiave non solo nell'organizzazione dell'economia, ma anche in quella della società nel suo complesso": così U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999, p. 14.

in senso negativo sul concetto di democrazia oltre che, per quel che ora interessa, sul processo di integrazione europea.

2. Gli Stati membri dell'Unione europea sembrano ossessionati dall'idea che il concetto di democrazia sia inscindibilmente legato a quello di sovranità; concetto che costituisce il presupposto ed il requisito della soggettività giuridica internazionale[3].

Il concetto di sovranità non appartiene alla categoria del pensiero giuridico ma alla categoria del pensiero politico. L'incomprensione di tale collocazione e dunque l'esame della sovranità intesa in chiave giuridica porta e ha portato, come è ben presente a tutti e come appare dall'esperienza quotidiana, molti pur autorevoli studiosi come anche istanze giurisdizionali di livello costituzionale, ad esprimersi in termini di possibile *cessione* della sovranità, *riduzione* della sovranità, ecc.

Siffatta impostazione tradisce, come si è detto, l'idea che il concetto di sovranità appartenga alla categoria del pensiero giuridico con la conseguenza che essa potrebbe essere *ceduta* in tutto o in parte.

Al di là del rilievo metodologico consistente nell'osservare che, a tutto ammettere, una *cessione* parziale o totale di sovranità, presuppone l'esercizio pieno della stessa, e a prescindere ancora dal rilievo che una *cessione* totale o parziale della sovranità dovrebbe comportare la definitiva perdita totale o parziale, appunto, della sovranità *ceduta* (e ciò in termini di irrevocabilità in fatto e non in diritto della decisione di *cessione* o *trasferimento* che dir si voglia), vi è che nei fatti e nella politica dalla quale solo nasce il diritto e non viceversa, le pretese *cessioni* totali o parziali di sovranità non sono in alcun modo assistite da alcuna irrevocabilità delle decisioni che le sottintendono.

In realtà, si parla di *cessioni* parziali della sovranità in luogo della più pertinente considerazione che si è in presenza di delega di competenze, e peraltro, neanche questa definitiva ma sempre suscettibile di revocabilità.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, appare abusiva l'interpretazione che sul punto si pretende di dare dell'art. 11 della Costituzione sia sul piano letterale oltre che finalistico e sia sul piano sistemico. L'art. 11 della Costituzione, lungi dal fondare un'idea di *cessione* di sovranità, esprime il diverso concetto di possibile autolimitazione da parte dello Stato di determinate funzioni o competenze che ad esso pertengono.

Tutto quanto precede non esclude che nei fatti l'ottocentesco *Leviatano* non abbia visto erodere la pienezza dell'esercizio della sua sovranità. Ma ciò per effetto di una scelta ancorché non libera (*etsi coactus, tamen volui*) da parte dello Stato-

[3] Sulla questione della sovranità come presupposto della personalità giuridica internazionale si vedano, fra gli altri, A. Tizzano, *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 123 ss.; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, p. 50 ss.; A. Sinagra, *Diritto e Giustizia. Ragione e Sentimento*, Roma, 2004, p. 262 ss.; R. Toniatti, *Forma di Stato comunitario, sovranità e principio di sopranazionalità: una difficile sintesi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 1552 ss.; G. Morbidelli, *Il passaggio (incompiuto?) dalla logica internazional/comunitaria del sistema UE/CE ad una logica interna/costituzionale/federale dell'Unione*, *ivi*, p. 1700 ss.; N. Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2016, V ed., p. 15 ss.

Nazione a causa delle contingenze della globalizzazione economica, tecnologica e culturale.

La sovranità ha riguardo ad un contesto prettamente territoriale e rigorosamente statale[4]; da ciò consegue l'inconferenza del termine "sovranazionalità"[5] in riferimento all'Unione europea[6] la cui produzione normativa, pur prevalente su quella degli Stati membri[7], è consentita e condizionata dalla volontà degli Stati[8].

Non è, tuttavia, di personalità giuridica dell'Unione europea che si intende qui discorrere[9], né prevalersi del requisito della mancanza di sovranità per dimostrare, da un canto, che il concetto di democrazia può esser più diffusamente riconsiderato nel processo decisionale europeo non ritenendo che tale concetto sia intimamente connesso a quello di sovranità e, d'altro canto, per immaginare che decisioni politiche, in quanto tali espressioni dell'esercizio della sovranità, possano essere assunte dall'Unione europea in previsione di una, allo stato improbabile, evoluzione del processo di integrazione europea[10] che possa effettivamente dare contenuto e indipendenza di esercizio a talune politiche strettamente connesse alla pretesa "statualità" dell'Ente che le assume.

---

4 Cfr., sul punto, A. Baldassarre, *op. cit*., p. 51.

5 Cfr. E. Triggiani, *Sovranazionalità e internazionalità nell'evoluzione dell'Unione*, in M. L. Tufano (a cura di), *Cantiere Europa. Le riforme istituzionali dell'Europa*, Napoli, 2004, che a p. 39 chiarisce che "[l]'Unione può agire solo sulla base di norme convenzionali che la abilitino a farlo: si tratta quindi di un rapporto di derivazione storico-giuridica delle competenze dell'UE da quella degli Stati membri"; A. Sinagra, *Rapporti interordinamentali, "sovranazionalità" o delega di competenze nel sistema dei rapporti tra Stati membri e Comunità europea: la giurisprudenza della Corte costituzionali italiana*, in L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 415 ss.; A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, p. 83 ss.

6 Cfr., in particolare, R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, V ed., p. 533: "Quanto alle Comunità europee, un ruolo importante in favore della loro personalità internazionale è stato giocato dal loro sedicente carattere *sovranazionale* (…). Accentuando l'analogia delle loro funzioni con le funzioni sovrane dello Stato, ci si avvicina di più all'idea della loro giustapposizione agli Stati nel seno della Comunità internazionale. Ma, a nostro avviso, sono idee false che non hanno alcuna base nella realtà. In effetti le Comunità europee, come si è già rilevato, non dispongono affatto di un potere coercitivo capace di mettersi in contatto diretto, fisico, con i soggetti degli Stati membri, non hanno dunque alcun potere sovrano, non esercitano mai uno *ius imperii*, sono semplici organizzazioni internazionali".

7 "Il diritto delle Comunità europee e il diritto interno degli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione delle competenze stabilita e garantita dal Trattato": così la sentenza della Corte costituzionale n. 183/1973, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2401; per avere "la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità all'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate": così la sentenza della Corte costituzionale n. 170/1984, *ivi*, 1984, p. 1098.

8 U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 67.

9 L'argomento è stato già diffusamente trattato nel nostro *Contributo allo studio della* governance *nella Unione europea*, Milano, 2005.

10 Cfr., in proposito, E. Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, che a p. 1 osserva come: "(…) la lungimiranza dei Padri fondatori già consentiva di intravedere il progressivo depauperamento dei poteri degli Stati nazionali in un mondo evolventesi in una crescente, se non necessaria, universalizzazione".

L'Europa attraversa una fase di crisi aggravata dallo stato confusionale determinato da fattori interni ed internazionali che coinvolgono gli Stati membri e la Comunità internazionale nel suo complesso.

In tale contesto si ritiene che l'esercizio di funzioni politiche da parte dell'Unione europea e l'acquisizione da parte di questa di una qualche autonomia politica, stante la sempre più stretta interdipendenza fra gli Stati che li rende ormai individualmente inadeguati ad affrontare molte delle questioni della *globalità*[11], possa arginare quel processo di spoliticizzazione dello Stato-Nazione di cui si è detto in premessa.

La questione, quindi, non si pone più nei termini di "cessione" di parti di sovranità statale all'Unione europea, ma nei termini di una effettività di gestione giuridica e politica da parte dell'Ente che è il risultato di un lento processo di integrazione che da qualche anno a questa parte vive una situazione di stallo, almeno all'apparenza, irreversibile.

In altri termini, si tratta di prendere atto del fatto che gli Stati membri hanno da tempo accettato di "accantonare" l'esercizio di talune funzioni e di delegarle ad un Ente, certamente non superiore ad essi in senso giuridico-politico ma, comunque, "altro" rispetto a sé stessi, accettandone le decisioni con atto autonomo e volontario continuamente e implicitamente rinnovato verso una "legislazione" formalmente espressione di una volontà altrui (l'Unione europea) ma, sostanzialmente, espressione degli Stati stessi che si pongono rispetto a tale "legislazione" come produttori e destinatari nel medesimo tempo.

È come dire che gli Stati nei fatti sono svincolati dal *giogo* della territorialità e dei confini statali più di quanto in realtà non vogliano ammettere con sé stessi.

Si potrebbe anche sostenere che "l'Europa perciò non è politica, è governo"[12]; si replica, tuttavia, che la condizione dell'agire di governo non può essere svincolata da una volontà e da una idealità e progettualità politica e che occorre riempire

[11] Senza, tuttavia, giungere a visioni estremistiche come quelle di einaudiana memoria. Cfr., in proposito, U. Morelli, *Contro il mito dello Stato sovrano. Luigi Einaudi e l'unità europea*, Milano, 1990, che a p. 117, a proposito del pensiero di Einaudi, osserva: "Contro il mito dello Stato sovrano Einaudi si dimostrò sempre coerente e non fu mai sfiorato da dubbi o incertezze. All'epoca della prima guerra mondiale aveva già sottolineato l'insufficienza delle piccole Nazioni di fronte allo sviluppo dell'interrelazione economica mondiale e la necessità per l'Europa di unificarsi al fine di dare vita ad aggregati capaci di reggere il confronto con i colossi americano e britannico".

[12] Cfr. E. Scoditti, *La Costituzione senza popolo. Unione europea e Nazioni*, Bari, 2001, pp. 218-219, il quale molto lucidamente osserva che in Europa è dato riscontrare un sovranazionalismo civile, e non politico e che "[p]erciò l'Europa non è altro che *lex*, definizione delle condizioni dell'agire. Non prescrive azioni orientate al perseguimento di scopi collettivi, fissa le regole attraverso cui realizzare un'unione, ed una convivenza, sempre più strette, fra Stati che hanno interessi e obiettivi diversi. Non c'è, in senso proprio, un 'bene comune' europeo. La distinzione merito/legittimità ricompare dal punto di vista dell'azione degli Stati, i quali sono liberi di perseguire la loro nozione sostantiva di bene collettivo, ma nell'ambito delle condizioni di legittimità fissate dall'Unione, condizioni che a loro volta non riflettono una particolare concezione sostantiva, ma il dato puramente formale dell'agire in comune. L'Unione europea è in definitiva una ritualizzazione giuridica delle politiche nazionali (…). L'intera attività cosiddetta normativa dei detentori degli uffici di governo non è classificabile come creazione di diritto, secondo il parametro della forma di legge nazionale, ma è attuazione del diritto comunitario. I provvedimenti delle autorità europee non creano un ordine, ma danno attuazione a quello prestabilito dalla *lex*. La figura del legislatore non si addice al governante europeo".

di contenuti quella mera "ritualizzazione giuridica delle politiche nazionali"[13] per conferire al fenomeno giuridico europeo il carattere di espressione immediata ed ineliminabile della organizzazione politica che altro non è, poi, che la espressione istituzionalizzata del corpo sociale.

Occorre, in altri termini, sottrarsi al pericolo di una depoliticizzazione dell'Unione europea, condizione che, pericolosamente ed inevitabilmente, conduce ad una sorta di "unione senz'anima" puramente tecnocratica e burocratica"[14] che rischia di allontanare da essa definitivamente il popolo "europeo", oltre che di compromettere il processo di integrazione raggiunto fino ad oggi.

3. Il diritto europeo, insomma, deve esser modellato in funzione delle contingenze politiche e la produzione normativa deve essere adattata e modificata in relazione alle scelte politiche che sono determinate a loro volta dalle esigenze del corpo sociale, dalle esigenze del "popolo" europeo; così da sottrarre definitivamente la produzione normativa europea a logiche riduttivamente mercantilistiche o liberal-economiste gestite da una burocrazia autoreferenziale e davvero lontana da ogni sensibilità politica e sociale che ad essa possa consentire la rilevazione e la valutazione delle istanze direttamente provenienti dal corpo sociale.

E gli Stati nazionali, pur nel loro ruolo di Stati membri dell'Unione europea, hanno il dovere di garantire diritti, libertà e un adeguato livello di giustizia ai loro cittadini.

Si tratterebbe di una inversione di prospettiva e, dunque, di tendenza che potrebbe meglio favorire un percorso più concretamente conducente alla acquisizione di risultati e livelli di natura politica nella ragionevole previsione del medio o lungo periodo per giungere ad una integrazione che sia veramente idonea, da un punto di vista giuridico e politico, ad esprimere il senso di una effettiva *sovranità* della struttura e capace di tener conto delle diverse identità, del senso di sé e del senso di appartenenza del popolo "europeo"; capace di manifestare, altresì, l'agire di una politica al servizio del popolo (irrimediabilmente privato, attualmente, di ogni possibilità di partecipazione alle determinazioni del proprio destino) e – nello stesso tempo – di una politica capace di offrire ai cittadini le ragioni di un'identità comune che vada anche oltre le rispettive identità e i singoli interessi nazionali[15]. In altri termini, una effettiva capacità autonoma di *imperio* della struttura e nella struttura.

Occorre, quindi, che all'Unione europea sia conferita quella legittimità sociale che è condizione essenziale per la sua auspicata sopravvivenza ed evoluzione ed è, altresì, la condizione affinché l'Unione europea non rimanga la risultante della volontà di sconosciuti "eurocrati" che perseguono "forzose e artificiose aggregazioni di popoli"[16], ma divenga espressione oltre che politica ed economica, anche

[13] *Ibidem*, p. 219.
[14] *Ibidem*, p. 6.
[15] Come, infatti, è stato chiaramente detto, "[l]e identità sono, in netta prevalenza, costruite. Le persone costruiscono le loro identità sotto svariate pressioni e lusinghe, ma anche con un certo grado di libertà (…) Le identità sono dei sé immaginati. Sono ciò che pensiamo di essere e ciò che vogliamo essere": così S. Huntington, *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*, Milano, 2005, p. 37.
[16] Cfr. F. Sorrentino, *Brevi riflessioni sui valori e sui fini dell'Unione nel progetto di Costituzione europea*, in *Diritto pubblico*, 2003, p. 809 ss.

culturale, di una pluralità di Stati (e dei popoli che in essi vivono) che, benché differenti, esprimono e manifestano una comune volontà ed identità europea simbolicamente evocativa di valori di carattere storico, giuridico, politico e culturale generalmente condivisi, ancorché differenti.

Preso atto che il territorio, inteso come spazio delimitativo dell'esercizio di poteri sovrani da parte dello Stato, non è più il presupposto necessario del controllo politico statale e preso atto, altresì, che la globalizzazione ha prodotto una sorta di cosmopolitismo giuridico troppo spesso svincolato da un potere politico che trova un suo fondamento di legittimazione nel diritto e nella legge, per legittimare l'Unione europea sarebbe necessario non soltanto il conferimento di maggiori poteri al Parlamento europeo in modo da sostanziare di contenuti le "Disposizioni relative ai principi democratici" di cui al Titolo II del TUE, ma sarebbe necessario anche attribuire all'Ente quella potestà politica idonea a conferire legittimazione al suo operato. E questo, da un canto, per far accettare ai cittadini "europei" l'idea di un allargamento dei confini territoriali all'interno dei quali la loro voce e le loro istanze vengono prese in considerazione e, d'altro canto, per evitare che la stessa Unione europea intesa come *spazio unico*, come territorio inclusivo della pluralità degli Stati membri che in essa si *fondono* e in essa si riconoscono, possa essere relativizzata se non travolta da quel cosmopolitismo *decisionale* che non trae alcun fondamento di legittimazione se non da quei livelli deliberativi (multinazionali, organizzazioni internazionali, finanza internazionale) che, pur privi, a loro volta, di un fondamento di legittimazione, hanno tuttavia determinato l'erosione della forza vincolante dello Stato-Nazione.

Per giungere a tale risultato, tuttavia, occorre sperimentare nuove forme di governo, nuove strutture che senza porsi oltre o contro gli Stati nazionali che, per le ragioni dette e per certi versi, hanno esaurito le loro tradizionali funzioni, possano e sappiano gestire da un punto di vista politico e giuridico le istanze sociali che non sono rimaste immutate in un mondo che è profondamente diverso e destinato a cambiare sempre più velocemente.

Le entità politiche in generale e, per quel che ora rileva, questa entità che si spera possa diventare anche una entità politica e non rimanere una mera entità finanziario-amministrativa come è oggi, perseguono (o, comunque, dovrebbero perseguire) lo scopo di dare risposte alle istanze sociali, risolvere i problemi dei cittadini che le legittimano ed in funzione dei quali sono nate[17]. Tali entità e, per ciò stesso l'Unione europea, devono quindi individuare gli adattamenti necessari ai mutamenti delle situazioni di fatto, non potendo esse continuare ad utilizzare antichi modelli e strumenti giuridici del tutto inadatti e forse incompatibili con un mondo così diverso e per di più in continua evoluzione.

[17] Cfr., in proposito, G. Napolitano, *Tendenze nazionalistiche e prospettive di rilancio della costruzione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, che a p. 21 nel riportare la proposta suggerita da G. Verhofstadt che va nel senso auspicato in questa sede, osserva che "[d]i qui l'idea di due 'cerchi concentrici'. Da un lato, un nocciolo politico – gli 'Stati Uniti d'Europa' – che raggruppi gli Stati membri pronti a impegnarsi – partendo dalla 'zona Euro' – in una strategia politico-economica più coerente e più comunitaria. Dall'altro lato, una 'Organizzazione degli Stati europei', che graviti attorno al primo cerchio e realizzi intese tra tutti i Paesi membri sul piano della difesa, degli affari esteri, ecc., assolvendo la missione principale di diffondere la stabilità e la pace".

4. La necessità di individuare strumenti per l'esercizio del potere politico idonei a garantire la realizzazione di una democrazia *post-globale*, è imposta dall'esigenza di attenuare la dipendenza degli Stati dal giogo di una società sempre più connessa e interdipendente e dalla necessità di estendere le procedure democratiche oltre i confini dello Stato nazionale.

La più gran parte dei problemi che affliggono gli Stati della Comunità internazionale non sono più semplicemente risolvibili a livello nazionale. Il progresso scientifico e tecnologico, la "*mcdonaldizzazione*" degli stili di vita e dei simboli culturali, lo sviluppo degli scambi economici e delle comunicazioni hanno, per così dire, "unificato" il mondo; la frantumazione dei tradizionali *scenari* politici ed economici e, in buona sostanza, tutti quei fenomeni che più o meno direttamente sono la conseguenza della globalizzazione determinano la necessità di rinvenire nuove forme di gestione giuridica e politica dei fenomeni sociali.

Da questo punto di vista, pertanto, è del tutto inevitabile che gli Stati si riuniscano e cooperino a livello di entità più grandi che siano "altro da sé", ma a patto che tali entità raggiungano anche un livello interno di cooperazione e quindi di integrazione politica e non soltanto giuridica. L'unione politica, in altri termini, non è un'alternativa, è una necessità; quel che ora occorrerebbe individuare è un modello che possa rispondere nel contempo alle esigenze di una maggior integrazione e, quindi, di unione politica, con le esigenze di salvaguardia, se non di recupero, degli spazi di autonomia giuridica e politica (in sostanza di sovranità), da parte degli Stati membri.

L'Unione europea può costituire un paradigma emblematicamente rappresentativo di queste nuove esigenze.

E non è necessario che l'Unione europea assuma i connotati tipici di uno *Stato* essendo questa una soluzione che, a tutto ammettere, potrebbe anche portare alla sua definitiva dissoluzione proprio in considerazione dell'attuale deterioramento, in termini di incidenza internazionale e nazionale, degli Stati nazionali. Il fine cui deve tendere l'Unione europea non deve essere quello di sostituirsi agli Stati nazionali, ma quello di individuare nuove forme di cooperazione fra gli Stati che le lascino, tuttavia, ampi margini di autonomia politica sia rispetto alle decisioni normative che hanno un'incidenza diretta all'interno degli Stati membri sia rispetto alle scelte che possono incidere nelle relazioni con gli altri Stati (extraeuropei) della Comunità internazionale.

Il fine ultimo, ancora, dovrebbe essere quello di ottenere una maggior legittimazione sociale (o "dal basso") in modo da poter essere legittimata dal popolo "europeo" e da poter essere rappresentativa delle istanze di quest'ultimo, oltre che il perseguimento di fini comuni nei settori in cui maggiormente l'attuale livello di globalizzazione va ad intaccare il ruolo degli Stati nazionali.

5. La crisi dell'Unione europea[18] rispecchia in generale la crisi del preteso *universalismo* occidentale[19] ed è in tale contesto che gli Stati membri pretendendo

[18] Sulla crisi dell'Unione europea cfr. J. Fischer, *Se l'Europa fallisce?*, Milano, 2015.

[19] Cfr., in proposito, U. Beck, *op. cit.*, p. 21: "Ciò che si spaccia per universalismo occidentale dell'illuminismo e dei diritti dell'uomo non è nient'altro che la voce dei 'morti, vecchi uomini bianchi'

di applicare vecchi strumenti a schemi e modelli del tutto nuovi, offrono risposte politiche del tutto inutili e contraddittorie in una dimensione spazio-temporale che crea legami sociali transnazionali che si radicano su fondamenta diverse rispetto al passato ed esigono nuovi strumenti di governo della politica.

Mentre, infatti, nel passato i legami socio-culturali erano per la più gran parte fondati all'interno di un delimitato spazio territoriale rappresentato dallo Stato-Nazione ed in quanto tali erano gestibili nell'ambito di rapporti interstatali, oggi il presupposto dei detti legami è rappresentato da fattori transnazionali che gli Stati, individualmente considerati, sono del tutto inadeguati ad affrontare e gestire[20].

La riduzione dell'autonomia e della sovranità statale, la sovrapposizione e l'interdipendenza di sfere di influenza e le reciproche, inevitabili interferenze che si producono nell'attuale scenario politico-economico mondiale nel cui ambito è dato rinvenire anche una pluralità di civiltà e culture differenti, rende del tutto inadeguata una risposta "nazionale" a problemi ed emergenze che invece sono transnazionali e che esigono, pertanto, l'adozione di misure diverse o, per restare nell'ambito dell'Unione europea, risposte *europee*.

Gli Stati membri dell'Unione europea, preso atto della nuova specificità storico-politica che ha prodotto un mutamento della sovranità statale e dell'ordine internazionale nati all'esito del Trattato di Westfalia del 1648, e preso atto della crisi della *civiltà* occidentale accelerata dalla fine dell'"equilibrio" *bipolare* esistente all'epoca della *guerra fredda*[21], hanno bisogno di liberarsi di un'antistorica auto-narrazione intrisa di "eurocentrismo"[22] per ricercare forme di unione e di autentica cooperazione politica, pena la dissoluzione del processo di integrazione europea e una sempre più evidente perdita del loro peso politico "*uti singuli*" sulla scena internazionale.

Dal canto suo, l'Unione europea, che potrebbe rappresentare la risposta politica e istituzionale alla crisi dello Stato sovrano e alle anomalie (anche) politiche prodotte dalla globalizzazione[23], sembra a sua volta esser stata travolta e condizionata

---

che reprimono i diritti delle minoranze etniche, religiose e sessuali, ponendo come assoluta la loro 'metanarrazione' di parte".

[20] "Si crea una complessa combinazione di condizioni e poteri che riduce permanentemente la libertà d'azione di governi e Stati, mentre vengono posti limiti ad una politica indipendente, vengono trasformate le condizioni dei processi decisionali, vengono cambiati radicalmente i presupposti istituzionali ed organizzativi e i contesti della politica nazionale, mutano le condizioni giuridiche generali per l'azione politica e amministrativa, e questo nel senso che non è più possibile ascrivere alla politica nazionale-statale la responsabilità di questi fenomeni": così D. Held, *Democrazia e Ordine Globale. Dallo Stato moderno al governo cosmopolitico*, Trieste, 1999, p. 33.

[21] Cfr., in proposito, le interessanti osservazioni di S. Andò, *Ripudio della guerra e neutralità nel mondo dopo la guerra fredda*, in *Una Facoltà nel Mediterraneo. Studi in occasione dei trent'anni della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Catania. 1969-1979/1999-2000*, Milano, 2000, p. 13 ss.

[22] L'espressione viene usata, in una giusta accezione critica, da F. Ferrarotti, *Qualche commento sull'effetto dei movimenti migratori sulla società europea*, in *La critica sociologica*, Roma, 2003, p. 61: "Ma c'è un grande ostacolo di nome *eurocentrismo*. Vale a dire la convinzione che l'unica vera e degna cultura sia quella europea mentre le altre culture non europee sono pre-culture, in attesa di essere riconosciute, incorporate, per così dire, nel corpus della cultura europea".

[23] "È difficile contestare che la prima vera risposta politica e istituzionale alla crisi dello Stato sovrano e ai problemi posti dalla globalizzazione sia data dal processo di integrazione europea": così E. Triggiani, *Spunti e riflessioni*, cit., p. 3.

dalle scelte di una immanente pluralità di *attori* transnazionali del tutto privi di un fondamento di legittimazione politica e giuridica e del tutto disancorati da quel *corpo sociale* che, in ultima analisi, è il destinatario finale di tali decisioni.

Continuare ad ignorare gli effetti prodotti dall'espansione delle nuove tecnologie nel campo economico e della comunicazione, come fattori che hanno prodotto forze *centrifughe* che vanno ben al di là delle frontiere degli Stati; continuare ad ignorare che tali fattori hanno accelerato la crisi di un pur inesistente *universalismo* occidentale, significa essenzialmente porsi al di fuori della storia, al di fuori della realtà che all'evidenza sfugge e si sottrae alle logiche meramente interne e nazionali[24].

6. L'idea di una integrazione europea che voglia porsi come paradigma validamente alternativo a modelli statuali, deve necessariamente passare attraverso una integrazione di carattere politico che possa arginare il processo spoliticizzante messo in atto dalla globalizzazione e aprire nuovi orizzonti decisionali di derivazione, appunto, politica.

È illusorio pensare che il processo di "transnazionalizzazione" economica e culturale legato alla globalizzazione possa subire un mutamento di rotta. Preso atto di ciò, è imprescindibile che gli Stati membri e l'Unione europea, per quanto ora interessa, collochino la propria organizzazione e la propria azione in funzione di fenomeni globali che condizionano irreversibilmente il quadro socio-politico[25].

Nel contesto delineato occorre soprattutto che lo Stato-Nazione recuperi la sua capacità di azione politica che (ormai da tempo) ha ceduto il passo al predominio del *mercato* in ossequio ad una ideologia neoliberale che domina e condiziona l'insieme dei rapporti sociali.

Se si vuole attenuare, se non eliminare, lo stato di disuguaglianza sociale e materiale che caratterizza la società globalizzata, si rende necessario recuperare un rapporto fra economia di mercato, Stato sociale e democrazia per individuare i fondamenti di una nuova politica sociale e i fondamenti di uno sviluppo economico non più disancorato dal controllo dello Stato nazionale[26] o comunque da una pur diversa *istanza* politica.

---

[24] È sotto gli occhi di tutti il mutamento degli equilibri fra le varie civiltà e culture e all'interno di questi equilibri l'influenza degli Stati europei registra un vertiginoso calo, soprattutto di fronte all'accrescimento della forza economica, militare e politica di altri attori statali e non statali.

[25] A proposito degli effetti nefasti della globalizzazione economica e della sua pretesa ineluttabilità, si rinvia a quanto efficacemente sostenuto da M. Schulz, *Il gigante incatenato. Ultima opportunità per l'Europa?*, Roma, 2014, p. 62: "A partire dagli anni Ottanta, utilizzando l'etichetta di 'globalizzazione' si è suggerito che non ci fosse alternativa alla ristrutturazione dell'economia in termini neoliberisti, poiché la concorrenza nei mercati mondiali era nel frattempo diventata troppo forte. Ci si è comportati come se la globalizzazione, ovvero l'accelerazione e l'intensificazione degli scambi planetari, fosse un fenomeno naturale e non il risultato di un processo innescato dall'uomo. Chiaramente le innovazioni tecnologiche hanno giocato un ruolo chiave, ma in ultima istanza sono state le scelte politiche a rendere possibile e ad alimentare la globalizzazione".

[26] Cfr. M. Ceruti, T. Treu, *Organizzare. Globalizzazione e welfare. L'altruismo*, Roma-Bari, 2010, p. 56: "Si tratta di un obiettivo ambizioso, che implica la ricerca comune di modelli economici e sociali orientati a uno sviluppo umanamente e socialmente sostenibile, e che assume la globalizzazione dei diritti come principio fondamentale delle relazioni internazionali e come criterio di giudizio dei risultati della globalizzazione economica".

Quel che occorre, in altri termini, è il recupero di quel modello sociale che aveva conferito stabilità alle democrazie europee e assicurato un alto *standard* di *protezione* sociale ai suoi cittadini.

L'Unione europea non nasce come un progetto neoliberista incentrato esclusivamente sul *mercato* e, nella prospettiva di un'Europa democratica della globalizzazione, occorre che recuperi la sua dimensione e la sua vocazione sociale dei rapporti economico-politici anche attraverso la previsione di organi che possano agire politicamente al di là degli Stati.

Gli Stati membri dell'Unione europea avevano sviluppato sistemi di protezione sociale che, per continuare ad esistere, devono comunque essere riformulati alla luce dei mutamenti che caratterizzano la società globalizzata.

La globalizzazione esplica i suoi effetti anche sui rapporti economico-finanziari, sulle imprese, sui fattori della produzione e, in ultima analisi, sulla distribuzione della ricchezza[27] e crea *panorami* sociali inediti che, da un canto, sfuggono al controllo dello Stato-Nazione ma, d'altro canto, si inseriscono perfettamente nel quadro di un capitalismo senza lavoro che è funzionale soltanto alle pretese monetaristiche della finanza internazionale.

7. La mancanza di legittimità politica e democratica dell'Unione europea non soltanto indebolisce la capacità di governo dell'Unione europea, ma la rende anche facile bersaglio di svariate forme di ingerenza nei *suoi* affari interni, sia sotto il profilo economico, sia sotto il profilo più propriamente politico.

Affrontare questa situazione da parte degli Stati membri dell'Unione europea in termini di maggior integrazione politica potrebbe significare un recupero di sovranità *interna* e quindi un maggior controllo delle forze economiche e sociali giuridicamente e politicamente orientato a salvaguardare gli interessi e le esigenze delle fasce più deboli della popolazione e, nel contempo, un miglior esercizio della sovranità esterna che, per certi aspetti, dovrebbe essere un esercizio "europeo" e non statale, proprio per sottrarsi al pericolo di una generale e generalizzata "cosmopolitizzazione" dell'Unione europea.

Si intende dire che, piuttosto che sottostare alle logiche di "poteri" economici, politici e militari, per così dire, transnazionali e del tutto destituiti di qualsivoglia legittimità e che hanno già eroso il potere degli Stati e che, inevitabilmente, stanno erodendo anche il potere dell'Unione europea (si pensi al ruolo svolto dal Fondo Monetario Internazionale, dalla Banca Mondiale, dall'Alleanza Atlantica, per citare solo alcuni di questi "poteri"), gli Stati membri dell'Unione europea potrebbero e dovrebbero dotare l'Ente nel cui seno si sono organizzati di nuovi e maggiori possibilità decisionali non solo nel settore economico e commerciale ma anche e soprattutto nella tutela dei diritti sociali dei suoi cittadini.

Voler restare legati al "concetto romantico di nazione come comunità di destino"[28] rischia di far assumere all'Unione europea e ai suoi Stati membri un ruolo sempre più subordinato e meno incisivo nell'ambito della comunità internazionale.

---

[27] Cfr., in proposito, L. Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianza*, Roma-Bari, 2000, p. 99 ss.

[28] Il concetto viene espresso in termini molto realistici da J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (a cura di L. Ceppa), Milano, 2008, che a p. 10 rileva come "[c]'era una volta il

Né con questo si vuol proporre l'istituzione di un *super Stato* mondiale ispirato ad un cosmopolitismo di *kantiana* memoria. Al contrario, la soluzione che si propone potrebbe essere individuata in un modello di Unione che nel rispetto della fisionomia e dell'individualità storica, culturale ed identitaria degli Stati membri, getti tuttavia le basi di una Unione europea che in un clima di reciproca fiducia fra gli Stati membri si ponga, non sopra o contro, ma accanto a questi ultimi per il perseguimento e la effettiva realizzazione di obiettivi comuni, per trovare risposte adeguate a problemi transnazionali che hanno ripercussioni in tutto il mondo e per sottrarsi al giogo di fattori controllati, al momento, da non meglio determinati e identificabili fattori, o poteri "terzi".

La questione della legittimazione democratica dell'Unione europea riconduce alla domanda se la forma politica degli Stati-Nazione sia o meno in grado di garantire la realizzazione dei principi democratici all'interno di essa. In altri termini, se sia pensabile e realizzabile l'adattamento dei modelli di democrazia elaborati per gli ordinamenti statali ad enti che vadano oltre i confini e le dimensioni degli Stati.

La situazione di crisi[29] che vive il processo di integrazione politica europea sembrerebbe suggerire una risposta negativa e il mancato rafforzamento delle Istituzioni europee e la mancata loro evoluzione in termini di più netta partecipazione democratica, potrebbe risolversi in una minor consistenza politica e in un minor peso sulla scena internazionale da parte dell'Unione europea stessa.

Preso atto che nel mutato panorama internazionale i processi decisionali sono sempre più lontani rispetto ai destinatari delle decisioni, e il potere di governo è sempre meno nelle mani del popolo (e dunque degli Stati nazionali), occorre che l'Unione europea intensifichi il processo di integrazione politica in chiave di "ripensamento" di sé stessa e del suo assetto istituzionale anche in funzione di un suo più incisivo ruolo all'interno del nuovo scenario geopolitico internazionale.

Gli attuali fenomeni, da non leggere necessariamente in chiave negativa, della "globalizzazione" e della "internazionalizzazione", sottraggono sempre più spazi alla possibilità di scelte democratiche "statali" e la sopravvivenza dell'Unione europea esige una non più a lungo rinviabile riformulazione dei suoi assetti decisionali che tenga nella dovuta considerazione i mutamenti fondamentali già avvenuti e che, ad una velocità sempre più incontrollata, continuano a verificarsi all'interno della società globalizzata.

---

concetto romantico di nazione come *comunità di destino* e unità etnico-culturale rivendicante il diritto a realizzarsi sul piano politico-statuale. Da questa concezione continuano a trarre alimento atteggiamenti sempre più discutibili: per esempio l'appello a un ipotetico diritto all'autodeterminazione nazionale, il duplice rifiuto nei confronti del multiculturalismo e delle politiche dei diritti umani, la radicata diffidenza contro il trasferimento dei 'diritti di sovranità' a entità sopranazionali". Al contrario, pur non ritenendole eterne, altri ritengono che le Nazioni siano un bene, una necessità: in questo senso, cfr. E. Renan, *Che cos'è una nazione?*, Roma, 2004, p. 17: "La loro esistenza è garanzia della libertà, che sarebbe perduta se il mondo avesse una sola legge e un solo padrone. Attraverso le loro vocazioni, spesso opposte, le nazioni servono alla comune opera della civiltà; tutte apportano una nota a quel grande concerto dell'umanità, che è, in definitiva, la più alta realtà ideale da noi raggiunta".

[29] Cfr. in proposito, A. Cantaro, *Crisi costituzionale europea e diritto della crisi*, in *dirittifondamentali.it*., 2012.

Ed in tal senso si rende necessaria una presa d'atto da parte degli Stati membri di quanto ormai sia divenuto minore il loro "peso", se singolarmente considerati, all'interno dei mutati assetti internazionali.

Per giungere a questo risultato, tuttavia, occorre che gli Stati membri, da un canto, riempiano di contenuti gli enunciati principi di democrazia risolvendo – anche per questa via – il problema del *deficit* democratico e, d'altro canto, che si rendano conto che gli interessi nazionali non sono antitetici agli interessi dell'Unione europea ma che tali interessi, al contrario, sono coincidenti e devono comunque integrarsi tra di loro.

In altri termini, occorre che gli Stati membri prendano atto del fatto che una maggior integrazione politica, maggiori poteri all'Unione europea e maggior democrazia all'interno di essa, in ragione dei nuovi sviluppi politici ed economici a livello internazionale, è la condizione essenziale per la loro stessa sopravvivenza, come per la sopravvivenza della stessa Unione europea.

La globalizzazione dell'agire economico non lascia ampi spazi di scelta: la perdita di legittimazione dei governi degli Stati membri deve essere compensata da una politica condivisa, da una maggior legittimazione politica e democratica dell'Unione europea e dalla forza democraticamente legittimata e legittimante della sua produzione normativa.

Abstract

European Crisis and Post-Global Cosmopolitanism

With this contribution I want to emphasize that the phenomenon of globalization has led, on the one hand, to the de-politicization of the exercise of State power, and, on the other hand, to the politicization of other entities: multinationals, international organizations, international finance, etc. Consequently, political decisions are made in "places" far from the national context and without any democratic guarantees. In other words, the global society is not attributable to the more or less democratic classic socio-state model in which decisions originated from the State through the use of policy instruments but is referable to a plurality of economic and financial models that are an expression of a post-global cosmopolitanism that took away space to the classical democratic organization. In this context, the European Union must necessarily go through an integration of political character which can stem the de-politicization process carried out by globalization.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 265-287

Pia Acconci*

Riflessioni sull'accezione di qualità dei prodotti agroalimentari rilevante nel diritto dell'Unione europea

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Dalla liberalizzazione degli scambi dei prodotti agroalimentari all'affermazione della politica dell'Unione europea sulla qualità di tali prodotti. – 3. Sicurezza e standardizzazione tecnica quali presupposti della qualità igienica e sanitaria dei prodotti agroalimentari scambiati nel mercato interno europeo. – 4. L'eterogeneità degli interessi alla base della politica dell'Unione europea sulla qualità dei prodotti agroalimentari: a) trasparenza. – 5. *Segue*: b) competitività e sostenibilità. – 6. Conclusioni.

1. L'obiettivo della qualità delle merci scambiate in un dato mercato assicura che l'interazione tra attori diversi, in particolare consumatori e produttori, e relativi obiettivi, interessi e aspettative avvenga in maniera non conflittuale. Poiché i suddetti attori orientano le proprie scelte sulla base di accezioni della qualità talvolta divergenti, si pone il problema della scelta dell'accezione rilevante per le valutazioni politiche e scelte normative operate dall'ordinamento di riferimento per il mercato preso in considerazione.

In relazione ai prodotti agroalimentari scambiati nel mercato interno europeo e destinati al consumo sia umano sia animale, questa scelta è di competenza tanto degli Stati membri quanto dell'Unione europea[1].

L'amministrazione di uno Stato nelle sue diverse articolazioni si occupa tipicamente della garanzia della qualità igienica e sanitaria (la c.d. *food safety* nella lingua inglese) della produzione e commercializzazione nel settore agroalimentare. Per l'elaborazione di normative su questi aspetti sono competenti principalmente il Ministero della sanità per gli aspetti connessi alla tutela della salute e il Ministero dell'agricoltura per gli aspetti tecnici ed economici dell'organizzazione dei mercati agricoli, in collaborazione eventualmente con altri ministeri vuoi quello del commercio e dell'industria vuoi quello dell'università e della ricerca scientifica per l'organizzazione delle attività di ricerca di base. Gli Stati esercitano inoltre le funzioni di sorveglianza e controllo della *food safety* in termini di svolgimento di ispezioni,

* Associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Teramo.

1 Si vedano, in via generale, J. Ziller, G. Sala-Chiri, *The EU Multilevel Food Safety System in the Context of the Principle of Conferral*, in A. Lupone, C. Ricci, A. Santini (eds.), *The Right to Safe Food Towards a Global Governance*, Torino, 2013, p. 229 ss.

istituzione di meccanismi di prevenzione e repressione di fenomeni di concorrenza sleale e/o fraudolenta. Gli Stati dispongono altresì di normative su etichettatura, denominazione, imballaggio e presentazione dei prodotti agroalimentari volte a garantire la qualità con riguardo alle caratteristiche organolettiche di tali prodotti.

La presente indagine verte sulla competenza esercitata in materia dall'Unione. La garanzia della qualità dei prodotti agroalimentari scambiati nel mercato interno europeo dipende infatti sempre più da risposte e azioni comuni, a causa, da un lato, degli allarmismi originati da scandali e pratiche di carattere fraudolento o ingannevole, quali contraffazioni, sofisticazioni, adulterazioni e contaminazioni, e, dall'altro, delle critiche al presunto orientamento mercantilista seguito dalla Commissione nel quadro dei negoziati di accordi internazionali in materia di commercio internazionale, quali il *Trans-Atlantic Trade and Investment Partneship Agreement* (TTIP). Diverse associazioni professionali, organizzazioni non governative e una parte dell'opinione pubblica sostengono infatti che accordi siffatti porterebbero a un abbassamento degli standard di sicurezza igienica e sanitaria delle attività di produzione e distribuzione dei prodotti agroalimentari applicati nel diritto dell'Unione europea, a un peggioramento della qualità *tout court* dei suddetti prodotti scambiati nel mercato interno europeo e alla scomparsa graduale dal medesimo mercato di certi prodotti tipici, quand'anche questi beneficino della tutela prevista nelle normative europee sulle denominazioni di origine protette (in sèguito, DOP), indicazioni geografiche protette (in sèguito, IGP), specialità tradizionali garantite (in sèguito, STG) e altri segni distintivi[2].

Questi allarmismi e critiche denotano che chi vive negli Stati membri dell'Unione europea nutre aspettative sulla qualità dei prodotti agroalimentari scambiati nel mercato interno, in relazione ad aspetti eterogenei, ossia igiene, legalità, cultura e tradizione.

Le istituzioni europee hanno lavorato molto a questo fine producendo un quadro normativo articolato che si è sviluppato mediante sia l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri su composizione, denominazione e presentazione di alcuni prodotti agroalimentari, sia l'uniformità con regolamenti orizzontali, in quanto applicabili alla generalità delle filiere, in materia di igiene, principi e requisiti generali della sicurezza alimentare, etichettatura, segni distintivi, istituzione del sistema di allarme rapido contro i rischi di intossicazione e dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Ai fini della presente indagine, merita segnalare che le istituzioni europee hanno adottato, altresì, regolamenti per la disciplina dell'organizzazione dei mercati di settori specifici, come quello vitivinicolo[3] e dell'olio di oliva[4].

---

[2] Per un panorama dei diversi siti *internet* dedicati alla rilevanza, eventualmente pregiudizievole, dei negoziati del TTIP per il settore agroalimentare, si vedano già *The Agriculture Issue in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, European Parliamentary Research Service Blog, *post* del 19 giugno 2013; e *10 Reasons TTIP is bad for good food and farming*, May 2014.

[3] Si veda, da ultimo, il regolamento n. 479/2008/CE del Consiglio, del 29 aprile 2008, relativo all'organizzazione comune del mercato vitivinicolo, che modifica i regolamenti n. 1493/1999/CE, n. 1782/2003/CE, n. 1290/2005/CE e n. 3/2008/CE e abroga il regolamento n. 2392/86/CE (in sèguito: regolamento 479/2008). La base giuridica di questo regolamento sono gli articoli 36 e 37 TCE, oggi articoli 42 e 43 TFUE.

[4] Si veda, in particolare, il regolamento n. 865/2004/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dell'olio di oliva e delle olive da tavola e recante

Da queste normative emerge che la valorizzazione della qualità dei suddetti settori è strumentale al potenziamento della loro competitività nei mercati mondiali giacché le loro esportazioni rappresentano una voce significativa della bilancia commerciale dell'Unione. I prodotti di entrambi i suddetti settori sono regolati altresì in maniera speciale nel quadro delle normative comuni europee di carattere orizzontale previste in regolamenti non settoriali che verranno richiamati nel prosieguo dell'indagine, quali quelle in materia di etichettatura e organizzazione comune dei mercati agricoli. Le aspettative sulla sicurezza e qualità dei prodotti agroalimentari scambiati nel mercato interno si sono diffuse nell'Unione grazie anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale.

Al fine dell'inquadramento delle azioni delle istituzioni europee sulla qualità dei prodotti agroalimentari, merita osservare, a questo punto, che la qualità può essere intesa in senso sia oggettivo sia soggettivo[5]. La qualità oggettiva può essere apprezzata in virtù delle caratteristiche fisiche di un prodotto, ossia di elementi materiali, mentre la qualità soggettiva è quella percepita in base al grado di soddisfazione dei gusti e delle aspettative dei consumatori, ossia a elementi psicologici. Per quanto attiene ai prodotti agroalimentari, la prima è un'accezione generica di qualità in termini di sicurezza, in quanto riconducibile a un'accezione, in linea di principio, restrittiva di qualità fondata sulla garanzia della sicurezza igienica e sanitaria dei suddetti prodotti rispetto a elementi patogeni o comunque di carattere negativo di tipo chimico, biologico e fisico. Questa potrebbe essere un'accezione di qualità soddisfacente nel diritto dell'Unione europea, ossia di un sistema giuridico volto alla liberalizzazione degli scambi secondo un modello di economia sociale di mercato e alla garanzia "nell'attuazione di tutte le politiche e attività dell'Unione (…) di un livello elevato di protezione della salute umana"[6]. La qualità igienica e sanitaria in funzione della salute pubblica è collegata peraltro alla solidità del sistema economico e sociale di riferimento. La mancanza della qualità igienica e sanitaria può danneggiare difatti la vita delle persone e minare tale assetto sociale ed economico, a causa dell'incidenza di allarmismi ed eventuali epidemie sul livello di occupazione non solo settoriale, ma anche sistemica e sulla capacità di attrazione di flussi finanziari e investimenti dall'estero. D'altra parte, la scelta della qualità percepita quale parametro rilevante presuppone il riferimento a un'accezione estensiva di qualità funzionale alla salvaguardia di interessi ulteriori, come lealtà, sostenibilità e legalità del funzionamento del mercato interno, e sarebbe il risultato sia dell'assenza di elementi patogeni sia della presenza di elementi positivi – come aroma, sapore e metodi di produzione – suscettibili di influenzare nell'insieme la determinazione del valore di un prodotto per gli attori del comparto agroalimentare, ossia produttori, distributori, consumatori, *stakeholders* e cittadini *tout court*.

---

modifica del regolamento n. 827/68/CEE. La base giuridica di questo regolamento è la stessa del regolamento 479/2008 relativo al settore vitivinicolo (v. *supra* nota 3).

[5] Sul punto, per tutti, A. Sciaudone, *Le regole dell'UE in tema di qualità dei prodotti agroalimentari e il commercio con i paesi terzi*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2010, reperibile *online*, specialmente pp. 3-5; e M. C. Cattaneo, *The EU System of Protection of Agricultural Products and Foodstuffs Quality*, in A. Lupone, C. Ricci, A. Santini (eds.), *op. cit.*, specialmente pp. 332-335.

[6] Si vedano, in particolare, l'art. 168 TFUE e l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il presente lavoro intende contribuire all'inquadramento dell'accezione giuridica di qualità rilevante per l'applicazione e interpretazione del diritto dell'Unione europea applicabile in materia di produzione e commercializzazione dei prodotti agroalimentari. A tal fine, l'indagine si articola in tre paragrafi relativi alla ricostruzione sistematica della prassi più rilevante e in un paragrafo conclusivo nel quale sono svolte alcune considerazioni d'insieme. Il primo dei tre paragrafi di ricostruzione della prassi delinea le tendenze normative che hanno portato all'affermazione di una politica in materia di qualità nel corso dello sviluppo del diritto agroalimentare dell'Unione europea. Il secondo di tali paragrafi è relativo alla rilevanza della standardizzazione tecnica per la garanzia della qualità in termini di *food safety*, nonché il contemperamento tra l'obiettivo della liberalizzazione e quello della sicurezza igienica e sanitaria dei prodotti agroalimentari. Saranno dedicati solo alcuni cenni alle risposte tese alla salvaguardia della salute in situazioni di emergenza e pericolo – reali e/o potenziali – giacché l'indagine è incentrata sull'esame delle risposte in situazioni non di emergenza. Il terzo dei suddetti paragrafi concerne le risposte del diritto dell'Unione europea all'esigenza di valorizzare la qualità dei prodotti agroalimentari riconducibile a elementi come origine – vuoi degli ingredienti vuoi del prodotto –, metodi di produzione, in quanto sostenibili e/o tradizionali, ed etica. Poiché la prassi normativa e giurisprudenziale, nonché la letteratura, su quest'ultimo aspetto sono estese ed eterogenee, vale la pena chiarire che lo scopo di siffatto paragrafo è quello di proporre una ricostruzione di tale prassi in grado di evidenziare come nel diritto dell'Unione europea, ossia in un regime normativo teso alla realizzazione dell'obiettivo ormai prevalente sul piano internazionale ed europeo dello sviluppo sostenibile e congegnato per favorire cooperazione, integrazione e liberalizzazione, si sia diffuso il ricorso alla qualità percepita definita sulla base di elementi quali origine geografica, composizione, metodi di produzione e rinomanza dei prodotti[7].

2. L'individuazione dell'accezione di qualità rilevante per l'applicazione e interpretazione del diritto agroalimentare dell'Unione europea[8] è problematica e connotata da incertezza anzitutto per la mancanza di indicazioni specifiche nei Trattati. Questi non prevedono norme sulla qualità delle merci scambiate nel mercato interno. Per quanto concerne i prodotti agroalimentari, i Trattati, al pari già del Trattato di Roma del 1957 istitutivo della Comunità economica europea (CEE) (in sèguito: Trattato di Roma), disciplinano l'organizzazione dei mercati agricoli degli Stati membri attraverso una politica agricola comune, ma non disciplinano in maniera specifica le modalità di circolazione dei prodotti agroalimentari. A questo

[7] In dottrina c'è chi ritiene che la sicurezza igienica e sanitaria dei prodotti agroalimentari sia un presupposto, anziché un indice, della qualità dei prodotti agroalimentari. Si vedano, in particolare, A. Germanò, *Le politiche europee della qualità alimentare*, in F. Adornato, F. Albisinni, A. Germanò (a cura di), *Agricoltura e alimentazione. Principi e regole della qualità. Disciplina internazionale, comunitaria, nazionale*, Atti del convegno internazionale IDAIC, Macerata 9-10 ottobre 2009, Milano, 2010, specialmente p. 193; A. Sciaudone, *op. cit.*, p. 4.

[8] Per approfondimenti sul diritto agroalimentare dell'Unione europea, mi limito a segnalare D. Holland, H. Pope, *EU Food Law and Policy*, The Hague, 2004; e C. MacMaoláin, *EU Food Law*, Oxford, 2007. La consultazione della rivista *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* è utile per la ricostruzione degli orientamenti rilevanti delle istituzioni europee, sia politiche sia giudiziarie, e dell'ordinamento italiano nell'attuazione del diritto derivato europeo.

proposito, valgono le norme previste in via generale per la liberalizzazione della circolazione delle merci nei rapporti tra gli Stati membri. Tali norme mirano, com'è noto, all'abolizione, da un lato, dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente e, dall'altro, delle restrizioni quantitative e misure di effetto equivalente. Lo strumento prioritario per il raggiungimento di quest'ultimo fine avrebbe dovuto essere il ravvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri, in particolare di quelle sui requisiti tecnici delle merci. Il ricorso a siffatto strumento era disciplinato originariamente all'art. 100 del Trattato di Roma, oggi art. 115 TFUE, che prevedeva l'adozione di direttive all'unanimità.

Alla nascita della CEE, quando il mercato interno non si era sviluppato ancora, diverse proposte di direttive verticali di armonizzazione in materia di caratteristiche dei prodotti agroalimentari iniziarono a succedersi poiché la diversificazione delle normative relative a siffatta materia dei suoi Stati membri era marcata. Tale diversificazione costituiva un ostacolo tecnico evidente alla libera circolazione delle merci[9]. Talune di queste direttive vennero adottate in quel periodo e sono state riviste negli anni successivi[10]. Altre direttive di armonizzazione non furono adottate invece, a causa soprattutto delle difficoltà incontrate dalle istituzioni europee a pervenire all'unanimità, come richiesto dall'art. 100 del Trattato di Roma, ovvero a individuare basi giuridiche alternative per il medesimo fine.

In mancanza di normative comuni di armonizzazione, la liberalizzazione è stata realizzata sulla base del principio del mutuo riconoscimento come congegnato dalla Corte di giustizia già nella sentenza *Cassis de Dijon* del 1979[11] e avvalorato dalla Commissione[12]. Il principio del mutuo riconoscimento sancisce l'equivalenza degli

[9] Sull'armonizzazione quale presupposto della liberalizzazione, si vedano, tra gli altri, T. G. Vogelaar, *The Approximation of the Laws of Member States under the Treaty of Rome*, in *Common Market Law Review*, 1975, p. 211 ss.; B. S. Frey, R. Eichenberger, *To Harmonize or to Compete? That's Not the Question*, in *Journal of Public Economics*, 1996, p. 335 ss.; P. J. Slot, *Harmonisation*, in *European Law Review*, 1996, p. 378 ss.; I. Maleti, *The Law and Policy of Harmonisation in Europe's Internal Market*, Cheltenham, 2013; e P. De Pasquale, O. Pallotta, *Ravvicinamento delle legislazioni*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1260 ss.

[10] Direttive verticali di armonizzazione rilevanti sono state adottate relativamente a succhi di frutta, marmellate, latte condensato, miele, acque minerali e cioccolato. Queste direttive sono state aggiornate periodicamente. Le direttive per questi prodotti attualmente in vigore sono la direttiva n. 2012/12/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 aprile 2012, che modifica la direttiva n. 2001/112/CE del Consiglio concernente i succhi di frutta e altri prodotti analoghi destinati all'alimentazione umana; quella n. 2001/133/CE del Consiglio, del 20 dicembre 2001, relativa alle confetture, gelatine e marmellate di frutta e alla crema di marroni destinate all'alimentazione umana; quella n. 2007/61/CE del Consiglio, del 26 settembre 2007, che modifica la direttiva n. 2001/114/CE relativa a taluni tipi di latte conservato parzialmente o totalmente disidratato destinato all'alimentazione umana; quella n. 2014/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che modifica la direttiva n. 2001/110/CE del Consiglio concernente il miele; quella n. 2009/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, relativa a l'utilizzazione e la commercializzazione delle acque minerali naturali; e quella n. 2000/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2000, relativa ai prodotti di cacao e cioccolato destinati all'alimentazione umana.

[11] Sentenza del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral AG* c. *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (in sèguito: sentenza *Cassis de Dijon*).

[12] Rileva la comunicazione interpretativa, sotto forma di lettera agli Stati membri, della Commissione, *Le conseguenze della sentenza emessa dalla Corte di giustizia delle Comunità europee il 20 febbraio 1979 nella causa 120/78 («Cassis de Dijon»)*.

obiettivi delle diverse legislazioni nazionali degli Stati membri per favorire la libera circolazione delle merci ovvero delle qualifiche professionali. Per quanto concerne la circolazione transfrontaliera delle merci, il principio si fonda sulla circostanza che uno Stato membro dell'UE non possa opporsi all'importazione nel proprio territorio di una merce che circola liberamente nello Stato membro di produzione e che sia conforme alla disciplina ivi vigente, salvo per la tutela di un'esigenza imperativa di interesse generale, quali "l'efficacia dei controlli fiscali, la protezione della salute pubblica, la lealtà dei negozi commerciali e la difesa dei consumatori"[13]. L'applicazione a una merce siffatta della normativa tecnica dello Stato importatore costituirebbe, in linea di principio, una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'importazione vietata dall'attuale art. 34 TFUE, in quanto ostacolerebbe gli scambi fra gli Stati membri dell'Unione europea.

Il ricorso a tale principio ha portato al superamento della diversità delle normative tecniche statali di carattere non discriminatorio concernenti il modo di essere dei prodotti agroalimentari con riguardo, tra l'altro, a composizione, denominazione e presentazione di alcuni prodotti agroalimentari.

Le risposte normative dell'Unione europea si sono poi moltiplicate a causa dell'intensificazione degli scambi transnazionali dei prodotti agroalimentari, della delocalizzazione e industrializzazione delle attività di produzione, trasformazione e commercializzazione, dell'aumento dell'inquinamento ambientale, del depauperamento dell'ecosistema, delle preoccupazioni per diminuzione della resa dei terreni agricoli, alterazioni della biodiversità, urbanizzazione e crescita demografica, cambio degli stili di vita e delle diete alimentari, nonché a causa di epidemie, come il morbo della mucca pazza, allarmismi di stampo socioeconomico e culturale originati dall'impiego di sostanze artificiali nella produzione e distribuzione del settore agroalimentare, quali sostanze chimiche e medicinali veterinari ormonali per l'accelerazione della crescita, e la presunta pericolosità di nuovi processi produttivi di stampo industriale a tecnologia avanzata, quali quelli fondati sull'impiego di biotecnologie e/o nanotecnologie. La diversificazione delle risposte elaborate dalle istituzioni europee si è realizzata secondo un approccio improntato all'integrazione tra i diversi interessi e obiettivi alla base della condotta degli attori del comparto agroalimentare.

I processi di industrializzazione, delocalizzazione e liberalizzazione nel suddetto comparto hanno favorito la realizzazione nel quadro dell'Unione europea e dapprima della CEE di due importanti politiche comuni: quella sull'organizzazione comune dei mercati agricoli – la politica agricola comune – e quella sulla qualità in termini di tutela di denominazioni geografiche e altri segni distintivi riconducibili, in linea di principio, all'origine, ai metodi di produzione utilizzati e alle tradizioni locali. Entrambe siffatte politiche sono scaturite dall'esigenza di promuovere la qualità percepita, quale soluzione a un problema specifico suscettibile di alterare il buon funzionamento del mercato interno europeo. In virtù del principio del mutuo riconoscimento accadeva che l'importazione in uno Stato membro di prodotti realiz-

[13] Sentenza *Cassis de Dijon*, punto 8. Per una ricostruzione sistematica della prassi più recente si veda G. Caggiano, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 295 ss. Per approfondimenti sulla rilevanza della salute quale possibile esigenza imperativa, mi permetto di richiamare P. Acconci, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, pp. 400-405.

zati legalmente in un altro Stato membro non potesse essere impedita, quand'anche il metodo produttivo utilizzato nello Stato di produzione fosse diverso da quello impiegato nello Stato di importazione per prodotti con la stessa denominazione. Siffatta circostanza portò alla nascita di casi noti davanti alla Corte di giustizia relativamente all'uso di una denominazione commerciale specifica come "yogurt"[14] e "feta"[15]. Tali casi mostravano peraltro che la garanzia di una certa omogeneità delle caratteristiche tecniche delle attività di produzione e commercializzazione nel comparto agroalimentare europeo *tout court* dipendeva prevalentemente dall'esercizio del controllo giudiziario, ad opera di giudici nazionali degli Stati membri e della Corte di giustizia.

È così che la Commissione, inizialmente disinteressata alle suddette questioni, ha mutato orientamento[16]. La qualità percepita dei prodotti agroalimentari scambiati nel mercato interno ha assunto rilevanza nel quadro della politica agricola comune ed è divenuta l'oggetto di una politica specifica dell'Unione per finalità sistemiche, nonché ulteriori alla garanzia della qualità igienica e sanitaria, quali la tutela dei consumatori, la competitività degli operatori e sostenibilità delle produzioni del comparto agroalimentare, nonché in via prospettica la legalità, oltre che il buon funzionamento, del mercato interno. Siffatte finalità sottintendono, come già evidenziato, l'esercizio di competenze concorrenti ad opera dell'Unione e dei suoi Stati membri.

La realizzazione di ambedue siffatte politiche presuppone invero la qualità oggettiva, ossia quella igienica, sanitaria e chimica, dei prodotti agroalimentari scambiati nel mercato interno europeo. Questa è regolata infatti, come si vedrà nel prossimo paragrafo, da strumenti normativi del diritto dell'Unione europea distinti da quelli alla base dell'affermazione della politica comune europea sulla qualità dei medesimi prodotti nel quadro sia della politica agricola comune sia delle azioni delle istituzioni europee tese alla salvaguardia dell'origine e della rinomanza di alcuni di tali prodotti.

3. Se l'operatività del principio del mutuo riconoscimento ha favorito gli scambi dei prodotti agroalimentari nel mercato interno europeo, l'adozione di diversi atti di diritto derivato ha assicurato la libera circolazione transnazionale di prodotti sani e sicuri. Si tratta di quegli atti tesi alla garanzia della *food safety* in quanto espressione di qualità.

Rilevano il regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare[17] (in sèguito: regolamento

[14] Sentenza del 14 luglio 1988, causa 298/87, *Smanor SA* (in seguito: sentenza *Smanor*).

[15] Sentenza del 25 ottobre 2005, cause riunite C-465/02 e C-466/02, *Germania e Danimarca* c. *Commissione*.

[16] Rilevano il libro verde della Commissione sulla *Qualità dei prodotti agricoli: norme di prodotto, requisiti di produzione e sistemi di qualità* del 15 ottobre 2008, COM(2008) 641 def., e la sua comunicazione successiva al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sulla *Politica di qualità dei prodotti agricoli*, COM(2009) 234 def.

[17] La base giuridica del regolamento 178/2002 sono gli articoli 37, 95, 133 e 152, par. 4, lett. b), TCE, oggi articoli 43, 114, 207 e 168 TFUE. L'adozione di questo regolamento rappresenta una forma di

178/2002), e i regolamenti del c.d. "pacchetto igiene" del 2004, soprattutto il n. 852/2004 del 29 aprile 2004 sull'igiene dei prodotti agroalimentari (in sèguito: regolamento 852/2004).

La normativa introdotta dal regolamento 178/2002 ha portato all'affermazione dell'idea secondo cui la qualità discenderebbe dalla circolazione nel mercato interno di alimenti sani e sicuri e l'azione comune ad opera delle istituzioni europee sarebbe la migliore possibile nell'interesse dell'unitarietà del mercato interno e della tutela dei consumatori. Quest'idea, che legittima l'azione delle suddette istituzioni sulla base del principio di sussidiarietà come sancito dai Trattati, aveva dato origine ad altre normative comuni, quali quelle sui miglioratori alimentari, ossia additivi, coloranti, enzimi e aromatizzatori in genere. Queste normative sono state modificate successivamente all'entrata in vigore del regolamento 178/2002 per consolidare il concetto di sicurezza da esso introdotto[18].

Più specificamente, al fine della garanzia della circolazione nel mercato interno di prodotti agroalimentari sani e sicuri, il regolamento 178/2002 indica nuovi principi e metodi di esecuzione della normativa comune relativa agli alimenti e ai mangimi già in vigore. Il regolamento ha esteso la portata di tale normativa con l'inclusione delle questioni collegate alla tutela della fiducia dei consumatori e della salute pubblica. L'Unione europea ha scelto così rintracciabilità, trasparenza, prevenzione, precauzione, integrazione e cooperazione, quali principi generali rilevanti della normativa europea sulla sicurezza nel campo alimentare.

L'altra novità importante introdotta dal regolamento 178/2002 è stata l'istituzione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare cui Commissione, Parlamento europeo e Stati membri possono chiedere pareri scientifici. L'Autorità è competente a svolgere la valutazione del rischio, prestando assistenza tecnica e scientifica alle istituzioni europee e cooperando con gli Stati membri. L'Autorità deve agire in piena indipendenza, secondo standard scientifici di elevata qualità, trasparenza ed efficienza per promuovere la fiducia nella propria attività da parte delle istituzioni europee, dei cittadini e delle parti interessate. L'Autorità dovrebbe contribuire a garantire in questo modo il regolare funzionamento del mercato interno[19].

---

attuazione effettiva dell'approccio delineato dalla Commissione nel Libro bianco sulla *Sicurezza alimentare* del 12 gennaio 2000, COM/99/0719/def.

[18] Si vedano il regolamento n. 1334/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativo agli aromi e ad alcuni ingredienti alimentari con proprietà aromatizzanti destinati a essere utilizzati negli e sugli alimenti e che modifica il regolamento n. 1601/91/CEE del Consiglio, i regolamenti n. 2232/96/CE e 110/2008 e la direttiva n. 2000/13/CE; quello n. 1333/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativo agli additivi alimentari; quello n. 1332/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativo agli enzimi alimentari che modifica la direttiva n. 83/417/CEE del Consiglio, il regolamento (CE) n. 1493/1999 del Consiglio, la direttiva n. 2000/13/CE, la direttiva n. 2001/112/CE del Consiglio e il regolamento (CE) n. 258/97; e quello n. 1331/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, che istituisce una procedura uniforme di autorizzazione per gli additivi, gli enzimi e gli aromi alimentari. L'art. 95 TCE in materia di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri (oggi, art. 114 TFUE) è la base giuridica di questi regolamenti.

[19] Il regolamento 178/2002 prevede anche procedure per la gestione delle crisi e situazioni di emergenza. In particolare, esso potenzia il sistema di allarme rapido che collega gli Stati membri, la Commissione e l'Autorità. Tale sistema è istituito sotto forma di rete e serve per la notifica di situazioni di "grave rischio diretto [attuale] o indiretto [potenziale] per la salute umana derivanti dal consumo di

Il concetto di sicurezza desumibile dal regolamento 178/2002 è ambizioso, in quanto fondato sull'applicazione di principi generali e sull'attività di meccanismi comuni di carattere procedurale. A ogni buon conto, esso sarebbe inidoneo ad assicurare la circolazione di prodotti alimentari di qualità sotto i profili igienico e sanitario, se l'Unione europea non partecipasse ai principali organismi internazionali specializzati in materia di standardizzazione tecnica, al fine di assicurare, da un lato, la qualità sanitaria e, dall'altro, la liberalizzazione dei processi produttivi e degli scambi. L'Unione europea partecipa, in particolare, ai lavori della *CODEX Alimentarius Commission* (in sèguito: *CODEX Commission*)[20] e del Segretariato della Convenzione internazionale per la protezione delle specie vegetali (*International Plant Protection Convention*, in sèguito: IPPC)[21]. L'Unione

alimenti o mangimi" (art. 50, par. 2, del regolamento 178/2002). Il sistema deve operare nel rispetto della riservatezza delle informazioni a propria disposizione (art. 52 del medesimo regolamento). Il regolamento 178/2002 prevede l'istituzione pure del Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali composto da rappresentanti degli Stati membri e presieduto dal rappresentante della Commissione (art. 62 del regolamento). Questo Comitato ha sostituito il Comitato veterinario permanente, il Comitato permanente per i prodotti alimentari e il Comitato permanente degli alimenti per animali. Tale Comitato assiste la Commissione nella preparazione delle norme applicabili al comparto agroalimentare. Vi partecipano gli Stati membri e l'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Gli Stati membri sono obbligati ad attivare questo meccanismo. Rilevano, in particolare, i paragrafi 1 e 2 dell'art. 3 del regolamento n. 16/2011 della Commissione del 10 gennaio 2011 recante disposizioni di applicazione sul sistema di allarme rapido per gli alimenti e i mangimi. Tali paragrafi concernono le "notifiche di allarme" secondo cui "1. [i] membri della rete inviano notifiche di allarme al punto di contatto della Commissione senza ritardi ingiustificati e in ogni caso entro 48 ore dal momento in cui sono informati del rischio. Le notifiche di allarme comprendono tutte le informazioni disponibili, in particolare, in merito al rischio e al prodotto da cui tale rischio deriva. Il fatto che non si siano raccolte tutte le informazioni rilevanti non deve comunque ritardare ingiustificatamente la trasmissione delle notifiche di allarme". Per approfondimenti, mi limito a richiamare: F. Capelli, *Il Regolamento (UE) N. 16/2011 della Commissione Europea sul "*Sistema di Allarme Rapido*" applicabile in materia di prodotti alimentari e di mangimi*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, p. 367 ss.; e A. Santini, *Il sistema di allarme rapido per gli alimenti e i mangimi: brevi considerazioni alla luce del recente regolamento della Commissione contenente le disposizioni di applicazione*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore*, 2012, n. 1, p. 13 ss.

[20] La *CODEX Alimentarius Commission* è un nata nel 1962 quale organo congiunto della Organizzazione mondiale della sanità (OMS) e della Food and Agriculture Organization (FAO), allo scopo di promuovere la standardizzazione internazionale nel settore agroalimentare, l'elaborazione di linee guida, "codici" e raccolte di pratiche (*best practices*) su *safety* e qualità nel settore agroalimentare. Gli standard della *CODEX Commission* sono diretti a promuovere la lealtà degli scambi di prodotti agroalimentari e tutelare i consumatori. L'impiego degli standard CODEX dovrebbe favorire l'armonizzazione, la convergenza informale delle politiche alimentari, la diffusione dei saperi scientifici e delle migliori pratiche. La *CODEX Commission* è composta da delegati degli Stati membri e dell'Unione competenti a realizzare valutazioni del rischio sul piano internazionale. L'Unione ha aderito con la decisione n. 2003/822/CE del Consiglio del 17 novembre 2003. La *CODEX Commission* si avvale del lavoro di comitati congiunti FAO/OMS composti da esperti di valutazione del rischio sotto i profili tecnico e scientifico, quali il *Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives* (JECFA) e il *Joint FAO/WHO Meeting on Pesticide Residues* (JMPR). Attualmente, alla *CODEX Commission* partecipano i rappresentanti di centottantasette Stati membri e dell'Unione europea e duecentoquaranta osservatori, tra cui ONG, gruppi di consumatori e ricercatori.

[21] L'IPPC è stata conclusa nel 1952, e, successivamente, rivista nel 1979 e nel 1997 (per approfondimenti segnalo il suo sito ufficiale). A norma del suo art. 1, essa mira ad assicurare "(…) common and effective action to prevent the spread and introduction of pests of plants and plant products and to pro-

europea collabora altresì con l'Organizzazione internazionale per il benessere degli animali (in sèguito: OIE, in virtù della sua denominazione nella lingua francese, Office International des Epizooties)[22]. La *CODEX Commission* è specializzata nella standardizzazione per la tutela della salute umana, mentre l'OIE e l'IPPC sono specializzate nella standardizzazione per il benessere animale e la tutela delle specie vegetali. Gli standard OIE e IPPC sono meno noti di quelli elaborati dalla *CODEX Commission* perché non hanno per oggetto la salute umana in senso stretto. Tutti questi standard sono diventati, a ogni buon conto, oggetto di interesse e preoccupazione su larga scala successivamente ad alcune crisi sanitarie di dimensione transnazionale e all'intensificazione dell'impiego di sostanze artificiali negli allevamenti animali e nell'industria agroalimentare.

Nel regolamento 852/2004 la standardizzazione tecnica adottata dalla *CODEX Commission* è un parametro di riferimento ricorrente per la delimitazione dell'ambito di applicazione e della portata dello standard HACCP (sistema dell'analisi dei pericoli e dei punti critici del controllo). L'HACCP è uno standard per la prevenzione dei rischi sanitari tanto nella filiera produttiva quanto in quella distributiva del settore alimentare. A norma del regolamento 852/2004, gli operatori del settore della produzione agraria primaria sono, in linea di principio, dispensati dall'applicazione dello standard HACCP[23]. Il regolamento 852/2004 considera questo standard idoneo a soddisfare le condizioni di regolamentazione e funzionamento del mercato interno europeo. Tale standard consiste in un sistema di autocontrollo igienico che ogni operatore del settore alimentare può applicare per l'individuazione e il controllo dei rischi sanitari, onde salvaguardare le proprie prerogative e quelle dei consumatori. Qualora scelga di osservare l'HACCP, l'operatore del suddetto settore è tenuto infatti a garantire l'applicazione di una prassi di igiene corretta. Il ricorso all'HACCP è regolato da una normativa introdotta con la direttiva 93/43/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, sull'igiene dei prodotti e poi rivista con il regolamento 852/2004. Per l'attuazione pratica di siffatto standard, esistono manuali, anche nazionali, di corretta prassi operativa e alcune linee guida della Commissione europea che si ispirano agli standard e alle procedure adottate dalla *CODEX Commission* e favoriscono un'attuazione semplificata ad opera delle piccole e medie imprese.

Gli standard e le linee guida internazionali rappresentano un parametro di riferimento nel quadro dell'Unione europea non solo per la rilevanza loro attribuita

---

mote measures for their control (…)", attraverso, in particolare, la promozione di un sistema comune di certificazione fitosanitaria gestito da ciascuna parte contraente e l'adozione di standard nel quadro della Commissione sulle misure fitosanitarie appositamente istituita dalla Convenzione. Il Segretariato dell'IPPC ha sede a Roma presso la FAO ed è competente a elaborare standard, favorire gli scambi di informazione e assistere gli Stati parti a sviluppare le capacità appropriate per l'attuazione della Convenzione. Il 19 luglio 2004 l'Unione europea ha aderito alla Convenzione. Si veda la decisione n. 2004/597/CE del Consiglio adottata in quella data.

[22] L'OIE è stata istituita nel 1924, al fine, tra l'altro, di coordinare studi relativi alle malattie degli animali, informare gli Stati membri su tali malattie e promuovere l'armonizzazione delle normative statali in materia di commercio degli animali e prodotti derivati (per informazioni ulteriori si veda il sito ufficiale).

[23] Rilevano, in particolare, i punti 11 e 14 del preambolo del regolamento 852/2004. L'art. 95 TCE in materia di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri (oggi, art. 114 TFUE) è la base giuridica di questo regolamento.

per le scelte sulla standardizzazione tecnica nel settore alimentare delle istituzioni europee, ma anche perché l'Unione è membro dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) nata nel 1994 al termine dell'*Uruguay Round* del GATT e pertanto parte contraente dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (noto come Accordo SPS in virtù della sua denominazione in lingua inglese, ossia *Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures*) teso alla promozione dell'armonizzazione degli standard tecnici usati per i prodotti alimentari e all'equivalenza sul piano internazionale delle condizioni di ricorso unilaterale a misure sanitarie e fitosanitarie di per sé ostacoli tecnici al commercio internazionale[24].

Con l'entrata in vigore dell'Accordo SPS nel 1995, la rilevanza della standardizzazione tecnica quale strumento di liberalizzazione degli scambi anche nel settore alimentare è divenuta più evidente. L'Accordo lascia aperto, tuttavia, il problema della scelta degli standard da utilizzare. Questa scelta presuppone la fissazione del livello di tutela della salute pubblica perseguito in funzione dell'approccio politico scelto – precauzionale o meno – per la gestione dei rischi, e può mutare dunque a seconda del momento storico in cui essa è effettuata da uno Stato e da un ente come l'Unione sul piano interno e internazionale nei rapporti con gli altri attori del commercio internazionale. La ricerca di soluzioni si complica per l'esigenza di bilanciare i mutamenti di cui sono oggetto commercio internazionale, cultura dei consumatori e tecnologia. La determinazione del livello di sicurezza di una certa categoria di prodotti agroalimentari può dipendere infatti sia da valutazioni strettamente scientifiche sia dall'apprezzamento di parametri non quantitativi di ordine economico, sociale, culturale ed etico.

La scelta degli standard comporta, in effetti, una certa interazione, che può diventare contrapposizione, tra i diversi attori della vita di relazione internazionale e del mercato interno europeo, soprattutto tra quelli maggiormente interessati all'abbattimento degli ostacoli alla liberalizzazione del commercio internazionale e a un'ampia valorizzazione delle novità tecniche e scientifiche, da un lato, e quelli più interessati alla tutela dei consumatori e della salute pubblica, dall'altro.

La ricerca di soluzioni al problema della scelta degli standard è resa difficile dal fatto che l'elaborazione di standard e linee guida è effettuata da numerosi organismi. Questi sono istituiti non solo da Stati e da alcune organizzazioni internazionali, ma anche da privati. Di conseguenza, gli standard e strumenti utilizzabili per la garanzia della qualità igienica e sanitaria dei prodotti agroalimentari sono diversificati

[24] L'Accordo SPS presuppone che le misure sanitarie e fitosanitarie conformi a standard internazionali come quelli *CODEX Commission*, OIE e IPPC rispettino le condizioni di ricorso unilaterale a misure sanitarie e fitosanitarie da esso previste (presunzione di conformità) e quindi non debba essere provata, *prima facie*, la loro adozione sulla base di una valutazione del rischio appropriata. Relativamente alla definizione dell'appropriatezza di una valutazione del rischio, l'Accordo SPS si limita a disporre che la valutazione debba avere carattere scientifico, benché tale Accordo ammetta in situazioni di incertezza scientifica il ricorso a un approccio precauzionale e in ogni caso l'adozione da parte di un membro dell'OMC di misure sanitarie e fitosanitarie volte alla garanzia di un livello di tutela della salute più elevato, e quindi più condizionante, di quello conseguibile mediante l'adozione di misure fondate sugli standard, sulle *guidelines* e sulle raccomandazioni internazionali rilevanti, se questa scelta ha una giustificazione scientifica o rappresenta il risultato di una particolare valutazione tecnica e scientifica del rischio posta in essere da tale membro, in conformità all'art. 5 dell'Accordo SPS.

in virtù dell'origine, pubblica o privata, e della natura, vincolante o meno[25]. Ciò può rappresentare un ostacolo ulteriore alla circolazione transnazionale dei suddetti prodotti, qualora il diritto dell'Unione europea e/o gli ordinamenti dei suoi Stati membri non riconoscano gli standard istituiti da altri Stati e/o enti di cooperazione internazionale in quanto diversi da quelli da essi adottati. La standardizzazione tecnica, quale presupposto del ricorso unilaterale a misure sanitarie e fitosanitarie, favorirebbe in effetti la liberalizzazione degli scambi se vi fosse l'armonizzazione degli standard. Malgrado FAO, OMS, OIE, IPPC, OMC e Unione europea tendano a coordinarsi a tal fine e i rispettivi standard abbiano assunto una risonanza maggiore dopo l'entrata in vigore dell'Accordo SPS, in virtù del collegamento tra gli standard della *CODEX Commission* o dell'OIE o dell'IPPC e l'attuazione di tale Accordo, quest'ultimo aveva generato aspettative di un'armonizzazione della standardizzazione tecnica internazionale che non appaiono essersi verificate ancora[26].

La circostanza che gli standard adottati per le produzioni e gli scambi dei prodotti agroalimentari siano, in linea di principio, non vincolanti sul piano tanto internazionale quanto europeo[27] rende il contesto più composito perché gli attori del commercio internazionale sono liberi di ricorrere a standard eventualmente di natura privata ovvero elaborare propri parametri di riferimento, come l'Unione europea cerca di fare per certe questioni caratterizzate da incertezza scientifica quali, per esempio, l'impiego di certi farmaci negli allevamenti animali o delle biotecnologie ovvero nanotecnologie nella produzione e distribuzione agroalimentare industriale.

L'Unione, scegliendo l'HACCP quale standard consigliabile in materia di igiene e sicurezza, propende per la responsabilizzazione degli operatori del settore agroalimentare su base volontaria, a seguito dell'applicazione di uno standard di natura privata. L'Unione ha innovato comunque i sistemi di carattere operativo impiegati per la rintracciabilità lungo le filiere alimentari.

L'Unione contribuisce, inoltre, benché indirettamente, all'affermazione della *CODEX Commission* quale organismo principale di standardizzazione tecnica sul

[25] Si vedano, in particolare, J. E. Hobbs, *Public and Private Standards for Food Safety and Quality: International Trade Implications*, in *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, 2010, n. 1, p. 136 ss.; e G. Dissegna, *Standard privati e internazionali: la* governance *transnazionale del mercato agroalimentare*, in C. Ricci (a cura di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Milano, 2012, p. 61 ss.

[26] Là dove la FAO e l'OMS si occupano della valutazione del rischio, la *CODEX Commission* e i suoi membri si occupano della gestione del rischio. Sulla base di valutazioni scientifiche connesse alla gestione di rischi microbiologici e chimici, la *CODEX Commission* è riuscita a elaborare standard su questioni per le quali la disponibilità di dati e conoscenze è assodata, come l'impiego di additivi, la fissazione del livello di residui di pesticidi nei prodotti agroalimentari di origine vegetale e medicinali veterinari nei prodotti alimentari di origine animale, le contaminazioni di sostanze tossiche, quali metalli pesanti, i metodi di analisi e campionamento e l'etichettatura. La *CODEX Commission* ha lavorato per decenni in modo pressoché anonimo.

[27] Come la maggioranza della dottrina, ritengo che gli standard della *CODEX Commission* siano privi di per sé di natura vincolante sul piano del diritto tanto internazionale ed europeo quanto interno dei suoi membri, a meno che un trattato internazionale vi faccia riferimento come standard vincolanti ai fini della propria attuazione. Nel quadro del meccanismo di soluzione delle controversie dell'OMC, il richiamo agli standard CODEX, OIE e IPPC – previsto all'Allegato A dell'Accordo SPS – tende a esser considerato esemplificativo anziché tassativo. Sul punto mi permetto di richiamare P. Acconci, *op. cit.*, pp. 243-245.

piano internazionale a causa del collegamento tra lo standard HACCP e la standardizzazione CODEX istituito, come già segnalato, dal regolamento 852/2004 relativamente all'igiene dei prodotti scambiati nel mercato interno. L'importanza della standardizzazione ad opera della *CODEX Commission* emergeva già peraltro dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Smanor* a proposito della determinazione della composizione giuridicamente rilevante per l'utilizzazione della denominazione "yogurt" nel mercato interno[28].

4. L'azione specifica per la qualità dei prodotti agroalimentari si è sviluppata nel quadro dell'Unione europea a partire dagli anni novanta allorché, come sottolineato in precedenza, il consolidamento sul piano europeo e mondiale dei processi di industrializzazione e delocalizzazione nel comparto agroalimentare ha reso evidente l'esigenza di un rinnovamento radicale delle norme sull'organizzazione comune dei mercati agricoli adottate già dal 1962 e dell'approccio seguito dalle istituzioni comunitarie per il buon funzionamento del mercato interno e, in particolare, per la liberalizzazione degli scambi delle merci, prodotti agroalimentari inclusi. Al fine di evidenziare il rinnovamento considerevole effettuato dalle istituzioni europee, giova ricordare che quest'approccio si fondava sull'armonizzazione normativa verticale e sul principio del mutuo riconoscimento. L'approccio sull'organizzazione comune dei mercati agricoli, sebbene s'ispirasse anch'esso alla logica tipica dell'economia di mercato, mirava a favorire la permanenza nel mercato degli operatori economici riconducibili agli Stati membri, quand'anche tale permanenza risultasse essere un'alterazione del regime di libera concorrenza promosso dal Trattato di Roma, in quanto frutto del sostegno tecnico e finanziario assicurato dalla politica agricola comune[29].

Dagli anni novanta, le istituzioni europee hanno cominciato a coniugare siffatto approccio con quello della tutela degli interessi non economici di consumatori,

[28] A proposito "[del]le caratteristiche che il consumatore si aspetta acquistando un prodotto con la denominazione 'yogurt'", la Corte ha stabilito "che sia dal Codex alimentarius della FAO e dell'Organizzazione mondiale della sanità sia dalle normative di diversi Stati membri, citate dalla Commissione, risulta che l'elemento caratteristico del prodotto venduto come 'yogurt' è costituito dalla presenza di batteri lattici vivi, in quantità abbondante" (sentenza *Smanor*, punto 22).

[29] L'elaborazione e applicazione della politica agricola comune, quale strumento di sostegno tanto della competitività quanto della remunerativività dell'attività degli operatori del settore agroalimentare riconducibili agli Stati membri, ha suscitato un dibattito interstatale tra gli stessi Stati membri e dottrinario, sin dai primi anni di operatività della Comunità economica europea. Prova ne è il fatto che il conflitto di interessi tra gli Stati membri che portò poi al c.d. "compromesso di Lussemburgo" fosse relativo a siffatta politica. I vari articoli dedicati ai diversi profili di questo dibattito pubblicati dalla rivista *Common Market Law Review* tra gli anni Settanta e gli anni Novanta sono un indizio significativo della portata di tale dibattito. Si vedano, in particolare, J. H. Weber, *The Financing of the Common Agricultural Policy*, in *Common Market Law Review*, 1967, p. 263 ss.; O. C. Brändel, *The Decisions of the European Court of Justice on the Agricultural Marketing System*, *ivi*, 1973, p. 240 ss.; G. Berardis, *The Common Organization of Agricultural Markets and National Price Regulations*, *ivi*, 1980, p. 539 ss.; L. N. Brown, *Agrimonetary Byzantinism and Prospective Overruling*, *ivi*, 1981, p. 509 ss.; G. Avery, *The Common Agricultural Policy: A Turning Point*, *ivi*, 1984, p. 481 ss.; M. Vasey, *The 1985 Farm Price Negotiations and the Reform of the Common Agricultural Policy*, *ivi*, 1985, p. 649 ss.; Id., *Decision-Making in the Agriculture Council and the "Luxembourg Compromise"*, *ivi*, 1988, p. 725 ss.; C. A. Trotman, *Agricultural Policy Management: A Lesson in Unaccountability*, *ivi*, 1995, p. 1385 ss.; e R. Barents, *Recent Developments in Community Case Law in the Field of Agriculture*, *ivi*, 1997, p. 811 ss.

minoranze, *stakeholders* e collettività dei cittadini in genere e della salvaguardia dell'ambiente, della salute e finanche dell'etica perché lo sviluppo sostenibile si è affermato quale obiettivo strumentale al buon funzionamento del sistema economico e sociale mondiale e quindi anche del mercato interno, mentre i metodi di produzione e distribuzione del comparto agroalimentare sono diventati più complessi con conseguente allungamento delle filiere e della distanza tra produttori e consumatori. Poiché il mercato dei prodotti agroalimentari si fonda sull'esistenza di rapporti di fiducia tra queste categorie di attori del comparto, le istituzioni europee hanno adottato normative orizzontali, ossia indistintamente applicabili, quali le normative sull'etichettatura, e quelle sulle denominazioni di origine, indicazioni geografiche e altri segni distintivi per mitigare eventuali asimmetrie informative, promuovere l'equilibrio dei mercati sulla base della soddisfazione della domanda dei consumatori e del controllo dell'offerta teso a evitare sovrapproduzioni non remunerative per gli stessi operatori del comparto.

Gli ordinamenti interni degli Stati membri presentavano invero anche in queste materie una diversità considerevole che era fonte di ostacoli tecnici.

Le istituzioni europee hanno cercato di colmare il divario informativo esistente tra consumatori e operatori economici del comparto agroalimentare tramite normative dirette a far circolare informazioni e soddisfare l'esigenza specifica dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali degli Stati membri in materia di etichettatura, adottando una normativa di tipo orizzontale applicabile a tutti i prodotti agroalimentari.

L'importanza dell'etichetta consiste nel fatto che essa è idonea a soddisfare due esigenze: quella della sicurezza e quella della garanzia del diritto del consumatore a essere informato. Quest'ultimo rappresenta un diritto sancito nel quadro del diritto dell'Unione europea all'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali e all'art. 169 TFUE (ex art. 153 TCE)[30]. La normativa comune sull'etichetta alimentare, garantendo l'osservanza del principio di non decettività della fiducia dei consumatori, in quanto presupposto della credibilità e attendibilità delle caratteristiche tecniche di un dato prodotto e delle modalità della sua commercializzazione, tende a essere considerata uno strumento di garanzia appropriato. La normativa prevista nel regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori (in sèguito: regolamento 1169/2011) ha semplificato, aggiornato e razionalizzato le normative comuni precedenti[31], disciplinando sia l'etichettatura alimentare per

[30] L'art. 169 TFUE, al par. 1, prevede che "[a]l fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi".

[31] Il regolamento 1169/2011 modifica i regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1924/2006 e n. 1925/2006 del 20 dicembre 2006. Il primo è relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, mentre il secondo concerne l'aggiunta di vitamine, minerali e talune altre sostanze agli alimenti. Il regolamento 1169/2011 abroga altresì la direttiva n. 87/250/CEE della Commissione del 15 aprile 1987 sull'indicazione del titolo alcolometrico volumico nell'etichettatura di bevande alcoliche destinate al consumatore finale; quella n. 90/496/CEE del Consiglio del 24 settembre 1990 sull'etichettatura nutrizionale; quella n. 1999/10/CE della Commissione dell'8 marzo 1999 sulla disciplina dell'etichettatura; quella n. 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000 su etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari; quella n. 2002/67/CE della

renderla "chiara, comprensibile e leggibile" sia il diritto l'informazione del consumatore. Tale normativa è volta alla qualità in termini di rintracciabilità e trasparenza delle informazioni su composizione, proprietà, valore nutrizionale, presentazione e denominazione dei prodotti agroalimentari scambiati nel mercato interno, tutela dei consumatori, salvaguardia del buon funzionamento del mercato interno in virtù di lealtà e legalità degli scambi. Essa evidenzia l'importanza della comunicazione di informazioni per la garanzia della qualità e della consapevolezza delle scelte effettuate dagli operatori del mercato.

Tuttavia, talune associazioni di categoria ritengono che il regolamento 1169/2011 dovrebbe essere modificato al fine dell'introduzione dell'indicazione dell'origine, quale requisito obbligatorio dell'etichetta, per tutti i prodotti agroalimentari e in relazione ai loro componenti, onde assicurare la lealtà delle condizioni di concorrenza nel mercato interno, la prevenzione di fenomeni di evocazione ingannevole come il c.d. "Italian sounding" e il godimento effettivo del diritto all'informazione del consumatore di alimenti. Relativamente all'indicazione dell'origine, il regolamento 1169/2011 si limita a contemplare due ipotesi nelle quali essa deve essere fornita, Alla luce del suo 29° 'considerando': "le indicazioni relative al paese d'origine o al luogo di provenienza di un alimento dovrebbero essere fornite ogni volta che la loro assenza possa indurre in errore i consumatori (…) e in tutti i casi (…) dovrebbe essere fornita in modo tale da non trarre in inganno il consumatore e sulla base di criteri chiaramente definiti in grado di garantire condizioni eque di concorrenza per l'industria e di far sì che i consumatori comprendano meglio le informazioni relative al paese d'origine e al luogo di provenienza degli alimenti".

Qualora tali condizioni si verifichino, l'art. 26 del medesimo regolamento prevede che "[l]'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza è obbligatoria". L'indicazione obbligatoria dell'origine, in via generale, appare un risultato complesso da raggiungere a causa non solo della portata limitata delle disposizioni rilevanti del regolamento 1169/2011, ma anche della mancanza nel diritto dell'Unione europea di una definizione di origine[32]. Ad avviso di una certa dottrina, il codice doganale comunitario, come rivisto dal regolamento (CE) n. 450/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008 (in sèguito: regolamento 450/2008[33]), potrebbe essere lo strumento normativo rilevante per la individuazione del "paese d'origine" di una merce. In effetti, questo codice prevede disposizioni

Commissione del 18 luglio 2002 sull'etichettatura dei generi alimentari contenenti chinino e caffeina; e quella n. 2008/5/CE della Commissione del 30 gennaio 2008 sulle indicazioni obbligatorie aggiuntive nell'etichettatura di alcuni prodotti alimentari rispetto a quelle previste nella direttiva 2000/13/CE; e il regolamento n. 608/2004/CEE della Commissione del 31 marzo 2004 sugli alimenti addizionati, in particolare, di fitosteroli e fitostanoli. L'art. 114 TFUE in materia di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri è la base giuridica del regolamento 1169/2011.

[32] Cfr. N. Lucifero, *La comunicazione simbolica nel mercato alimentare: marchi e segni del territorio*, in L. Costato, A. Germanò, E. Rook Basile (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, 3, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, specialmente pp. 339-344; F. Capelli, *Il regolamento (UE) N. 1169/2011 e le sue guide spirituali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, specialmente pp. 244-251.

[33] Il regolamento 450/2008 ha aggiornato il testo del c.d. codice doganale comunitario introdotto in precedenza dal regolamento n. 2913/92/CEE del Consiglio del 12 ottobre 1992.

adeguate al riguardo[34], giacché il regolamento 450/2008 ammette, all'art. 35, che la normativa sull'origine si applichi ad "altre misure comunitarie relative all'origine delle merci" e non più solo a questioni doganali, quali l'applicazione della tariffa doganale comune e il rilascio dei certificati d'origine, come prevedeva il codice doganale precedente[35]. Il rimando alla definizione di "paese di origine" prevista nel regolamento 450/2008 permetterebbe alle istituzioni europee di integrare la normativa sull'etichettatura alimentare introdotta dal regolamento 1169/2011 con riguardo anche al problema posto dalla commercializzazione nel mercato interno europeo di prodotti agroalimentari originari di Stati non membri con denominazioni che evocano prodotti rinomati nel suddetto mercato. La revisione in tal senso del regolamento 1169/2011 non risolverebbe però il problema delle evocazioni di siffatti prodotti che hanno luogo nei mercati nazionali degli Stati terzi in questione o di altri Stati. A questo fine, la conclusione di accordi internazionali tra l'Unione europea e i suddetti Stati, quali gli accordi in materia di commercio internazionale, sarebbe la soluzione normativa più opportuna nella misura in cui questi accordi contemplassero clausole sul riconoscimento e sulla tutela al di fuori del mercato interno dei segni distintivi comunemente utilizzati come le denominazioni di vendita giuridicamente protette nel quadro del diritto dell'Unione europea, quali DOP, IGP e STG.

Questo è un aspetto controverso nei negoziati tra l'Unione europea e gli Stati Uniti del TTIP poiché gli Stati Uniti si sono dimostrati contrari all'inclusione nel suddetto trattato di una clausola di salvaguardia delle normative europee in siffatta materia[36]. La contrapposizione tra l'Unione europea e gli Stati Uniti si evince altresì dai negoziati del *Doha Round* dell'OMC in relazione alla revisione degli articoli 22 e 23 dell'Accordo su *Trade-Related Intellectual Property Rights* (TRIPs).

[34] Cfr., per tutti, F. Albisinni, *La comunicazione al consumatore di alimenti, le disposizioni nazionali e l'origine dei prodotti*, in *Rivista di diritto agrario*, p. 66 ss.; A. Vettorel, *L'indicazione obbligatoria relativa al Paese d'origine o al luogo di provenienza degli alimenti: quale informazione?*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2013, reperibile *online*, specialmente pp. 27-28. L'art. 36 del codice doganale comunitario contemplato dal regolamento 450/2008 stabilisce, al par. 1, che "le merci interamente ottenute in un unico paese o territorio sono considerate originarie di tale paese o territorio". Alla luce del par. 2 del medesimo articolo, "le merci, alla cui produzione hanno contribuito duo o più paesi sono considerate originarie del paese o territorio in cui hanno subito l'ultima trasformazione sostanziale". Il problema della definizione di origine, al fine dell'attuazione della disciplina doganale comune si pone non nei rapporti tra gli Stati membri, ma solo nei rapporti tra questi e gli Stati terzi, in virtù dell'eliminazione delle barriere doganali alla base dell'istituzione del mercato interno.

[35] Mette conto segnalare che il regolamento di esecuzione (UE) n. 1337/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013, che fissa le modalità di applicazione del regolamento 1169/2011 per quanto riguarda l'indicazione del paese di origine o del luogo di provenienza delle carni fresche, refrigerate o congelate di animali della specie suina, ovina, caprina e di volatili, si riferisce al codice doganale comunitario. Il regolamento 1337/2013 precisa che, alla luce di tale normativa, "[p]er i prodotti di origine animale [il luogo di origine] è collegato al paese in cui il prodotto è stato interamente ottenuto, il che, applicato alla carne, significa il paese in cui l'animale è nato, è stato allevato e macellato" (punto 3 del preambolo).

[36] Rileva la proposta della Commissione agli Stati Uniti del 21 marzo 2016 relativa all'inclusione nel TTIP di un capitolo specifico sulla tutela delle indicazioni geografiche (reperibile *online* nel sito dell'Unione).

L'approfondimento di quest'aspetto esula tuttavia dall'oggetto della presente indagine[37].

5. Nel quadro del diritto dell'Unione europea, l'origine è valorizzata infatti mediante segni di qualità assimilabili a titoli di proprietà industriale e commerciale che tutelano il collegamento tra un prodotto e/o i suoi ingredienti e la sua provenienza. Com'è noto, le istituzioni europee hanno scelto, man mano che il processo di liberalizzazione degli scambi dei prodotti agroalimentari si è intensificato, di salvaguardare certi prodotti locali, tradizionali o meno, di qualità con l'adozione dei regolamenti su DOP, IGP e STG. Rileva il regolamento (CE) n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari, che ha modificato il regolamento (CEE) n. 2081/92 del Consiglio del 14 luglio 1992[38]. Questa normativa riconosce l'importanza sul piano giuridico comune di siffatti segni distintivi riconducibili a caratteristiche specifiche dei prodotti agroalimentari, quali origine geografica e tradizione, e all'istituzione di un "registro comune delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette". La registrazione di una DOP, IGP o STG sulla base della normativa comune produce effetti in tutti gli Stati membri e rende permanente la garanzia della tutela del segno distintivo in questione, mantenendone la specificità. Il riconoscimento di tali segni distintivi sul piano comune è successivo ai numerosi casi portati davanti alla Corte di giustizia a causa della diversità delle normative nazionali degli Stati membri sulle denominazioni di vendita dei prodotti agroalimentari. Siffatta diversità normativa facilitava fenomeni di decettività della fiducia dei consumatori e contrastava col regime di liberalizzazione istituito dal Trattato di Roma, rappresentando un ostacolo tecnico alla libera circolazione dei prodotti agroalimentari. La Corte ha cercato di mitigare tali effetti pregiudizievoli stabilendo, già nella sentenza nel noto caso relativo all'uso delle denominazioni "Sekt" e "Weinbrand", che, nel quadro dell'ordinamento nazionale di uno Stato membro, fosse ammissibile la tutela delle denominazioni "necessarie non solo per difendere i produttori interessati dalla concorrenza sleale, ma altresì per impedire che i consumatori [fossero] tratti in inganno da indicazioni fallaci. La loro ragion d'essere consiste[va] precisamente nel designare un prodotto che [possedeva] in effetti qualità e caratteristiche intimamente connesse alla zona di provenienza"[39].

---

[37] Per informazioni aggiornate sui negoziati in corso del *Doha Round* si veda il sito dell'OMC. Per il dibattito tra l'Unione europea e gli Stati Uniti sulle indicazioni geografiche e altri segni distintivi, mi limito a segnalare: G. E. Evans, M. Blakeney, *The Protection of Geographical Indications after Doha: Quo Vadis?*, in *Journal of International Economic Law*, 2006, p. 1 ss.; G. Contaldi, *Il conflitto tra Stati Uniti e Unione sulla protezione delle indicazioni geografiche*, in B. Ubertazzi, E. Muñiz Espada (a cura di), *Le indicazioni di qualità degli alimenti*, Milano, 2009, p. 27 ss; e A. Lupone, *Il dibattito sulle indicazioni geografiche nel sistema multilaterale degli scambi: dal Doha round dell'Organizzazione Mondiale del Commercio alla protezione Trips plus*, *ivi*, p. 36 ss.

[38] Sui lavori preparatori dei regolamenti in materia di DOP, IGP e STG, si veda per tutti O. Brouwer, *Community Protection of Geographical and Specific Character as a Means of Enhancing Foodstuff Quality*, in *Common Market Law Review*, 1991, p. 615 ss.

[39] Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1975, causa 12/74, *Commissione* c. *Germania*. Il caso verteva sull'uso delle denominazioni "Sekt" e "Weinbrand" rispettivamente esclusivamente per spumanti e distillati di vino prodotti in Germania indipendentemente dalle loro caratteristiche quali-

Nella sentenza emanata nel 1975, la Corte ha chiarito che gli Stati membri possono tutelare, nel quadro dei rispettivi ordinamenti, le denominazioni fondate su un collegamento tra caratteristiche qualitative di un dato prodotto agroalimentare e sua specificità derivante dalla sua origine geografica, giacché il Trattato di Roma include la tutela dei diritti di proprietà industriale e commerciale tra i motivi di deroga unilaterale invocabili da uno Stato membro per l'adozione di una misura commerciale restrittiva altrimenti incompatibile col regime di liberalizzazione della circolazione delle merci previsto nel medesimo Trattato[40].

Come precisato anche in sentenze successive, quali quelle sull'uso della denominazione "aceto" e "birra", secondo la Corte, le normative nazionali degli Stati membri incompatibili col diritto comunitario sono, in linea di principio, quelle che riservano l'uso di determinate denominazioni generiche a certe varietà nazionali sulla base della loro composizione. Ad avviso della Corte, il Trattato di Roma *tout court* garantisce nondimeno la tutela delle indicazioni geografiche semplici, dette di provenienza, giacché l'ambiente geografico di riferimento può essere inteso in senso lato, ossia anche con riferimento a tradizioni e reputazione. Questa posizione della Corte di giustizia è rilevante perché contrapposta inizialmente a quella della Commissione, secondo cui la tutela di una denominazione era ammissibile solo in virtù di un collegamento diretto tra caratteristiche qualitative del prodotto considerato e sua origine geografica intesa in termini di territorio. La Commissione fondava questa posizione, tra l'altro, sulla giurisprudenza della Corte di giustizia sorta dal caso relativo all'uso delle denominazioni "Sekt" e "Weinbrand"[41]. Nella sentenza nel caso *Exportur* del 1992 la Corte ha ritenuto la suddetta posizione restrittiva, stabilendo che, anche in mancanza di un collegamento diretto tra caratteristiche qualitative e territorio, "le indicazioni di provenienza (…) possono (…) godere di una grande reputazione presso i consumatori e costituire per i produttori, stabiliti nei luoghi che esse designano, un mezzo essenziale per costituirsi una clientela. Esse devono quindi essere tutelate"[42].

Tale giurisprudenza della Corte di giustizia ha influenzato la posizione del Consiglio e della Commissione. La valorizzazione delle caratteristiche qualitative di un dato prodotto agroalimentare derivanti dall'ambiente geografico inteso in senso lato, attraverso la tutela di DOP, IGP e STG, al fine della redditività degli operatori del comparto, lo sviluppo rurale e la fiducia dei consumatori, è infatti alla base dell'adozione del regolamento 2081/92 e di quello successivo, il 510/2006. L'importanza di questi obiettivi emergeva, del resto, già dall'orientamento espresso

tative. Rilevano altresì, tra le altre, la sentenza del 9 dicembre 1981, causa 193/80, *Commissione* c. *Italia* sull'uso della denominazione "aceto" esclusivamente per quello derivante dal vino; quella del 26 novembre 1985, causa 182/84, *Miro BV*, sull'impiego della denominazione "gin" solo per le bevande importate aventi un certo grado alcolico fissato dalla normativa nazionale; e quella del 12 marzo 1987, causa 178/84, *Commissione* c. *Germania*, relativamente all'uso della denominazione "birra" solo per le bevande fermentate secondo il metodo stabilito nella legislazione nazionale tedesca.

40 Rileva, in particolare, il punto 15 della sentenza citata *supra*, nota 39.

41 Sentenza del 10 novembre 1992, causa C-3/91, *Exportur SA et al.*, punto 27.

42 *Ivi*, punto 28.

dalla Corte di giustizia in relazione alla rilevanza dei metodi di produzione per la caratterizzazione qualitativa dei prodotti agroalimentari[43].

Alla luce della giurisprudenza tendenzialmente costante della Corte di giustizia, la tutela del collegamento tra caratteristiche qualitative di un dato prodotto agroalimentare e ambiente geografico di produzione in senso lato è divenuta quindi una specificità del diritto dell'Unione europea. La normativa fondata sui regolamenti 2081/92 e 510/2006 lascia aperti tuttavia alcuni problemi, tra cui quello della definizione normativa di origine, al fine della caratterizzazione qualitativa di un prodotto agroalimentare, e quello più generale della ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri in relazione all'interpretazione e applicazione della medesima normativa con riguardo particolare, per esempio, al controllo dei requisiti da essa previsti per la registrazione di un segno distintivo nella fase successiva alla registrazione.

La rilevanza di questi problemi si ricava dal dibattito suscitato in dottrina dalla giurisprudenza della Corte relativa al riconoscimento delle denominazioni di vendita dei prodotti agroalimentari e dal regolamento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari.

Per quanto concerne il primo profilo, ad avviso di una certa dottrina, la Corte si sarebbe espressa a favore di una competenza, in linea di principio, esclusiva dell'Unione in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e indicazioni geografiche, decidendo che, in virtù della normativa europea in vigore, spetti in definitiva alla Commissione stabilire quando una denominazione attribuita sulla base del diritto nazionale di uno Stato abbia efficacia transnazionale e possa essere fatta valere, in quanto meritevole di tutela sul piano europeo, pur rappresentando un ostacolo alla libera circolazione garantita dal diritto dell'Unione europea[44]. La

[43] Merita menzionare la nota sentenza resa dalla Corte di giustizia nel c.d. caso dei formaggi olandesi: sentenza del 7 febbraio 1984, causa 237/82, *Jongeneel Kaas BV et al.* c. *Paesi Bassi e Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*. Il problema specifico era se la normativa olandese sui metodi di produzione dei formaggi fosse compatibile con quelle comunitarie sulla libera circolazione delle merci e sull'organizzazione comune del mercato dei prodotti lattiero-caseari prevista in un regolamento adottato nel quadro della politica agricola comune. Secondo la Corte, normative quali quella olandese, purché non discriminatorie, erano il risultato di politiche statali volte alla qualità e a rendere più attraente la produzione nazionale senza l'intento specifico di minare il regime normativo comunitario sulla libera circolazione delle merci e sull'organizzazione comune del mercato dei prodotti lattiero-caseari (specialmente, punto 20 della sentenza). La Corte ha chiarito che la competenza normativa degli Stati membri sulla qualità dei prodotti agroalimentari è inalterata allorché manchino normative comuni in materia (in particolare, punti 13-16 della sentenza). Successivamente, la Corte si è espressa a favore della salvaguardia delle scelte normative degli Stati membri tese alla valorizzazione delle caratteristiche qualitative dei prodotti agroalimentari derivanti dai metodi di produzione impiegati in numerose altre sentenze, quali quella già menzionata del 1988 nel caso *Smanor* sull'uso della denominazione "yogurt". Questo caso verteva sull'ammissibilità dell'impiego di tale denominazione solo per prodotti lattiero-caseari composti con una quantità rilevante di fermenti lattici vivi. Un altro caso notoriamente rilevante nel quadro di questa giurisprudenza della Corte di giustizia è quello parimenti già menzionato sull'ammissibilità dell'impiego della denominazione "feta" per prodotti a base di latte vaccino, là dove la feta è originariamente prodotta con latte di capra in maniera esclusiva o al più combinato con latte di pecora.

[44] Si veda F. Capelli, *La Corte europea in via interpretativa attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di 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*,

circostanza che la Corte sia propensa a privilegiare l'azione di tutela delle istituzioni europee, in luogo di quella degli Stati membri, appare plausibile. Essa potrebbe essere peraltro funzionale a promuovere, nella misura del possibile, la registrazione a livello comune dei segni di qualità fondati, direttamente o indirettamente, sulla provenienza geografica. Rileverebbero in proposito le sentenze della Corte in casi come quelli *Grana Padano*, *Prosciutto di Parma*[45] *e Parmesan*[46] che dimostrano la forza del livello di tutela europeo[47].

Per quanto attiene al secondo profilo, c'è chi in dottrina sottolinea che il regolamento 1151/2012, seppur dedicato specificamente alla qualità, non introduce novità rilevanti nel regime normativo preesistente relativamente alle definizioni giuridicamente rilevanti di origine e qualità, limitandosi a ribadire la caratterizzazione della qualità di un prodotto agroalimentare in termini di DOP, IGP e altri segni distintivi. Tale regolamento mira comunque a chiarire la ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri relativamente alla gestione della procedura di registrazione di siffatti segni distintivi prevista nel regolamento 510/2006. Questa scarsa innovazione del quadro normativo precedente è stata posta in risalto da quella dottrina che attendeva dalle istituzioni europee un approfondimento chiarificatore sul regime normativo comune in materia di qualità dei prodotti agroalimentari, tra cui una definizione di tale concetto[48]. Mette conto osservare che il regolamento – presentato in effetti, al momento della sua pubblicazione, come un'innovazione significativa della politica dell'Unione sulla qualità dei prodotti agroalimentari – va letto insieme a quello sulla riforma della politica agricola comune pubblicato l'anno successivo. Si tratta del regolamento (UE) n. 1306/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17

2010, specialmente p. 426 ss. La sentenza della Corte di giustizia controversa è quella del 29 luglio 2010, causa C-214/09, *Anheuser-Busch Inc.* c. *Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*. La sentenza successiva della medesima Corte nel caso relativo al c.d. salame felino manca anch'essa di offrire una soluzione ragionata al problema della ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri circa il riconoscimento dell'efficacia transnazionale sul piano europeo dei segni distintivi di qualità non conferiti sulla base della disciplina comunitaria. Nel caso di specie il segno era un'indicazione geografica non riconducibile direttamente a una provenienza geografica determinata. Si tratta della sentenza dell'8 maggio 2014, causa C-35/13, *Assica – Associazione Industriali delle Carni e dei Salumi, Kraft Foods Italia SpA* c. *Associazione fra produttori per la tutela del "Salame Felino"*. Sul punto si vedano, in particolare, M. Gragnani, N. Coppola, *La sentenza della Corte di giustizia sul Salame Felino risolve il caso di specie ma non l'equivoco sulla funzione svolta dalle indicazioni geografiche*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, p. 373 ss.

45 Sentenza del 20 maggio 2003, cause riunite C-469/00 e C-108/01, *Ravil SARL/Bellon Import SARL, Biraghi SpA e Consorzio del Prosciutto di Parma, Salumificio S. Rita SpA/Asda Stores Ltd, Hygrade Foods Ltd*.

46 Sentenza del 26 febbraio 2008, causa C-132/05, *Commissione* c. *Germania*.

47 Cfr. P. Borghi, *I requisiti della tutela*, in B. Ubertazzi, E. Muñiz (a cura di), *op. cit.*, p. 178 ss.

48 Si vedano, tra gli altri, G. Strambi, *La proposta di regolamento sugli schemi di qualità dei prodotti agricoli*, in M. Goldoni, E. Sirsi (a cura di), *Il ruolo del diritto nella valorizzazione e nella promozione dei prodotti agro-alimentari*, Atti del convegno, Pisa, 1-2 luglio 2011, Milano, 2011, p. 177 ss.; F. Gencarelli, *Ultimi sviluppi della politica Ue di qualità alimentare: pacchetto qualità e origine dei prodotti*, in C. Ricci (a cura di), *op. cit.*, p. 321 ss.; F. Capelli, *Il Regolamento (UE) N. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agro-alimentari: luci ed ombre*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2013, p. 515 ss.; M. C. Cattaneo, *op. cit*., specialmente p. 347; e V. Rubino, *La protezione delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari nell'Unione europea dopo il Regolamento 1151/2012 UE*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2013, reperibile *online*, specialmente pp. 16-19.

dicembre 2013, sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune.

Questo regolamento innova il quadro normativo precedentemente applicabile, introducendo la qualità dello sviluppo rurale – il c.d. secondo pilastro della PAC – tra gli obiettivi di questa politica comune. La sostenibilità quale caratteristica ormai imprescindibile dello sviluppo economico è posta così alla base delle attività di produzione e trasformazione agricola per orientare e valorizzare il contributo positivo alla conservazione e produzione di beni pubblici collettivi, quali il clima e l'ambiente *tout court*, che gli operatori del comparto possono dare[49].

Siffatta concezione della qualità appare diretta a operare una selezione degli operatori del comparto agroalimentare e raffigurare pertanto uno strumento di competitività. Questa circostanza emerge chiara dalla normativa europea specifica sulla filiera vitivinicola che rappresenta notoriamente l'eccellenza delle produzioni agroalimentari europee. Tale normativa si è sviluppata nell'obiettivo di regolare e prevenire fenomeni di sovrapproduzione e quindi di eccesso di offerta attraverso strumenti di contenimento, come la distillazione obbligatoria, nonché sostenere gli operatori selezionati e quindi rimasti nel mercato con azioni specifiche di carattere tecnico e finanziario.

Il fatto che gli strumenti giuridici volti alla qualità, come DOP e IGP, sottintendano l'intento di rendere competitivi gli operatori del comparto agroalimentare mediante una loro selezione si ricava, del resto, altresì dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'applicazione e interpretazione dei regolamenti relativi a DOP, IGP e altri segni distintivi, là dove, già nella sentenza *Exportur* precedentemente richiamata, la Corte ha chiarito la portata del collegamento tra tali segni e un dato territorio quale fonte di qualità, distinguendo, in particolare, le IGP dalle indicazioni geografiche semplici e ammettendo che, a differenza delle DOP, per le IGP il collegamento possa essere più blando e finanche fondato su valutazioni di carattere reputazionale.

6. Produzione, distribuzione e consumo nel settore agroalimentare risultano operazioni complesse e presuppongono la soddisfazione di esigenze che possono essere antitetiche, quali la qualità dei prodotti agroalimentari scambiati nei mercati e dei metodi di produzione e distribuzione impiegati in termini di efficienza – aziendale, finanziaria e tecnica –, sostenibilità, sicurezza, nonché rispetto della dignità umana e dell'etica.

A causa della situazione di crisi grave e perdurante del sistema economico e sociale mondiale e di certi rischi alimentari suscettibili di rappresentare rischi per l'ambiente, la salute e quindi la vita delle persone, tali esigenze si manifestano oggi in maniera tendenzialmente indistinta agli operatori del comparto, ai consumatori e, in linea di principio, ai cittadini di qualunque Stato.

[49] Rileva anche l'azione dell'Unione europea volta a introdurre un'accezione comune di metodo biologico nella produzione, preparazione e distribuzione agroalimentare. Si veda, in particolare, il regolamento n. 834/2007/CE del Consiglio, del 28 giugno 2007, relativo alla produzione biologica e all'etichettatura nei prodotti biologici e che abroga il regolamento n. 2092/91/CEE. La base giuridica di questo regolamento è l'ex art. 37 TCE, oggi art. 43 TFUE, in materia di organizzazione comune dei mercati agricoli.

Le risposte del diritto dell'Unione europea mirano, da un lato, alla salvaguardia di interessi collettivi, quali il buon funzionamento del mercato interno, mediante l'instaurazione di condizioni di produzione e scambio leali nel comparto agroalimentare e la tutela della salute e dell'ambiente, e, dall'altro, privati, come la salvaguardia della proprietà industriale e commerciale[50].

Queste risposte si caratterizzano per l'istituzione di forme e meccanismi tanto di coordinamento quanto di condizionamento delle attività dei diversi attori del comparto i quali sono portatori di interessi e obiettivi eterogenei.

Dal modo di essere del diritto dell'Unione europea si ricavano risposte tese al coordinamento mediante la promozione di comportamenti volontari degli operatori del settore agroalimentare improntati alla qualità in termini di osservanza di standard tecnici, quali l'HACCP, trasparenza e adesione, attraverso associazioni di categoria e gruppi professionali, alle soluzioni congegnate per la valorizzazione sul piano comune europeo dell'origine geografica di certi ingredienti o di un prodotto nel suo complesso e/o per la salvaguardia della tradizione rinomata dei metodi produttivi impiegati, quali la tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche. Sotto questi profili, il diritto dell'Unione europea propende per un'accezione di qualità estensiva, ossia non riconducibile esclusivamente a quella igienica e sanitaria. Dal ricorso a un'accezione estensiva della qualità dei prodotti agroalimentari deriva il fatto che norme comuni specifiche sulla sostenibilità dei prodotti agroalimentari scambiati nel mercato interno si sono aggiunte nel tempo alle norme sulla sicurezza igienica e sanitaria. Tali norme hanno tratto fondamento da quelle previste già nel Trattato di Roma sull'organizzazione comune dei mercati agricoli degli Stati membri e sulla tutela della proprietà industriale e commerciale.

Le risposte dirette al condizionamento sono quelle desumibili dalle norme su igiene, sicurezza sanitaria e indicazioni obbligatorie nelle etichette alimentari. Tali risposte sottintendono dunque il riferimento all'accezione di qualità più restrittiva.

Le soluzioni del diritto dell'Unione europea al problema dell'individuazione di un'accezione giuridica specifica di qualità dei prodotti agroalimentari mostrano così la predilezione per un concetto di qualità "totale" intesa tanto come qualità oggettiva quanto come qualità percepita.

Questa concettualizzazione della qualità mira alla garanzia di due ordini di interessi strumentali al buon funzionamento del mercato interno: la tutela della fiducia dei consumatori e la salvaguardia della competitività degli operatori agroalimentari europei. Sotto quest'ultimo profilo, risultano prioritari gli interessi di carattere squisitamente economico e commerciale. Gli operatori riconducibili agli Stati membri appaiono particolarmente tutelati dalla politica sulla qualità dei prodotti agroalimentari dell'Unione europea giacché l'attuazione sul piano tecnico e finanziario delle misure di sostegno e promozione previste dalla normativa dell'Unione sulla politica agricola comune spetta a tali Stati. Gli Stati membri hanno altresì un ruolo essenziale nell'attuazione pratica della normativa prevista nel regolamento 1151/2012

[50] Pare utile segnalare che le basi giuridiche del regolamento 1151/2012 sono l'art. 43, par. 2, in materia di organizzazione comune dei mercati agricoli e l'art. 118, par. 1, in tema di tutela della proprietà industriale e commerciale del TFUE. L'art. 43 TFUE (già art. 37 TCE) era l'unica base giuridica dei regolamenti 2081/1992 e 510/2006.

sulla qualità dei prodotti agroalimentari. Tale circostanza denota che, malgrado una certa erosione delle competenze dei suddetti Stati in materia di etichettatura, riconoscimento e tutela delle denominazioni e delle indicazioni geografiche protette, la qualità dei prodotti agroalimentari è tuttora l'oggetto di una competenza effettivamente concorrente che l'Unione tende a esercitare nel rispetto del principio di sussidiarietà come definito nei Trattati.

Sulla base di questa definizione, l'azione dell'Unione è giustificata se risulta essere il livello migliore di esercizio di una competenza concorrente. Relativamente alla rilevanza attribuita alla qualità percepita, come emerge dalla normativa europea sui segni distintivi e dall'erosione delle competenze statali degli Stati membri, l'azione dell'Unione risulta migliore quando la tutela di tali segni sia funzionale al buon funzionamento del mercato interno in quanto interesse di carattere pubblicistico dell'Unione *tout court*. La sostenibilità, intesa come preservazione del clima, sviluppo rurale, salvaguardia della reputazione degli operatori del comparto e della fiducia dei consumatori, appare essere al centro dell'azione dell'Unione. La garanzia di un interesse siffatto può favorire finanche la redditività e quindi la competitività degli operatori economici del comparto. Quando la tutela dei segni distintivi di ordine qualitativo dei prodotti agroalimentari rileva per la garanzia di interessi privati meramente individuali, il livello di azione degli Stati membri appare tuttavia quello più appropriato per l'esercizio della competenza in questione alla luce del collegamento che può esistere in pratica tra interessi tali e quelli nazionali dei suddetti Stati.

Abstract

Reflections on the Relevant Concept of Quality of Agro-food Products within the European Union Law

The European Union and its Member States share the competence for the quality of agro-food products. This article deals with the competence of the European Union, in light of several acts that have been adopted by the EU institutions and of various judgments that have been enacted by the EU Court of Justice since the 1970s. The article aims to identify if a relevant concept of quality can be detected and, if so, what the basic elements of such a concept are. The article looks at the interests at the root of the EU law and policy on the quality of agro-food products. The relevance of the subsidiarity principle is also considered in this article.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 289-299

Giovanni Luchena*

Coesione economica, sociale e territoriale: le zone franche urbane tra diritto europeo e ordinamento nazionale

Sommario: 1. Le zone franche urbane tra diritto comunitario ed ordinamento nazionale. Natura dell'intervento agevolativo e programmi comunitari "concorrenti". – 2. Evoluzione della normativa nazionale. – 3. Nuove *zone franche* e ulteriori finanziamenti nella legge di stabilità per il 2016. – 4. L'ammissibilità comunitaria degli interventi. – 5. Linee d'indirizzo convergenti.

1. Le incentivazioni delle attività economiche costituiscono, da sempre, uno dei modi attraverso i quali lo Stato si propone di sostenere, per finalità di interesse pubblico, determinati settori dell'economia o talune categorie di imprese. Tali azioni di governo dell'economia possono essere indirizzate per agevolare lo sviluppo di imprese ubicate in aree geografiche in condizioni di disagio, anche a seguito di eventi calamitosi o straordinari, al fine di promuovere l'inclusione sociale ed adempiere così ai *compiti* di riequilibrio economico e sociale richiesti dalla Costituzione (art. 3 Cost.), o di rimediare a situazioni di particolare gravità che possono richiedere interventi di carattere eccezionale (art. 119 Cost.).

È il caso delle agevolazioni, di norma di natura fiscale, previste per talune imprese che operano nelle zone franche urbane, aree geografiche che presentano criticità al piano sociale ed economico. Gli *interventi* in parola, dunque, paiono configurarsi come funzionali alla riduzione del dualismo economico fra realtà territoriali, diversità particolarmente accresciute, negli ultmi anni, in termini di perdita di coesione e di aumento delle disuguaglianze[1].

In talune città, infatti, sono presenti situazioni di crisi o di squilibri che giustificano interventi pubblici per attenuare le sperequazioni socio-economiche e territoriali, trattandosi di divari che non possono essere colmati con il gioco delle forze del mercato.

* Associato di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

1 G. Cafiero, *Istituzioni, economia e territori: dalla frammentazione amministrativa all'integrazione funzionale*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2014, p. 711.

In questa prospettiva, occorre sottolineare come nello Stato democratico-sociale la funzione promozionale del fisco rappresenti una delle leve per incoraggiare, sostenere ed agevolare determinate attività economiche o imprese che attraversano momenti di difficoltà, in attuazione dei principi della finanza pubblica funzionale, secondo la quale il legislatore può e deve servirsi del tributo non soltanto per procurarsi le entrate ma anche per realizzare obiettivi extra-fiscali[2], fra i quali, per l'appunto, lo sviluppo economico, la solidarietà economico-sociale e l'eguaglianza.

Non può essere trascurato, tuttavia, come le manovre di *tax expenditures* si collochino su un versante "sensibile" del diritto comunitario della concorrenza, il quale, come è noto, pone severi limiti all'intervento dello Stato nell'economia.

Nel caso di specie, gli interventi agevolativi di natura fiscale previsti per le imprese situate nelle zone franche urbane possono considerarsi compatibili con il divieto di concessione degli aiuti di Stato[3], benché si tratti di misure materialmente o sostanzialmente selettive, riservate a determinate imprese aventi una certa dimensione e collocate in individuate aree del Paese[4]. Tale divieto, infatti, non deve considerarsi avulso dalle *altre* "politiche comunitarie" dato che esso deve bilanciarsi con lo sviluppo economico armonioso, sostenibile ed equilibrato e con il principio della coesione economica e sociale[5], con il quale l'Unione europea si prefigge di perseguire obiettivi di riequilibrio sociale, anche fra livelli territoriali. Un principio che ha acquisito, per dir così, dignità di norma di diritto originario con l'approvazione del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, il quale all'art. 3, par. 3, affida all'Unione il compito di promuovere la "coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri" con l'obiettivo/programma, sancito dal successivo art. 174 TFUE, di "ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite", da attuare principalmente per il tramite dei fondi strutturali come il Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia, il Fondo sociale europeo e il Fondo europeo di sviluppo regionale.

Va sottolineato, a tale proposito, che le azioni positive dello Stato in favore delle imprese possono assumere diverse configurazioni, vale a dire "forme" di aiuto, a mente dell'art. 107 TFUE[6]: dalle "classiche" sovvenzioni al credito agevolato, dall'approntamento di infrastruttrure per insediamenti produttivi ai benefici fiscali e così via. Questi ultimi, in particolare, non sono puramente e semplicemente erogazioni monetarie ma un vantaggio o un trattamento preferenziale attribuito all'operatore economco al quale viene sottratto l'onere, totale o parziale, di adempiere

---

[2] M. Aulenta, Tax expenditures *nelle imposte erariali*, in A. F. Uricchio, M. Aulenta, G. Selicato (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco*, Bari, 2015, p. 39.

[3] Sulla disciplina in tema di aiuti di Stato, v., per tutti, E. Triggiani, *Aiuti di Stato (Dir. Un. Eur.)*, in *Enciclopedia del diritto* – Annali, VI, 2013, p. 19 ss.

[4] M. Aulenta, *Gli aiuti di Stato*, in A. F. Uricchio, M. Aulenta, G. Selicato (a cura di), *op. cit*., p. 97.

[5] A. Claroni, *Le politiche di coesione*, in S. Cassese (dir.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2003, p. 3793 ss.; A. Di Stefano, *L'amministrazione della coesione economica e sociale e territoriale tra* legitimacy *e* legal accountability: *il ruolo del partenariato territoriale*, in *Rivista giuridica del Mezz*ogiorno, 2014, p. 417 ss.

[6] È noto che le "forme" di aiuto delle imprese sono talmente ampie e di varia natura che risulta alquanto arduo addivenire ad una classificazione soddisfacente: U. Pototschnig, *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Il diritto dell'economia*, 1990, p. 47.

alle prestazioni patrimoniali imposte dalla legge. In tal modo, viene alleviato il suo carico fiscale, a condizione che le anzidette agevolazioni non alterino la concorrenza, trattandosi pur sempre di misure che "costituiscono deviazioni dalla ordinaria configurazione del tributo"[7]. È noto, del resto, che il sistema normativo previsto dagli articoli 107-109 TFUE non preclude totalmente la concessione degli aiuti in forza delle deroghe ivi previste. Infatti, il rapporto intercorrente tra il principio dell'incompatibilità di cui all'art. 107, par. 1, del TFUE e l'ammissibilità sottoposta alle condizioni di cui al par. 3 della medesima disposizione, non si configurerebbe in termini di regola ed eccezione, ma di armoniosa funzionalità. Da un lato, vi è l'esigenza che le regole del mercato non siano falsate, dall'altro, non si impedisce di "tutelare" l'interesse statale a rimuovere, o almeno a ridimensionare, i divari esistenti fra differenti territori. Si tratta, dunque, di disposizioni fra loro interdipendenti o comunque da interpretare in via sistematica: il controllo e l'eventuale declaratoria di incompatibilità dell'aiuto hanno come principale obiettivo la verifica degli effetti che potrebbero prodursi nel mercato interno, onde evitare che la concorrenza e gli scambi infracomunitari siano falsati in misura tale da superare i vantaggi che le misure di incentivazione possono tangibilmente generare.

Occorre poi evidenziare come sia la stessa Unione europea a svolgere compiti significativi di intervento in favore dei *territori periferici* (sia urbani sia rurali) finanziando direttamente iniziative e progetti in determinate aree geo-economiche che "contribuiscano alla realizzazione di propri programmi o politiche"[8] [ad esempio, l'obiettivo della coesione economica e sociale per il tramite dei fondi strutturali[9] e gli interventi quali i "Progetti pilota urbani", gli "*Urban*" (fase programmatoria 1994-1999) e gli "*Urban II*" (fase programmatoria 2000/2006)][10]. Una particolare attenzione è stata rivolta, ad esempio, alle aree sfavorite delle città a partire dal "Libro verde per l'ambiente urbano", elaborato al fine di promuovere un approccio integrato ai progetti urbani e di contribuire alla crescita e all'occupazione nelle città, un impegno poi confermato dai successivi programmi come il *Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas* e il *Joint European Resources for Micro to Medium Enterprises*, entrambi strumenti della politica regionale europea: il primo è stato realizzato, su impulso della Commissione eurpopea, con la Banca europea per gli investimenti e la Banca di sviluppo del Consiglio d'Europa; il secondo, consiste in un progetto di sviluppo delle micro, piccole e medie imprese, effettuato congiuntamente dalla Commissione e dalla Banca europea degli investimenti e da altre istituzioni finanziarie.

2. I primi interventi organici previsti dal legislatore statale in "materia" di zone franche urbane sono stati indirizzati verso le aree e i quartieri disagiati del

[7] Così M. Aulenta, Tax expenditures *nelle imposte erariali*, cit., p. 36.

[8] Così E. Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 175.

[9] Regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, del' 11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999.

[10] R. Gallia, *Le "zone franche urbane" e la politica di coesione nelle aree urbane*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2008, p. 877 ss.

Mezzogiorno (in particolare, il centro storico della città di Napoli[11]), con una dotazione finanziaria pari a 50 milioni di euro (fondo istituito nello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico per gli anni 2008 e 2009)[12]. Il procedimento di concessione di tali misure prevede che il C.I.P.E., su proposta del Ministero dello sviluppo economico e sentite le Regioni interessate, definisca i criteri per l'allocazione delle risorse e determini l'identificazione, la perimetrazione e la selezione delle zone franche urbane in base a parametri socio-economici[13].

La legge finanziaria per il 2008 (legge n. 244 del 2007[14]) ha successivamente e meritoriamente "ampliato" le finalità dell'intervento nelle aree urbane svantaggiate, prevedendo anche azioni positive in termini di integrazione sociale e culturale delle popolazioni o dei quartieri delle città, aventi un numero di abitanti non superiore a 30 mila, caratterizzate da degrado urbano e sociale. La manovra finanziaria per il 2008 stabilisce, inoltre, le diverse tipologie di agevolazioni in favore delle imprese di nuova costituzione come, ad esempio, l'esenzione dalle imposte sui redditi scaglionata nel tempo[15], l'esenzione dall'I.R.A.P. valevole per i primi cinque periodi di imposta[16], l'esenzione dal pagamento dell'I.C.I. per un periodo ricompreso tra il 2008 e il 2012 per gli immobili siti nelle zone franche urbane posseduti e utilizzati dalle imprese per l'esercizio delle nuove attività economiche e, infine, l'esonero dal versamento dei contributi sulle retribizuoni da lavoro dipendente per i primi cinque anni di attività[17]. In base alla normativa da ultima richiamata, le imprese che hanno avviato la loro attività prima del 1° gennaio 2008 possono usufruire delle agevolazioni fiscali nel rispetto di quanto stabilito dallo specifico regolamento comunitario sugli aiuti *de minimis*[18].

Proseguendo nell'esame delle disposizioni inerenti le zone franche urbane, merita di essere fatto cenno alla norma di cui all'art. 10, co. 1-*bis* del decreto legge

---

[11] Art. 1, co. 340 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007). In realtà già l'art. 14 della legge 7 agosto 1997, n. 266, Interventi urgenti per l'economia, ha previsto l'integrazione di interventi urbanistici con iniziative di sostegno delle attività economiche.

[12] Secondo quanto previsto dal co. 341 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006, le aree in questione devono essere caratterizzate da particolare degrado ed esclusione sociale e le agevolazioni concedibili sono disciplinate in conformità e nei limiti previsti dagli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013.

[13] Art. 1, co. 342, legge n. 296 del 2006; delibera C.I.P.E. del 30 gennaio 2008, n. 5, *GURI*, 6 giugno 2008, n. 131. Le zone franche urbane sono state poi selezionate con delibera C.I.P.E. del 9 maggio 2009, n. 14, *GURI*, 11 luglio 2009, n. 15.

[14] Art. 2, commi 561, 562 e 563 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008). Sul punto, G. De Biasio, A. Accetturo, *E la periferia diventa zona franca*, in www.lavoce.info, 22 novembre 2007; F. Russo, G. Russetti, *Le agevolazioni alle imprese*, Milano, 2012, p. 527 ss.

[15] Per i primi cinque periodi di imposta pari al 60 per cento, e, per quelli successivi, al 40 per cento per il sesto e settimo anno e al 20 per cento per l'ottavo e il nono, fino ad un massimo di 100.000 euro.

[16] Fino ad un massino di 300.000 euro del valore della produzione netta.

[17] Nei limiti di un massimale definito con decreto del Ministro del lavoro nel caso di contratti a tempo indeterminato o a tempo determinato di durata non inferiore a 12 mesi e a condizione che almeno il 30 per cento degli occupati risieda nel sistema locale di lavoro ove ricade la zona franca urbana.

[18] Regolamento (CE) n. 1998/2006 della Commissione, del 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato agli aiuti di importanza minore ("*de minimis*").

n. 39 del 2009[19] riguardante i territori della città di l'Aquila colpiti da calamità naturale[20]. Sul piano attuativo, il decreto interministeriale del 26 giugno 2012, adottato, di concerto, dal Ministro dello sviluppo economico e da quello dell'economia e finanze, ha poi posto i limiti di accesso agli aiuti economici per le imprese che operano nel settore della pesca e dell'acquacoltura e in quello della produzione primaria[21] e del settore carboniero, per le imprese che svolgono all'estero la loro attività e, infine, per le imprese che ricadono nella disciplina concernente le misure previste per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in crisi[22], tutte "materie", per così dire, oggetto di disciplina singolare e in ordine alle quali sussistono notevoli differenze rispetto a quella delle zone franche urbane, quanto a natura, finalità e regime dei controlli.

Ulteriori interventi di rifinanziamento delle zone franche urbane sono stati disposti dal c.d. "decreto cresci-Italia"[23], nel quadro della riprogrammazione delle risorse dei fondi strutturali per il sessennio 2007-2013[24] avente ad oggetto il piano di azione coesione e degli eventuali finanziamenti stanziati dalle Regioni nelle aree urbane ricadenti nell'obiettivo "convergenza", già contenute nelle disposizioni di cui alla legge n. 296 del 2006, fra le quali si segnala l'estensione, "in via sperimentale"[25] delle agevolazioni in favore dei Comuni della Provincia di Carbonia-Iglesias nel quadro dell'accordo di programma denominato "piano Sulcis" di cui alla delibera C.I.P.E. n. 93 del 3 agosto 2012.

Si tratta dell'ampliamento del campo di azione delle misure *de quibus*, le quali non rivestono più natura soltanto ripristinatoria ma si iscrivono a pieno titolo quali strumenti di programmazione dei fondi strutturali, attribuendosi rilievo strategico ai progetti di sviluppo locale e, in particolar modo, a quelli concernenti le città e i quartieri svantaggiati. Dal punto di vista costituzionale, peraltro, tale "nuova" linea di tendenza sembra porsi in linea con l'art. 119 Cost., che coniuga simmetricamente il principio autonomista con quello della coesione sociale e territoriale, principio in base al quale appare più che giustificata la previsione di dispositivi perequativi in grado di compensare la minore capacità fiscale del territorio di riferimento al fine di garantire pari opportunità economiche tra territori.

3. Anche la legge di stabilità per il 2016 (legge n. 208 del 2015)[26] prevede misure di sostegno delle imprese localizzate in aree geo-economiche in ritardo di sviluppo o che versano in situazioni di difficoltà, in special modo quelle ubicate nelle Regioni

[19] Decreto legge 28 aprile 2009, n. 39, Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile, convertito, con modificazioni, in legge 24 giugno 2009, n. 77.

[20] Territori successivamente perimetrati dalla delibera C.I.P.E. 13 gennaio 2010, n. 39.

[21] "La produzione dei prodotti del suolo e dell'allevamento": cfr. art. 38, nell'allegato I del TFUE.

[22] …alle condizioni di ammissibilità previste dall'art. 1 del c.d. "regolamento *de minimis*", regolamento (CE) n. 1998/2006 e succ. mod. integr.

[23] Decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221.

[24] Art. 37, decreto legge n. 179 del 2012.

[25] Art. 37, co. 4-*bis*, decreto legge n. 179 del 2012.

[26] Legge 28 dicembre 2015, n. 208, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016).

del Mezzogiorno. In occasione dell'ultima manovra economica, dunque, è stato rinnovato il sostegno in favore delle (piccole) imprese ricadenti nelle zone franche urbane, la cui economia risulta essere strutturalmente debole o indebolita da fattori esogeni come, ad esempio, la crisi economica o eventi calamitosi.

Invero, la legge di stabilità per il 2016 istituisce nuove *zone franche*, ampliando la "geografia" delle aree incentivate anche ad alcuni Comuni del Nord, colpiti da eventi di carattere eccezionale, si rivolge in particolare a taluni settori economici, disponendo il rifinanziamento delle risorse non utilizzate in passato[27].

Le agevolazioni in parola, che ricalcano quelle originariamente previste dalla legge finanziaria per il 2008[28], ricadono nella disciplina degli aiuti cosiddetti *de minimis*[29] (e, quindi, non sottoposti al regime giuridico della obbligatorietà della notifica preventiva) e potranno essere richieste dalle imprese aventi la sede principale o l'unità locale all'interno della zona franca urbana considerata[30].

Con la manovra economica per il 2016 si procede, infine, al rifinanziamento delle risorse rese disponibili a causa del loro mancato utilizzo (per effetto di rinunce e di revoche nel corso degli esercizi finanziari precedenti) nelle aree dell'obiettivo "convergenza" e in quelle dei territori emiliano-romagnoli – le cui zone franche urbane sono state istituite dall'art. 12 del decreto legge n. 78 del 2015[31] – e della Sardegna[32], le quali verranno convogliate nei territori non ricadenti nel citato "obiettivo". Per tali *zone*, ivi compresa quella del territorio di Lampedusa, istituita quale zona franca dall'art. 23, c. 45, del decreto legge n. 98 del 2011[33], si procederà, secondo la normativa in vigore, all'emanazione di nuovi bandi ai fini dell'accesso alle agevolazioni fiscali.

---

27 I commi da 444 a 452 della legge n. 208 del 2015 prevedono, infatti, l'istituzione di zone franche urbane nei Comuni della Lombardia colpiti dal terremoto del 20 e 29 maggio 2012: si assegnano, a tale riguardo, aiuti fiscali in favore delle microimprese costituite entro il 31 dicembre 2014 con un reddito lordo non superiore a 80.000 euro e un numero di lavoratori inferiore o uguale a cinque unità in settori quali il commercio, la ristorazione, le attività sportive, servizi alla persona.

28 Art. 1, co. 450, legge n. 208 del 2015. Si tratta, si ripete, dell'esenzione dalla imposta sui redditi derivanti dallo svolgimento del'attività svolta fino a 100.000 euro, dell'esenzione dall'I.R.A.P. del valore della produzione netta derivante dall'attività svolta dall'impresa fino a 300.000 euro e, infine, dell'esenzione dalle imposte municipali per gli immobili situati nella zona franca urbana, posseduti ed utilizzati dalle imprese beneficiarie.

29 Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE agli aiuti "de minimis".

30 I finanziamenti hanno validità esclusivamente per il 2016, fino alla concorrenza di 5 milioni di euro (art. 1, co. 446, legge n. 208 del 2015).

31 Decreto legge 19 giugno 2015, n. 78, Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali (Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiiuti e di emissioni industriali), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125. Si tratta dei Comuni ricadenti nel territorio di Modena colpiti dall'alluvione del 17 gennaio 2015 e in alcuni Comuni colpiti dal sisma del 20 e 29 maggio 2012.

32 Colpita dall'alluvione del 18-19 novembre 2013.

33 Decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.

Le risorse cui si fa riferimento rivengono dal decreto legge n. 66 del 2014[34], con il quale si era provveduto a finanziare il "programma" per le imprese nelle zone franche urbane con 75 milioni di euro (in favore delle Regioni Campania, Calabria, Puglia e Sicilia, di altre aree del territorio nazionale), poi ridotti a 40 dalla legge di stabilità per il 2015, somma ora definanziata di ulteriori 20 milioni.

4. L'agevolazione fiscale in favore delle imprese localizzate nelle microaree colpite da difficoltà economiche e sociali è una forma di incentivazione materialmente e geograficamente selettiva e si configura come una disciplina giuridica derogatoria rispetto all'ordinaria determinazione tributaria ed è orientata in funzione promozionale. Nel caso che ci occupa, essa può essere concesssa alle imprese localizzate nelle zone franche urbane, cioè territori comprendenti uno o più Comuni a favore dei quali sono rivolti programmi di defiscalizzazione e di decontribuzione per sostenere le piccole e microimprese[35].

L'obiettivo della istituzione delle zone franche urbane, dunque, è quello di concorrere allo sviluppo economico e sociale dei territori che presentano situazioni di disagio sociale, economico ed occupazionale. Si tratta di una forma di incentivazione delle imprese che, in linea di principio, non integra la nozione di aiuto di Stato, essendo di lieve entità, concessa in favore di imprese di piccole dimensioni, limitata nel tempo e circoscritta in aree in ritardo di sviluppo.

Va evidenziato, a questo punto, che i contributi alle imprese nelle zone franche urbane costituiscono una forma di aiuto avente finalità plurime compatibili con il regime comunitario degli aiuti statali alle imprese, trattandosi, come si diceva, di misure a prevalente carattere ripristinatorio (eventi eccezionali o calamità naturali o la crisi economico-finanziaria)[36], ma anche di attuazione di compiti fondamentali di riequilibrio di situazioni di grave disagio sociale ed economico.

---

[34] Decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89.

[35] I destinatari dei benefici sono le piccole imprese (entità che impiegano meno di 50 persone e che realizzano un fatturato annuo e/o un totale di bilancio non superiori a 10 milioni di euro) e le microimprese (cioè soggetti che occupano meno di 10 persone e fatturano non più di 2 milioni di euro l'anno). Cfr. la raccomandazione 2003/361 della Commissione, del 6 maggio 2003, e l'art. 2 dell'allegato I al regolamento (UE) n. 651, della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE.

[36] Gli aiuti di Stato in questione, come si diceva, costituiscono un'ulteriore forma di sostegno economico per i danni subiti da calamità naturali e, quindi, compatibili *de iure*, *ex* art. 107, par. 2, lett. *b*), TFUE. Ulteriori disposizoni in materia di aiuti di Stato per far fronte alle conseguenze economiche determinate da calamità naturali sono contenute nel citato regolamento 651/2014. In particolare, sono da considerare "eventi calamitosi di origine naturale i terremoti, le frane, le inondazioni, in particolare le inondazioni provocate da straripamenti di fiumi o laghi, le valanghe, le trombe d'aria, gli uragani, le eruzioni vulcaniche e gli incendi boschivi di origine naturale" (art. 50, co. 1, regolamento 651/2014). Non sono considerate calamità naturali, ai fini della normativa *de qua*, le "condizioni metereologiche avverse quali gelo, grandine, ghiaccio, pioggia o siccità" (69° 'considerando', regolamento 651/2014). Gli aiuti sono concessi alle seguenti condizioni: riconoscimento formale del carattere di calamità naturale da parte dell'autorità pubblica competente e accertamento del nesso causale tra i danni provocati dalla calamità naturali e i danni subiti dall'impresa. I benefici economici devono essere concessi, inoltre, entro i tre anni successivi all'evento e concessi entro quattro anni dal verificarsi dall'evento. I costi ammissibili devono essere valutati da un organismo indipendente o da un'impresa di assicurazione riconosciuta dall'autorità nazionale (art. 50, paragrafi 2, 3 e 4, regolamento 651/2014).

L'aiuto in questione, perciò, al momento della sua previsione, è stato dichiarato compatibile con il diritto comunitario ai sensi dell'(allora) art. 87, par. 3, lett. *c*), del Trattato CE (ora art. 107 TFUE), che consente di autorizzare "gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse"[37]. In questa circostanza, la Commissione ha ritenuto di dover fondare la propria valutazione di compatibilità, anche alla luce di una sua precedente decisione concernente la medesima questione[38], sul principio/obiettivo della coesione economica e sociale in ragione del quale l'Unione europea promuove progetti di riduzione del divario tra le aree territoriali economicamente depresse, realizza iniziative di promozione di un "elevato livello di occupazione" e di impulso alla realizzazione di azioni positive volte alla "lotta contro l'esclusione sociale" (art. 9 TFUE).

Le agevolazioni previste nelle 22 aree urbane selezionate dalla delibera C.I.P.E. del 2009, considerate "zone di concentrazione di problemi socio-economici per le quali è necessario un intervento pubblico", riguardante, peraltro, solo lo 0,58 per cento della popolazione italiana[39], sono perfettamente in linea con il diritto comunitario per quel che concerne sia la prospettiva territoriale sia la dimensione quantitativa degli interventi previsti.

Infatti, tenendo conto del fatto che il regime considerato è rivolto esclusivamente alle piccole e alle microimprese, che esso non è riferito o riferibile ad un solo settore di attività, che l'intervento copre una porzione geografica molto limitata; che, inoltre, l'obiettivo fondamentale perseguito dalle misure d'incentivazione è, tra l'altro, quello della lotta contro l'esclusione sociale e il rafforzamento del tessuto economico locale e gli aiuti hanno una durata limitata nel tempo, la Commissione ha considerato "comunitariamente" compatibili le incentivazioni economiche in favore delle piccole e microimprese collocate nelle zone franche urbane, consentendo in tal modo alle pubbliche amministrazioni coinvolte di avviare lo "sblocco" dei fondi stanziati.

Ebbene, come si diceva, gli aiuti previsti hanno l'obiettivo di contrastare l'esclusione sociale nei quartieri urbani svantaggiati, selezionati in base a criteri quali il tasso di disoccupazione e quello di occupazione, il tasso di scolarizzazione e l'età (inferiore a 24 sul totale della popolazione).

Bisogna porre in evidenza come per gli aiuti a finalità regionale vengano utilizzate scale territoriali superiori a quelle zone franche urbane, siano prese in considerazione le incentivazioni rivolte essenzialmente agli investimenti e si destinino risorse alle grandi e alle medie imprese. Nel caso delle zone franche urbane, invece, tali aiuti sono canalizzati verso territori molto più limitati (microterritori, per l'ap-

[37] La Commissione, infatti, nel suo scrutinio, non ha ritenuto di dover fare riferimento né alle deroghe contenute né negli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale, che regolano le modalità di concessione degli aiuti concessi per favorire lo sviluppo economico delle zone svantaggiate né a quelle previste dal regolamento "de minimis" in quanto il finanziamento eventualmente attribuibile avrebbe potuto raggiungere soglie anche più alte rispetto a quelle prestabilite, ma ha ritenuto ammissibile l'aiuto, per l'appunto, sulla base dell'art. 87, par. 3, lett. *c*), del Trattato CE (ora art. 107 TFUE): v. P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2015, p. 231.

[38] Aiuto di Stato N 70/A/2006 – Francia, 22 giugno 2006, C(2006) 2328, def.

[39] Aiuto di Stato N 346/2009 – Italia, 28 ottobre 2009, C(2009)8126, def., punti 58 e 59.

punto), sono concessi sotto forma di incentivi di natura fiscale ed oneri contributivi e sono rivolti alle piccole e microimprese. Le norme in materia di aiuti a finalità regionale, pertanto, non sono applicabili alle zone franche urbane avendo una configurazione giuridicamente differente.

Il medesimo ragionamento vale per quel che concerne l'eventuale applicabilità del regolamento in materia di aiuti esentabili per categoria, il quale dispone in ordine agli investimenti alle piccole e medie imprese, individuando soggetti, intensità dell'aiuto e tipologie di costi ammissibili che non coincidono con i parametri relativi alle zone franche urbane.

Non è applicabile neppure il regolamento concernente gli aiuti di lieve entità giacché i valori-soglia possono superare sensibilmente quelli previsti per le piccole imprese che operano nelle microaree svantaggiate in questione. Oltre tutto, il regime previsto si discosta dalle "materie", per così dire, dal citato regolamento come, ad esempio, la ricerca e sviluppo, la protezione dell'ambiente e la formazione.

La compatibilità comunitaria, allora, viene valutata sulla base, per dir così, di valutazioni di ordine politico generale, trattandosi dell'attuazione del principio della coesione economica e sociale, che impone l'assunzione di iniziative concrete volte a ridimensionare il divario esistente fra territori e a contrastare l'esclusione sociale.

Sotto questo angolo visuale, giova porre in luce come la normativa sui fondi strutturali si prefigga, tra l'altro, di sostenere progetti di sviluppo economico dei territori e delle imprese ai fini della "rivitalizzazione economica e sociale delle città e delle zone adiacenti in crisi, per promuovere uno sviluppo urbano sostenibile" e della creazione delle condizioni per riequilibrare lo sviluppo tra le città economicamente più forti e le restanti reti urbane[40]. Le finalità genericamente socio-economiche contenute nelle disposizioni sui *Fondi* consente, così, di "fare uso" dei criteri della necessità e della proporzionalità, trattandosi di politiche da realizzarsi nel quadro di una strategia complessiva di coesione sociale e di contrasto della disoccupazione, per il cui compimento risulta essere "necessario" un intervento pubblico.

5. L'evoluzione delle politiche pubbliche in favore delle zone franche urbane costituisce un significativo passo in avanti verso una *governance* urbana coerente con le linee tracciate dalle politiche europee di coesione economica, sociale e territoriale, le quali prevedono il coinvolgimmento diretto sia dei Comuni (sulla base di indicatori quali la distanza media dai servizi primari, la diffusione della microcriminalità, le caratteristiche del patrimonio immobiliare non residenziale o delle aree non utilizzate e disponibili per l'insediamento di attività economiche), sia delle Regioni, le quali svolgono funzioni di valutazione dell'ammissibilità delle proposte di istituzione delle suddette *zone* (oltre che di indirizzo in ordine allo stanziamento delle risorse da destinare a specifici settori o a categorie di imprese)[41].

Le Regioni, ma anche gli enti locali, possono tradurre in scelte politiche soluzioni per una collettività differenziata, svolgendo un ruolo più incisivo sul fronte

[40] Regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali per il periodo di programmazione 2000-2006.

[41] Ministero dello sviluppo economico, *Le agevolazioni di natura fiscale e contributiva in favore delle micro e piccole imprese localizzate nelle Zone franche urbane*, Primo rapporto, luglio 2015, p. 11.

della programmazione sia delle politiche sociali sia di quelle concernenti lo sviluppo economico. Su tale versante, dunque, la *governance* delle politiche di coesione diviene un elemento qualificante del governo economico dei territori perché consente di attuare compiutamente le linee di indirizzo tracciate a livello europeo.

Invero, la previsione dell'intervento agevolativo (come si diceva risalente al 2006) è stata resa possibile solo a seguito dell'emanazione del decreto legge n. 1 del 2012[42] – anche per effetto dei "tempi tecnici" concernenti il procedimento comunitario di controllo – che ha, per dir così, "sbloccato" i fondi previsti dalla legge finanziaria del 2007 e rinviato ad un successivo decreto interministeriale la determinazione delle condizioni, dei limiti e delle modalità di applicazione delle agevolazioni (decreto con il quale sono stati poi emanati i bandi relativi alle singole Regioni in cui ricadono le zone franche urbane)[43]. La normativa in questione ha poi reso possibile il concreto avvio dell'*iter* attuativo degli interventi, i cui effetti sui territori saranno da valutare in un prossimo futuro.

L'istituzione delle zone franche urbane (come dimostra l'esperienza acquisita anche in altri Paesi dell'Unione europea quale, ad esempio, la Francia) costituisce altresì un valido esempio di partenariato fra soggetti pubblici: la cooperazione interistituzionale, infatti, ha contribuito a rendere particolarmente celeri i tempi di attuazione degli interventi, a partire dalle istanze di accesso ai benefici fiscali, anche grazie ai supporti informatici utilizzati, i quali hanno consentito di ridurre significativamente i tempi tra l'emanazione di un bando attuativo e la concessione delle agevolazioni rendendo, così, queste ultime fruibili rapidamente[44].

A questo proposito potrebbe essere utile estendere ad altre comunità locali del territorio nazionale le medesime agevolazioni fiscali, senza attendere che si verifichino eventi di carattere eccezionale come le calamità naturali, in un Paese come l'Italia che necessiterebbe, per risollevare la sua economia, in particolar modo nelle aree periferiche, anche di una politica di riduzione del carico tributario.

Gli interventi in favore delle zone franche urbane, che certamente non possono avere carattere risolutivo delle difficoltà delle piccole imprese in questa fase di crisi, possono tuttavia facilitare taluni processi aggregativi in ambiti specialistici e possono generare effetti positivi per quel che concerne l'utilizzo di infrastrutture e di servizi (in particolar modo nel settore dei trasporti)[45], oltre che favorire i processi di rivitalizzazione urbana e commerciale[46].

Del resto, uno degli obiettivi su cui si fonda la "nuova" programmazione dei fondi europei è proprio quello dell'implementazione della strategia per lo sviluppo della "crescita inclusiva", che permetta di dare impulso a politiche che possano generare un più alto tasso di occupazione e favorire la coesione sociale e territo-

[42] Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

[43] Decreto interministeriale del 10 aprile 2013.

[44] Ministero dello sviluppo economico, *Le agevolazioni*, cit., p. 16.

[45] Cfr. L. Siviero, *Attributi territoriali e funzioni obiettivo della logistica economica*, in E. Forte (a cura di), *La trasformazione logistica del territorio urbanizzato*, Milano, 2009, p. 247.

[46] AA.VV., *Gli interventi di rivitalizzazione commerciale dei centri storici e delle aree urbane*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2008.

riale[47]. In tal modo, si darebbe un apporto significativo al simultaneo soddisfacimento dell'*interesse* sia comunitario sia nazionale[48] (dunque un concreto interesse comune), in termini di promozione di iniziative finalizzate alla rimozione degli ostacoli cagionati non solo da eventi imprevisti ma anche, per così dire, da vincoli strutturali endogeni, concorrendo, in tal modo, ad "una ordinata sistemazione dei complessi intrecci di interessi ed istanze presenti sul territorio mediante una loro visione integrata"[49].

Abstract

Economic, Social and Territorial Cohesion: The Urban Free Zones

The essay examines the rules on tax relief in social and economic deprived urban areas. It has to do with some of the issues reguarding the compatibility with State aids in areas weighed down by social distress. The evolution of the policies in favour of the urban free zones is an important step towards the implementation of the "political" lines drawn at EU level, especially those concerning economic, social and territorial cohesion.

[47] Commissione europea, Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2010)2020 def., 3 marzo 2010, p. 5.

[48] Il procedimento di istituzione delle zone franche urbane in Italia è stato avviato "indipendetemente dal QSN 2007/2013 ma in connessione con quanto previsto per le aree urbane (Priorità 8. Competitività ed attrattività delle città e dei sistemi urbani)": cfr. R. Gallia, *La geografia dei divari*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2008, p. 1150.

[49] Così P. Lombardi, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012, p. 224.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 301-327

Paola Puoti*

L'attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali da sperimentazione nel contesto dell'armonizzazione del mercato interno e il futuro della ricerca in Italia

Sommario: 1. Il dibattito tra "protezionisti" e mondo della ricerca sulla "questione animale" in Italia, e i suoi riflessi sull'*iter* di trasposizione della direttiva 2010/63/UE. – 2. La direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici nel quadro delle regole del mercato interno. – 3. Il contenuto della direttiva e l'obbligo di risultato imposto agli Stati membri. – 4. La contraddittorietà della normativa italiana di attuazione della direttiva 2010/63/UE sul piano interno costituzionale. – 5. I profili sostanziali d'incompatibilità tra la normativa europea sulla sperimentazione animale e la disciplina interna di trasposizione. – 6. *Segue*: Le restrizioni e i divieti introdotti dall'art. 5 del d.lgs. n. 26/2014. – 7. *Segue*: Le categorie e le specie animali utilizzabili ai fini della sperimentazione. La mancata trasposizione della clausola di salvaguardia. – 8. Conclusioni.

1. L'adozione della direttiva 2010/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 settembre 2010 sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici segna una tappa importante nell'evoluzione della normativa internazionale in materia di tutela del benessere animale, rappresentando lo strumento più avanzato sul piano internazionale oggi applicabile, sul fronte della protezione degli animali utilizzati nella ricerca[1].

* Associato di Diritto internazionale nell'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

[1] In seguito direttiva 2010/63. Sull'evoluzione della disciplina internazionale ed europea relativa alla sperimentazione animale in direzione di una maggiore tutela degli animali da esperimento si rinvia a R. Forastiero, *La tutela giuridica degli animali da esperimento: riflessioni sull'attuazione in Italia della direttiva 2010/63/UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, pp. 565-584; nonché F. Barzanti, *La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 49 ss.; Id., *Articolo 13/TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 416 ss. e bibliografia ivi citata.

Tuttavia, essa ha scatenato in Italia, in occasione della sua trasposizione, una vera e propria battaglia ideologica tra il mondo della ricerca scientifica e le associazioni che si battono in favore dell'abolizione dell'uso di animali vivi a fini sperimentali (c.d. mondo protezionista).

Sono ben note le prese di posizione dei "protezionisti", spesso sostenuti da esponenti del mondo politico e istituzionale, che considerano l'utilizzo degli animali a fini di sperimentazione scientifica non più indispensabile, poiché superato dallo sviluppo scientifico e tecnologico che avrebbe contribuito a sviluppare i c.d. "metodi alternativi"[2] alla sperimentazione "in vivo".

Si ricordano, in proposito, i numerosi disegni di legge presentati dai nostri parlamentari, che spingevano per l'adozione di norme interne di trasposizione più rigorose di quelle dettate dalla direttiva 2010/63, nella direzione di una maggiore tutela degli animali[3].

La sensibilità nei confronti delle sofferenze degli animali utilizzati a fini di sperimentazione scientifica è forte anche a livello europeo, dove ha dato luogo ad un'iniziativa popolare, fondata sull'art. 11, par. 4, del TUE[4], intitolata *Stop Vivisection* e sottoscritta da 1,17 milioni di cittadini, con la quale si chiedeva alla Commissione di abrogare la direttiva 2010/63 e presentare una nuova proposta che abolisse l'uso della sperimentazione su animali[5].

Sono altrettanto conosciute, però, le dure reazioni degli scienziati e degli enti di ricerca a queste affermazioni, fondate sull'insufficiente sviluppo, allo stato attuale delle conoscenze tecnologiche, delle tecniche alternative, e sull'inutilità di tali tecniche in relazione ad una serie di ricerche finalizzate alla scoperta di farmaci e terapie

---

[2] Sui metodi alternativi v. M. Kuan, *Associazioni protezionistiche e nuova legislazione*, in A. Manciocco, E. Romano, F. Zoratto, I. Branchi, A. Berry (a cura di), *Sperimentazione animale: aspetti teorici, normativi e applicativi della nuova Direttiva europea 2010/63*, Istituto Superiore di Sanità, *Rapporti ISTISAN 11/39*. Si veda anche il documento *European Commission explanation on the 3Rs of replacement, reduction and refinement*, reperibile *online*.

[3] Atto Senato n. 59 presentato il 15 marzo 2013 dalla Sen. Manuela Graniola (PD) ed altri recante Divieto di sperimentazione sugli animali e sostegno ai metodi sostitutivi di ricerca; Atto Senato n. 60 presentato il 15 marzo 2013 dalla Sen. Silvana Amati (PD) ed altri recante Modifiche al decreto legislativo 27 gennaio 1992, n . 116, per la maggiore tutela degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici; Atto Camera n. 287 presentato il 16 marzo 2013 dall'on. Michela Vittoria Brambilla ed altri recante Divieto di sperimentazione sugli animali e misure per il sostegno dei metodi sostitutivi di ricerca; Atto Camera n. 311 presentato il 16 marzo 2013 dall'on. Michela Vittoria Brambilla recante Delega al Governo per il recepimento della direttiva 2010/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2010, sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici; Atto Camera n. 312 presentato il 16 marzo 2013 dall'on. Michela Vittoria Brambilla recante Modifiche all'articolo 3 della legge 12 ottobre 1993, n. 413, in materia di obiezione di coscienza alla sperimentazione animale, reperibili *online*.

[4] L'art. 11, par. 4, TUE è una disposizione inserita dalla revisione di Lisbona, nel quadro delle Disposizioni relative ai principi democratici, contenute nel Titolo II, che permette ai cittadini europei di promuovere, presso la Commissione, proposte di atti di diritto derivato su materie sulle quali essi ritengano ci sia bisogno di una disciplina a livello europeo.

[5] L'iniziativa *Stop Vivisection* è stata presentata alla Commissione il 3 marzo 2015 corredata di 1.173.131 firme certificate ed è stata rigettata dalla Commissione il 3 giugno 2015 in conformità con l'art. 10, par. 1, lett. c), del regolamento 211/2011: si veda la comunicazione della Commissione sull'iniziativa dei cittadini europei Stop Vivisection, C(2015) 3773 *final*, reperibile *online*.

per curare gravi malattie dell'uomo e sull'irrinunciabilità al ricorso alla sperimentazione animale da parte del mondo della ricerca scientifica, sia di base che applicata[6].

Tali proteste hanno dato luogo ad una serie importante di interventi in tutte le sedi istituzionali allo scopo d'indurre il Governo e il Parlamento a rispettare gli obblighi di risultato imposti dalla direttiva, ed eliminare quei criteri di delega e quelle disposizioni, maggiormente restrittive, che minerebbero a loro parere il futuro della ricerca in Italia, e realizzerebbero un grave intralcio alla circolazione dei ricercatori in Europa e alla libertà di ricerca[7].

Per queste ragioni l'*iter* legislativo per la trasposizione della citata direttiva nel nostro Paese è stato alquanto lungo e tormentato[8], determinando un forte ritardo nel recepimento della direttiva 2010/63. In base all'art. 61 di quest'ultima, infatti, il termine per gli Stati membri scadeva il 10 novembre 2012[9] e l'Italia avrebbe dovuto provvedervi con l'art. 14 della legge comunitaria 2011[10], oggetto di un disegno di legge che, sebbene approvato dalla Camera in prima lettura nel febbraio 2012, una volta approdato al Senato non era riuscito a completare l'*iter* legislativo[11]. Nelle

[6] Particolare rilievo assume in questo contesto la pubblicazione da parte di una delle più importanti fondazioni al mondo che si occupano di ricerca relativa ai metodi che non impiegano animali, il FRAME (*Fund for the Replacement of Animals in Medical Experiments*), di un articolo intitolato *FRAME response to EU "Stop Vivisection Initiative"* dove si afferma che anche coloro che promuovono i metodi alternativi all'utilizzo di animali nella ricerca riconoscono che allo stato attuale delle conoscenze il ricorso ai test su animali resta necessario (www.frame.org.uk).

[7] Numerosi sono stati gli interventi di protesta da parte di enti nazionali, europei e internazionali di ricerca e di scienziati e ricercatori durante le varie fasi di discussione e di adozione dei vari disegni di legge (in séguito DDL) presentati in Parlamento per dettare i criteri e i principi di delega per la trasposizione della direttiva 2010/63: sull'*iter* legislativo v. nota 8 e quanto si dirà nel presente articolo. Qui si ricordano le reazioni del mondo della ricerca in occasione della discussione e approvazione dell'art. 13 della legge di delegazione europea (sulla quale v. *infra*) che detta al Governo i criteri e i principi di delega per la trasposizione della direttiva 2010/63 e del decreto di attuazione: si vedano gli articoli pubblicati nella versione *online* della rivista *Science* al seguente indirizzo: www.sciencemag.org; sulla rivista *Nature*, versione *online* (www.nature.com); la lettera delle associazioni dei medici veterinari SIVAL-ANMVI indirizzata alla XIV Commissione (Politiche europee) del Senato sul disegno di legge di delegazione europea 2013 (DDL 587) pubblicata sul sito dell'Istituto di ricerca "Mario Negri": www.marionegri.it.

[8] Per una ricostruzione di tali vicende si rinvia alla relazione illustrativa contenuta nel documento del 24 febbraio 2014 diramato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL) schema di decreto legislativo recante Attuazione della direttiva 22 settembre 2010 n. 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici (esame definitivo) (in séguito doc. DAGL PCM 24.02.2014), pp. da 75 a 86, non pubblicato.

[9] Art. 61. *Attuazione.* 1. Gli Stati membri adottano e pubblicano entro il 10 novembre 2012 le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni. Essi applicano tali disposizioni a decorrere dal 1° gennaio 2013.

[10] Il disegno di legge comunitaria 2011 trovava fondamento nell'allora vigente normativa italiana di adeguamento agli obblighi dell'Unione, legge 4 febbraio 2005, n. 11, intitolata Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, poi sostituita dalla legge n. 234/2012 (sulla quale v. *infra*, nota 18).

[11] Senato della Repubblica, disegno di legge n. 3129, disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 2011 (sulla base del testo del D.L. n. 4623 approvato dalla Camera dei deputati il 2 febbraio 2012 e trasmesso al Senato il 7 febbraio 2012, in Atti parlamentari – Senato – XVI Legislatura, art. 14, pp. 24-25, reperibile *online*).

more dei lavori parlamentari in sede di Senato, e avvicinandosi la scadenza del termine di trasposizione, la 12ª Commissione permanente (Igiene e sanità) del Senato invitava il Governo italiano, con risoluzione del 18 dicembre 2012[12], a comunicare alla Commissione europea, entro il termine del 31 dicembre 2012, il mantenimento di misure nazionali più rigorose rispetto a quelle contenute nella direttiva in vigore al 9 novembre 2010[13] onde evitare l'avvio di una procedura d'infrazione contro l'Italia per mancato recepimento della direttiva 2010/63, dovuto alla mancata adozione nei termini della legge comunitaria 2011[14].

Il Governo italiano ha risposto alla richiesta della Commissione parlamentare comunicando a suo tempo l'intenzione di mantenere alcune norme più restrittive nel testo di recepimento[15], peraltro poco rilevanti ai nostri fini, mentre non si ha notizia dell'effettiva notifica di tali misure dopo l'adozione del d.lgs. 26/2014. Tuttavia ciò appare del tutto ininfluente, alla luce degli sviluppi della vicenda sul piano europeo. La Commissione infatti, poco dopo la scadenza del termine di trasposizione (10 novembre 2012), inviava all'Italia, il 31 gennaio 2013, una lettera formale di messa in mora per il mancato recepimento della direttiva 2010/63, dando come termine ultimo per conformarsi il 2 aprile 2013[16]. Non avendo l'Italia adempiuto entro quest'ultimo termine, la Commissione inviava allo Stato italiano, il 21 giugno 2013, un *parere motivato* ai sensi dell'art. 258 TFUE. Soltanto il 6 agosto 2013 il Parlamento italiano, con la promulgazione della prima legge di delegazione europea[17], adottata sulla base della nuova disciplina di partecipazione dell'ordinamento italiano al diritto dell'Unione europea[18], era in grado di provvedere all'indicazione dei criteri cui il Governo doveva attenersi per l'attuazione della normativa interna di trasposizione della direttiva 2010/63[19], poi avvenuta con l'adozione del decreto legislativo n. 26/2014[20]. Si interrompeva in tal modo l'azione per inadem-

[12] Doc. XXIV n. 52 del 18 dicembre 2012.

[13] D.lsg. n. 116/92 di attuazione della precedente direttiva 86/609/CEE, e legge n. 281/91 del 14 agosto 1991, legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo.

[14] La procedura avviata dalla Commissione nei confronti dell'Italia trova fondamento nell'art. 258, co. 2, TFUE.

[15] Doc. DAGL PCM 24.02.2014 cit. *supra* in nota 8, p. 75 ss.

[16] Comunicato stampa della Commissione, del 23 gennaio 2014, consultabile *online*.

[17] Legge 6 agosto 2013, n. 96, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea. Legge di delegazione europea 2013, in vigore dal 4 settembre 2014. In séguito l. 96/2013.

[18] Legge 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea (in séguito l. 234/2012).

[19] L'art. 13 della l. 96/2013 s'intitola Criteri di delega al Governo per il recepimento della direttiva 2010/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2010, sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici e consta di due paragrafi, il primo dei quali impone al Governo, nell'esercizio della delega per l'attuazione della direttiva 2010/63, di "seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 1, comma 1, anche i seguenti principi e criteri direttivi specifici" alcuni dei quali impongono al Governo l'adozione di norme di trasposizione più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2010/63, motivo per il quale è stato aggiunto un secondo paragrafo all'art. 13, che, a mo' di clausola generale di salvaguardia, dispone: "2. Nell'applicazione dei principi e criteri direttivi di cui al comma 1, il Governo è tenuto a rispettare gli obblighi che derivano da legislazioni o farmacopee nazionali, europee o internazionali".

[20] D.lgs. 4 marzo 2014 n. 26, Attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, in vigore dal 29 marzo 2014. In séguito d.lgs. 26/2014.

pimento dovuto al mancato tempestivo recepimento della direttiva, avviata dalla Commissione nei confronti dell'Italia[21].

Tuttavia, sia l'art. 13 della legge di delegazione europea, che reca i criteri di delega al Governo per il recepimento della direttiva, sia il decreto varato su quella base – introducendo *ex novo* una serie di restrizioni e divieti, quindi "norme più rigorose"[22] –, non previsti dall'atto europeo, non mancano di suscitare perplessità circa la loro conformità con l'obbligo di risultato richiesto dalla direttiva e con il dovere di corretta e uniforme trasposizione che il diritto dell'UE impone a tutti gli Stati membri.

E in effetti la Commissione europea ha aperto, il 24 aprile di quest'anno, una nuova procedura d'infrazione contro l'Italia, questa volta per la non corretta trasposizione della direttiva 2010/63, con l'invio di una formale lettera di messa in mora, affinché l'Italia riallinei la propria legislazione al dettato europeo[23].

La normativa italiana di adeguamento alla direttiva 2010/63 così adottata appare oggettivamente confusa e contraddittoria: ciò sembra essere dovuto al fatto che essa rappresenta il frutto di un doppio compromesso, maturato in seno al nostro Parlamento e tra quest'ultimo e il Governo, per comporre il conflitto tra gli interessi del mondo della ricerca scientifica, specie biomedica, interessato principalmente alla tutela della salute umana, da una parte; e quello delle associazioni di difesa degli animali dall'altra, sulla necessità, propugnata dal primo e negata dalle seconde, di utilizzare animali vivi a fini di sperimentazione scientifica.

In via generale può dirsi che sebbene il diritto dell'Unione consenta agli Stati membri la possibilità di emanare norme più rigorose rispetto a quelle contenute in un atto di armonizzazione del mercato interno, qual è la direttiva 2010/63, una tale possibilità è tuttavia soggetta a condizioni precise, che possono essere indicate sia dalla stessa direttiva, quando inserisce clausole di deroga e/o di salvaguardia, sia, in assenza di queste ultime, possono ricavarsi dalle pertinenti norme dei Trattati, in particolare dalle disposizioni degli articoli 36 e 114 del TFUE, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulle esigenze imperative[24].

Vanno perciò precisate le caratteristiche della direttiva 2010/63, gli obblighi di risultato che impone agli Stati membri e lo spazio di discrezionalità che essa lascia a questi ultimi in sede di trasposizione, al fine di verificare se l'introduzione o il mantenimento di norme statali più restrittive siano legittimi, alla luce tanto dell'atto da trasporre quanto dell'ordinamento UE e dei suoi principi. Va infatti ricordato

---

[21] La persistente mancata trasposizione della direttiva 2010/63 entro i termini indicati nel parere motivato, aveva indotto infatti la Commissione europea, il 23 gennaio 2014, a deferire l'Italia alla Corte di giustizia dell'UE, chiedendo di infliggere all'Italia una penale di 150,787 euro per ogni giorno di ritardo: v. il comunicato stampa cit. in nota 16. La legge di delegazione europea 2013 non valeva infatti a tal fine, dettando solo i criteri di delega al Governo: solo un decreto legislativo di quest'ultimo, poi adottato nel marzo 2014, avrebbe effettivamente risolto il problema.

[22] Le norme italiane restrittive saranno analizzate più avanti.

[23] Comunicato stampa della Commissione UE del 24 aprile 2016 nel quale la Commissione annuncia l'apertura di una procedura d'infrazione (n. 2016/2013) nei confronti dell'Italia per il non corretto recepimento della direttiva 2010/63 adducendo come motivo il carattere eccessivamente restrittivo della normativa italiana di trasposizione: il comunicato è reperibile *online*.

[24] Sul punto v. *infra*, rispettivamente, in nota 30 per quanto concerne l'art. 114 TFUE e nota 51 sull'art. 36 e la giurisprudenza della Corte relativa alle esigenze imperative.

che, sebbene la direttiva lasci spazi di manovra più o meno ampi agli Stati quanto alle forme e ai mezzi per la sua attuazione (art. 288, co. 3, TFUE), tuttavia ogni Stato membro deve perseguire l'obbligo di risultato che l'atto europeo impone[25], e, in sede di trasposizione, è tenuto a rispettare determinati obblighi, discendenti dal principio di leale cooperazione, puntualmente precisati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia[26].

2. La direttiva 2010/63 sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici[27] sostituisce un precedente atto (direttiva 86/609/CEE)[28] che aveva lo scopo di eliminare le disparità tra le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative alla protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o altri fini scientifici, in quanto di ostacolo al funzionamento del mercato interno. Il precedente atto aveva infatti per base giuridica l'ex art. 100 del Trattato istitutivo della CEE[29], relativo al ravvicinamento delle legislazioni al fine del funzionamento del mercato interno.

L'attuale direttiva, che si fonda sull'art. 114 TFUE[30], ha per oggetto, a dispetto del suo titolo, l'armonizzazione del mercato interno, proponendosi di colmare il divario esistente tra gli Stati membri quanto alla normativa di attuazione della precedente direttiva 86/609, che ne aveva determinato un'applicazione "asimmetrica" vanificandone in concreto lo scopo[31].

Dunque, la necessità di armonizzare le normative nazionali degli Stati membri in materia di protezione degli animali per fini scientifici non era a suo tempo, né è oggi

[25] La dottrina (R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 169-170; P. Mori, *Articolo 288 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *op. cit.* p. 2258) fa notare che sebbene alcune volte le direttive presentino un contenuto che lascia poco spazio di discrezionalità agli Stati membri (c.d. "direttive dettagliate" sulle quali si rinvia *infra,* nota 50 del presente lavoro), la Corte di giustizia non ha mai censurato il carattere dettagliato della direttiva.

[26] L'obbligo di leale cooperazione, previsto dall'art. 4, par. 3, TUE, impone in via generale agli Stati membri di adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi conseguenti, tra l'altro, agli atti delle istituzioni, e di astenersi da qualsiasi misura che possa pregiudicare la realizzazione degli obiettivi dell'Unione: v. P. Mori, *op. cit.,* pp. 2258-2263.

[27] Sulla direttiva 2010/63 e sulla sua attuazione in Italia si vedano i seguenti commenti: F. Barzanti, *La tutela*, cit., p. 49; R. Forastiero, *op. cit.*, pp. 565-584; *Rapporto ISTISAN 11/39*, cit. *supra* in nota 2.

[28] Direttiva 86/609/CEE del Consiglio, del 24 novembre 1986, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri relative alla protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici. La direttiva è stata a suo tempo attuata con il d.lgs. del 27 gennaio 1992, n. 116, Attuazione della direttiva n. 86/609/CEE in materia di protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici, in seguito d.lgs. 116/1992.

[29] Poi divenuto art. 95 TCE, ed ora, a seguito della revisione operata dal Trattato di Lisbona art. 114 TFUE.

[30] L'art. 114 TFUE costituisce la base giuridica per l'adozione di atti legislativi dell'UE volti al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri utili all'instaurazione ed al funzionamento del mercato interno. Quando l'Unione procede con lo strumento dell'armonizzazione, gli Stati membri non possono più, in linea di principio, mantenere o introdurre misure nazionali derogatorie, se non nei casi espressamente previsti dalla disposizione e che riguardano due ordini di deroghe possibili. In dottrina si rinvia a R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.*, p. 649 ss.; P. De Pasquale, O. Pallotta, *Articolo 114 TFUE*, in A. Tizzano, (a cura di), *op. cit.*, p. 1260 ss. e bibliografia ivi citata.

[31] Così R. Forastiero, *op. cit.*, p. 570.

dettata, dal fine *principale* di protezione degli animali, bensì quello di correggere le distorsioni nel mercato interno derivanti dalla diversità delle legislazioni nazionali in materia di protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, che "rischiano di costituire degli ostacoli agli scambi di prodotti e sostanze per lo sviluppo dei quali sono effettuati esperimenti su animali"[32]. Sotto questo profilo, il richiamo che il 2° 'considerando' fa all'art. 13 TFUE, che impone all'Unione e agli Stati membri di "tenere pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori, tra gli altri, del mercato interno e della ricerca e dello sviluppo tecnologico"[33], dev'essere inteso nel senso che l'atto di armonizzazione deve assicurare il giusto contemperamento tra opposte esigenze, quali la protezione degli animali da esperimento da una parte; e la necessità di garantire uguali condizioni tra le imprese e gli enti di ricerca degli Stati membri, al fine dello sviluppo di sostanze o prodotti da immettere e far circolare liberamente nel mercato interno, dall'altra[34]. Del resto dal tenore del 6° e 10° 'considerando' della direttiva, si evince in modo chiaro che quest'ultima si basa sul presupposto della necessità dell'utilizzo di animali per fini scientifici, perseguendo soltanto lo scopo di migliorarne il benessere, in funzione del loro utilizzo a fini scientifici[35]. Il dato testuale conferma che non solo la disposizione non costituisce la base giuridica dell'atto che qui si esamina, ma neppure potrebbe, poiché, come "disposizione di applicazione generale" essa costituisce un principio fondamentale di diritto dell'Unione che, assieme agli altri principi enunciati nel Titolo II del TFUE, vale quale parametro di legittimità dell'azione, del quale le Istituzioni devono tenere conto nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione espressamente indicate nella disposizione in esame: "agricoltura, pesca, trasporti, mercato interno, ricerca e sviluppo tecnologico, spazio".

Non è chiaro, peraltro, se l'elencazione delle politiche contenuta nella norma abbia un carattere tassativo, tuttavia si può osservare che il riferimento a queste politiche, ad esclusione di altre, sembra dovuto al fatto che è proprio in questi settori che si ricorre all'utilizzo degli animali ai fini di sperimentazione scientifica, e che, pertanto, potrebbe trattarsi di un elenco esemplificativo, suscettibile di estendersi ad altre politiche[36], anche in considerazione della natura di principio fondamentale

[32] 1° 'considerando' della direttiva 2010/63. Vale la pena di ricordare che il principio del benessere animale non è nuovo all'ordinamento dell'Unione, e che l'art. 13 TFUE codifica un'evoluzione normativa che, a far data dal Trattato di Maastricht, ha progressivamente specificato e reso cogente tale principio: v. la ricostruzione in R. Forastiero, *op. cit.*, p. 571 ss.

[33] Sull'art. 13 v. X. Priollaud, D. Sirinzky, *Le Traité de Lisbonne: Commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, Paris, 2008, p. 165 ss.; M. Giovannelli, *Articolo 13 TFUE*, in C. Curti Gialdino (a cura di), *Codice di diritto dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 481 ss.; F. Barzanti, *Articolo 13 TFUE*, cit., e bibliografia ivi citata

[34] G. Botta, *Significato e conseguenze della direttiva europea 2010/63/UE per l'Italia,* in Rapp. ISTISAN 11/39, cit.

[35] Nella sua Comunicazione sull'iniziativa dei cittadini europei *'Stop Vivisection'* (cit. *supra* in nota 5) la Commissione sottolinea che: "per il momento, la sperimentazione animale continua ad essere importante per tutelare la salute umana e animale e l'integrità dell'ambiente".

[36] Si noti, a favore della nostra tesi sul carattere non tassativo dell'elenco, che un primo ampliamento dei settori interessati dal rispetto del principio, rispetto alla sua originaria formulazione si è verificato con l'art. III-121 del Trattato costituzionale del 2004, che ha introdotto il settore della ricerca scientifica: v. *supra*, nota 33.

dell'Unione che il TUE riconosce alla tutela del benessere degli animali in quanto esseri senzienti[37].

In nessun caso, però, l'art. 13 TFUE potrebbe costituire la base giuridica di un atto di diritto derivato dell'Unione relativo ad una delle summenzionate politiche[38], opponendosi a una tale possibilità il fatto che la materia della protezione del benessere animale non è oggetto di una competenza dell'Unione, se non nella misura in cui la difformità di normative nazionali sul benessere animale costituisca un ostacolo tecnico al funzionamento del mercato interno, nel quadro delle politiche sopra indicate, e occorra perciò armonizzare i diversi livelli nazionali di protezione degli animali, al fine di realizzare condizioni di pari concorrenza tra imprese, per l'immissione di sostanze e prodotti nel mercato interno dell'intero territorio dell'Unione; e di favorire la libera circolazione di scienziati e ricercatori in tutto il territorio dell'Unione per garantire pari opportunità di ricerca. Sotto questo profilo, la direttiva opera un "bilanciamento tra il doveroso rispetto verso gli animali da utilizzare nella ricerca e l'interesse collettivo alle attività di sperimentazione su di essi che sono ritenute indispensabili, sulla base delle attuali conoscenze condivise dalla maggioranza della comunità scientifica. Il legislatore europeo non ha inteso infatti recepire le opinioni scientifiche, minoritarie, di chi ritiene le sperimentazioni su animali inefficaci"[39].

Il principio in questione deve perciò applicarsi conformemente al principio di proporzionalità dell'azione dell'Unione e degli Stati membri. E invero a quest'ultimo è ispirato il primo dei criteri stabiliti dal principio fondamentale delle 3R (dall'inglese *Replace*, *Reduce e Refine* ossia: sostituzione, riduzione, perfezionamento) relativo alla sperimentazione su animali vivi[40], al quale gli Stati membri devono attenersi nell'attuazione della direttiva, e che impone l'obbligo di preferire metodi di sperimentazione alternativa – qualora disponibili e riconosciuti dalla legislazione dell'Unione –, a quella che preveda l'utilizzo di animali. L'utilizzo di animali ai fini di sperimentazione scientifica è perciò ammesso solo nel caso d'impossibilità di ricorso a metodi alternativi, entro i limiti dettati dagli altri due criteri che costituiscono l'oggetto del principio delle 3R, quelli della riduzione e del perfezionamento, previsti dai paragrafi 2 e 3 dell'art. 4 della direttiva 2010/63, e nel rispetto dell'art. 13 TUE.

Un secondo punto di rilievo è costituito dal fatto che si è di fronte ad una "direttiva dettagliata", come emerge ancora una volta dalla lettura del citato 1° 'considerando', dove si ribadisce peraltro che l'esigenza di adottare norme armonizzate più dettagliate serve lo scopo di ridurre le disparità normative tra gli Stati membri al fine di garantire il funzionamento del mercato interno[41]. Questo significa una riduzione dello spazio discrezionale riservato di regola agli Stati membri in sede di attuazione

[37] Nel senso del carattere tassativo dell'elencazione delle politiche contenuta nell'art. 13 TFUE si pronuncia invece F. Barzanti, *op. ult. cit.*, p. 417.

[38] Così R. Forastiero, *op. cit*., p. 573 e dottrina citata in nota 25.

[39] In questo senso si esprime la Corte costituzionale nella sentenza n. 166/2004, sulla quale si rinvia *infra*, alle conclusioni.

[40] Art. 4 della direttiva 2010/63 intitolato: Principio della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento.

[41] Si confronti la direttiva 86/609, che conteneva 27 articoli, con la direttiva 2010/63, che consta di 66 articoli oltre agli 8 allegati.

della direttiva, limitazione ritenuta conforme all'art. 288 TFUE dalla Corte di giustizia e dalla prevalente e più autorevole dottrina[42].

In terzo luogo occorre evidenziare le caratteristiche degli atti di armonizzazione, tra i quali rientra la direttiva 2010/63: ad essi si fa ricorso, nella prassi dell'Unione, quando il mantenimento delle legislazioni nazionali in un determinato settore del mercato interno, a condizione del loro mutuo riconoscimento da parte di ogni Stato membro, non basta a garantire l'eliminazione degli ostacoli tecnici alla libera circolazione delle merci[43]. Gli atti di armonizzazione riducono infatti il divario esistente tra le diverse legislazioni nazionali in un certo settore o una determinata materia mediante l'adozione di *standards* (ovvero di requisiti minimi che, a seconda dei casi, potranno riguardare la qualità e la sicurezza di prodotti o sostanze, la qualità, sicurezza, affidabilità di procedure utilizzate per la loro produzione, comprese le procedure di sperimentazione per testare la non tossicità di tali prodotti o sostanze) più o meno elevati, ai quali tutte le normative nazionali dovranno conformarsi. Questa "standardizzazione" serve lo scopo di eliminare o ridurre le cosiddette barriere tecniche al commercio internazionale ed europeo, in modo da consentire che un certo prodotto o una certa sostanza proveniente da uno Stato possa essere importato o esportato liberamente in altri Stati, senza che questi ultimi possano opporre norme nazionali restrittive al fine di impedirne l'ingresso[44].

---

[42] Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 1977, causa 38/77, *Enka*, specie punto 11. In dottrina, sul punto, R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.,* p. 170; U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed. riv. e agg., p. 295.

[43] Con la notissima pronuncia *Cassis de Dijon* la Corte ha stabilito, sin dal 1979, che l'imprescindibile corollario del principio fondamentale di libera circolazione delle merci dovesse considerarsi *il principio del mutuo riconoscimento e non discriminazione* delle normative nazionali tecniche in materia di caratteristiche dei prodotti, per effetto del quale ogni Stato membro è tenuto a riconoscere, come conformi alle proprie, le merci legittimamente prodotte secondo le leggi dello Stato d'origine, e di conseguenza a non frapporre ostacoli al loro ingresso nel proprio territorio: sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral* c. *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (in séguito: sentenza *Cassis de Dijon)*, punto 6. Sull'impatto della giurisprudenza *Cassis de Dijon* e del principio del mutuo riconoscimento sugli scambi intracomunitari in generale la dottrina è vastissima. Segnaliamo, solo a titolo di esempio, A. Mattera, *Le marché unique européen*, II ed., Paris, 1990; F. Capelli, *I malintesi provocati dalla sentenza "Cassis de Dijon" vent'anni dopo*, *ivi*, 1996, p. 677 ss.; L. Marini, *La libera circolazione delle merci*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2000, p. 170 ss.; N. Nic Shuibhne, *The Free Movement of Goods and Article 28 EC: An Evolving Framework*, in *European Law Review*, 2002, p. 408 ss.; G. Palmieri, *Spunti di riflessione su libera circolazione delle merci e diritti fondamentali a partire dalla giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Contratto Impresa Europa*, 2007, pp. 774 ss. Si v. anche la comunicazione interpretativa della Commissione, Agevolare l'accesso di prodotti al mercato di un altro Stato membro: applicazione pratica del mutuo riconoscimento.

[44] Di fronte alle difficoltà create dalla diversità delle normative tecniche nazionali ed all'ampliarsi dei casi di deroga, spesso misure protezionistiche delle produzioni nazionali "mascherate", la CE prima e l'UE poi hanno utilizzato l'altro strumento, ben più incisivo, messo a disposizione dal TFUE (ex TCE): il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, previsto oggi dall'art. 114 TFUE, passando così dall'armonizzazione negativa a quella positiva. Sul ruolo dell'armonizzazione per ridurre o eliminare gli ostacoli tecnici al commercio internazionale P. Oliver, *Free Movement of Goods in the European Community*, London, 2003; P. Puoti, *Libera circolazione delle merci nei sistemi CE e GATT/WTO e sicurezza alimentare: il ruolo dell'armonizzazione*, in F. Francioni, F. Lenzerini, M. Montini (a cura di), *OMC e diritto della CE nella prospettiva della risoluzione delle controversie internazionali*,

È bene ribadire che, una volta che l'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, adotta un atto di armonizzazione, la materia non può più formare oggetto di autonoma regolazione da parte degli Stati membri, non potendo più valere la possibilità di ricorso alle deroghe previste dall'art. 36 TFUE (misure statali più rigorose, di ostacolo alla libera circolazione ma giustificate da legittimi motivi), né il ricorso a misure nazionali restrittive dovute ad "esigenze imperative" sulla base della giurisprudenza *Cassis de Dijon*[45], poiché il ricorso a tali misure è applicabile soltanto in settori o materie non ancora oggetto di armonizzazione[46]. Viene dunque esclusa, in linea di principio, la possibilità di mantenere o introdurre misure statali derogatorie della disciplina armonizzata, a meno che esse non siano autorizzate dalle Istituzioni UE ai sensi delle clausole di salvaguardia previste dall'art. 114, paragrafi 4 e 5, TFUE[47], oppure a meno che non si tratti di misure consentite da clausole di deroga e/o salvaguardia inserite nell'atto armonizzato[48].

In proposito deve osservarsi che la direttiva 2010/63[49] consente soltanto ed esclusivamente il *mantenimento* di misure nazionali più rigorose, ovvero che assicurano una protezione più estesa agli animali oggetto della disciplina armonizzata, che siano già in vigore al 9 novembre 2010, che corrisponde al giorno precedente l'inizio della decorrenza del termine di trasposizione, scaduto il 10 novembre 2012 (art. 61). La deroga è ammessa però solo nella misura in cui la norma nazionale più rigorosa – oltre al rispetto del requisito appena richiamato, di risultare in vigore al 9 novembre 2010 –, non pregiudichi il corretto funzionamento del mercato interno (7° 'considerando') e venga comunicata alla Commissione entro il 1° gennaio 2013.

Invero esistevano normative italiane più rigorose vigenti al 9 novembre 2010[50], tra le quali figurava l'art. 8, par. 3, del d.lgs. 116/1992 in materia di restrizioni all'uso di animali a fini didattici e di formazione, del quale il Governo avrebbe potuto invocare il mantenimento per evitare d'incorrere nella violazione del dettato della direttiva. Restano oscure le ragioni per le quali il nostro Governo, nell'annunciare di voler comunicare alcune disposizioni più rigorose di leggi vigenti al momento dell'adozione dell'atto di trasposizione, non abbia inserito tra queste l'art. 8, par. 3, sopra citato[51].

Milano, 2005; P. Oliver, S. Enchelmaier, *Free Movement of Goods: Recent Developments in the Case Law*, in *Common Market Law Review*, 2007, pp. 649-704.

45 *Supra* nota 51.

46 Per costante giurisprudenza della Corte di giustizia una giustificazione fondata sull'art. 36 TFUE o su una delle esigenze fondamentali riconosciute dal diritto UE è esclusa in presenza di direttive che prevedano l'armonizzazione delle misure necessarie alla realizzazione dello specifico obiettivo perseguito. In tale ipotesi, infatti, devono essere adottate misure di protezione nell'ambito definito dalla direttiva di armonizzazione: sentenza della Corte di giustizia del 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, punto 18.

47 *Supra*, nota 30.

48 *Supra*, *ibidem.*

49 Art. 2, par. 1, della direttiva 2010/63 intitolato Misure nazionali più rigorose.

50 Oltre al citato d.lgs. 116/92 di attuazione della precedente direttiva 86/609/CEE, anche la l. del 14 agosto 1991, n. 281, legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo.

51 V. la tabella di corrispondenza tra le disposizioni della direttiva 2010/63 e quelle inserite nello schema di decreto, contenuta nel documento DAGL PCM 24.02.2014, cit., p. 90.

È in ogni caso da escludere la possibilità che gli Stati membri, in fase di trasposizione della direttiva 2010/63, possano *introdurre* nuove disposizioni più rigorose sotto il profilo della maggiore protezione degli animali suddetti[52], mentre, come si è detto, risulta chiaramente dal testo del d.lgs. 26/2014 che il Governo ha introdotto *ex novo* misure restrittive non permesse dalla direttiva. Quest'ultima contiene anche una clausola di salvaguardia (art. 55), che permette eccezionalmente l'adozione di misure provvisorie statali meno rigide, che consentono di condurre esperimenti su scimmie antropomorfe, a condizione che vengano autorizzate dalla Commissione.

3. Per quanto riguarda il contenuto della direttiva, in questa sede è sufficiente richiamare quelle, tra le sue disposizioni, che rilevano ai fini della valutazione di conformità con la normativa italiana di attuazione: oltre ai già citati articoli 2 (*Misure nazionali più rigorose*) e 55 (*Clausola di salvaguardia*), si devono ricordare l'art. 5 (*Finalità delle procedure*), l'art. 8 (*Utilizzo di primati non umani*) e l'art. 10 (*Animali allevati per essere utilizzati nelle procedure*).

Per ciò che riguarda la finalità delle procedure la direttiva si limita a stabilire il principio per il quale sono autorizzate solo le procedure di sperimentazione finalizzate alla realizzazione di uno degli scopi indicati nell'art. 5, ovvero alla ricerca di base (art. 5, lett. a); alla ricerca applicata o traslazionale (art. 5, lett. b, primo alinea); alla valutazione, rilevazione, controllo o modificazioni delle condizioni fisiologiche negli esseri umani, negli animali o nelle piante (art. 5, lett. b, secondo alinea); oppure al benessere degli animali ed al miglioramento delle condizioni di produzione per gli animali allevati a fini agronomici; per realizzare uno degli scopi di cui alla lett. b) nell'ambito dello sviluppo, della produzione o delle prove di qualità, di efficacia e di innocuità dei farmaci, dei prodotti alimentari, dei mangimi e di altre sostanze o prodotti (art. 5, lett. c); alla protezione dell'ambiente naturale, nell'interesse della salute o del benessere degli esseri umani o degli animali (art. 5, lett. d); alla ricerca finalizzata alla conservazione delle specie (art. 5, lett. e); all'insegnamento superiore o la formazione ai fini dell'acquisizione, del mantenimento o del miglioramento di competenze professionali (art. 5, lett. f); alle indagini medico-legali (art. 5, lett. g).

In relazione alle specie animali che possono essere utilizzate nelle sperimentazioni, la direttiva limita le possibilità di utilizzo di talune specie, tra l'altro, in ragione del fatto che si tratta di specie minacciate di estinzione (art. 7); oppure a motivo della particolare affinità con l'essere umano di determinate specie, i primati (art. 8). L'unico divieto di utilizzo di una particolare specie nelle procedure riguarda le scimmie antropomorfe, appartenenti alla categoria dei primati. Tuttavia il divieto di utilizzare scimmie antropomorfe nelle sperimentazioni soffre di un'eccezione, che ne permette l'utilizzo soltanto alle strette condizioni stabilite nella clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 55, par. 2. In tal caso, però, lo Stato membro che adotti misure provvisorie deve informarne immediatamente gli altri Stati membri e la Commissione, che ha potere di decisione sull'autorizzazione o la revoca della misura provvisoria adottata (art. 55, par. 4).

Infine, con riferimento alla possibilità e alle condizioni di allevamento di animali destinati ad essere utilizzati nelle procedure di sperimentazione, la direttiva, nel suo

[52] Possibilità invece ammessa dall'art. 24 della direttiva 86/609.

art. 10, impone il principio generale per il quale le specie elencate in un apposito allegato[53] si possano utilizzare unicamente per le procedure per le quali sono stati allevati. Per contro, altre specie animali (quali ad es. maiali, oche, papere, anatre, uccelli, pollame, tacchini, quaglie, pecore e capre, bovini, equini, etc.) non soggiacciono a tale condizione e possono perciò utilizzarsi a fini sperimentali anche se allevati ad altro scopo. Dal tenore delle sue disposizioni si evince perciò che la direttiva non pone agli Stati membri alcun divieto di allevare animali a fini di sperimentazione, al contrario di quanto previsto dalla normativa interna, come si vedrà tra poco.

Per quanto riguarda l'obbligo di risultato imposto agli Stati membri, questo consiste nel conformare le legislazioni nazionali in materia di benessere degli animali utilizzati a fini scientifici agli *standards* previsti dalla direttiva 2010/63, partendo dal presupposto che misure nazionali più rigorose, così come meno rigorose, creerebbero comunque ostacoli tecnici pregiudicando il corretto funzionamento del mercato interno. In particolare tra i vari *standards* di regolazione cui gli Stati membri devono attenersi nell'attuazione della direttiva si segnalano, in quanto rilevanti in questa sede: l'obbligo di preferire metodi di sperimentazione alternativa qualora disponibili e riconosciuti dalla legislazione dell'Unione; in caso d'impossibilità di ricorso a metodi alternativi, l'obbligo di applicare il principio delle 3R alla sperimentazione su animali vivi; l'obbligo di limitare l'utilizzo di animali a settori che servano al miglioramento della salute umana, animale e all'ambiente, obbligo che ha per corollari: il divieto del loro uso a fini scientifici o educativi se sia disponibile un'alternativa non animale, e il divieto assoluto di uso di animali in procedure scientifiche relative ad altri settori dell'Unione; l'obbligo di uniformare i requisiti in materia di sistemazione e cura degli animali; l'obbligo di assicurare che le procedure di sperimentazione animale vengano svolte da personale competente e autorizzato.

4. Come si è accennato in premessa, l'Italia ha recepito con ritardo la direttiva 2010/63, articolandone la trasposizione in due diversi momenti: si è prima provveduto, mediante l'art. 13 della legge di delegazione europea 96/2013, all'adozione dei criteri di delega da parte del Parlamento al Governo, ai quali quest'ultimo deve attenersi per l'adozione della normativa interna di attuazione della direttiva, e successivamente si è adempiuto all'obbligo di trasposizione con l'emanazione del d.lgs. 26/2014.

Va in proposito ricordato che già l'approvazione dell'art. 13 della legge di delegazione europea 96/2013 è stata accompagnata da osservazioni e dubbi circa la conformità dei criteri di delega in esso stabiliti con la direttiva da parte della 12ª Commissione permanente della Camera (Affari sociali), in sede di approvazione del parere sulla conformità del progetto di legge con il diritto dell'Unione europea[54].

[53] Allegato I alla direttiva 2010/63 che comprende: topi, ratti, criceti, porcellini d'india, gerbilli, conigli, cani, gatti, primati non umani, rana e pesce zebra.

[54] Il disegno di legge n. A.S. 587 (legge di delegazione europea 2013), dopo l'approvazione in Senato a seguito del parere favorevole reso dalla Commissione Igiene e Sanità del 5 giugno 2013, è approdato alla Camera dei deputati con il n. A.C. 1326, dove è stato approvato in virtù del parere favorevole con riserva espresso dalla Commissione Affari Sociali nella seduta del 24 luglio 2013: Camera dei Deputati 24 Luglio 2013 – XVII Legislatura - Bollettino Delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari Affari Sociali (XVII) – Relazione approvata dalla XII Commissione (reperibile *online*).

Il Governo, in sede di applicazione dei criteri di delega indicati nell'art. 13 della l. 96/2013, ossia con il d.lgs. 26/2014, si è orientato per una trasposizione "ondeggiante", più o meno conforme ai criteri e principi di cui all'art. 13, par. 1, della l. 96/2013[55], tenendo conto solo in qualche caso, ed in modo peraltro insufficiente, della clausola di salvaguardia contenuta nel secondo paragrafo della disposizione da ultimo richiamata.

Dal tenore dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 13 della l. 96/2013 emerge una contraddizione di fondo: da un lato si indicano specifici criteri e principi direttivi, alcuni dei quali, imponendo livelli di regolazione superiori, contraddicono apertamente gli scopi della direttiva (art. 13, par. 1, lettere e, f, g della legge di delega)[56], dall'altro si impone al Governo, con la clausola di salvaguardia contenuta nel secondo paragrafo di questa disposizione, di "rispettare gli obblighi che derivano da legislazioni o farmacopee nazionali, europee o internazionali" in sede di attuazione dei principi e criteri direttivi indicati nel par. 1 dell'art. 13. Il risultato sul piano applicativo è che, quale che sia la scelta operata, il Governo non potrà fare a meno di adottare disposizioni illegittime sul piano interno, per violazione dell'art. 76 Cost.[57].

Invero, nel caso in cui, come ha fatto in realtà, il Governo decida di seguire quei criteri e principi indicati nel par. 1 dell'art. 13 che si pongono in aperto contrasto con la direttiva 2010/63, esso incorrerà nella violazione del secondo paragrafo della citata disposizione, che contiene la clausola di salvaguardia vòlta ad assicurare che il Governo, nell'attuazione della delega legislativa, si conformi al diritto internazionale ed europeo[58]. Le norme del decreto legislativo non in linea col dettato della direttiva risultano perciò viziate da "eccesso di/dalla delega"[59] alle luce dell'art. 76 Cost., per violazione non soltanto dell'art. 13, par. 2, della l. 96/2013, ma, di riflesso, anche di quelle leggi interne che impongono al Governo, in sede di attuazione di direttive dell'UE, il rispetto di determinati principi e criteri direttivi, quali l'art. 1 della stessa legge di delegazione europea[60] e l'art. 32 della l. 234/2012 lettere

---

55 Il punto è sviluppato nei due paragrafi successivi.

56 Su questo punto si rinvia all'analisi svolta nei due paragrafi che seguono.

57 In dottrina, *ex multis*: L. Paladin, *Art. 76*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979, p. 1 ss.; A. Cerri, *Delega legislativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, X, 1993; A. Celotto, E. Frontoni, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Encicolopedia del diritto*, Aggiornamento, 2002, p. 698 ss.; M. Ruotolo, *Delega legislativa*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p.1769 ss.; M. Ruotolo, S. Spuntarelli, *Art. 76 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006; G. Zagrebelsky, *Conclusioni*, in *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 Ottobre 2008*, Milano, 2009, p. 320 ss.

58 Sul piano interno, rileva non solo la violazione dell'art. 76 Cost., ma anche e soprattutto la violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., che impone al legislatore di rispettare i vincoli che derivano, tra l'altro, dal diritto comunitario (ora diritto dell'Unione europea).

59 D. De Lungo, *La recente giurisprudenza della corte costituzionale in materia di eccesso di delega,* in federalismi.it, *Focus Fonti*, n. 3/2015, in proposito afferma che risulta: "priva di seguito alcuno l'ulteriore distinzione (...) fra eccesso di delega, (...) ed eccesso dalla delega (...)".

60 L. 96/2013, art. 1: *Delega al Governo per l'attuazione di direttive europee* – "1. Il Governo è delegato ad adottare, secondo le procedure, i principi e i criteri direttivi di cui agli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, i decreti legislativi per l'attuazione delle direttive elencate negli allegati A e B alla presente legge".

c) e i)[61]. In questo caso si può prospettare addirittura la violazione dell'art. 76 Cost. ad opera della stessa legge di delegazione europea[62].

Il decreto governativo risulterebbe, tuttavia, in contrasto con l'art. 76 Cost., anche per quelle disposizioni che, al contrario, si prospettano in linea con le "legislazioni o farmacopee nazionali, europee o internazionali" come vuole il par. 2, dell'art. 13, ovvero, nel nostro caso, con la direttiva 2010/63[63]. In questo secondo caso, il vizio di "eccesso di/dalla delega" sarebbe determinato dalla violazione del primo paragrafo dell'art. 13, nella misura in cui non si sono rispettati quei criteri e principi direttivi che impongono livelli di regolazione superiori ai minimi prescritti dall'atto europeo.

Prova dell'intrinseca contraddizione tra il primo e il secondo paragrafo dell'art. 13 della l. 96/2013 e del risultato al quale conducono (violazione in ogni caso dell'art. 76 Cost.), sono le osservazioni e i pareri resi in sede parlamentare in occasione dell'adozione del d.lgs. 26/2013. Da una parte la 1ª Commissione permanente (Affari costituzionali) si esprime negativamente sullo schema di decreto e prospetta una violazione dell'art. 76 Cost. in ragione del fatto che alcune delle disposizioni dello schema di d.lgs. sarebbero troppo poco restrittive e perciò difformi dai rigidi criteri di delega indicati dall'art. 13, par. 1, della l. 96/2013[64].

Dall'altra, la 14ª Commissione permanente (Politiche europee), pur dando parere favorevole, formula osservazioni[65], rilevando la difformità della normativa interna di attuazione con la direttiva, in quanto eccede in rigore il dettato di quest'ultima, e arriva allo stesso risultato di ammonire il Governo a tenere conto delle sue osservazioni e di ricorrere alla clausola di salvaguardia contenuta nel par. 2 dell'art. 13 della l. 96/2013 per non incorrere nella violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega.

Dal punto di vista interno, non vi è dubbio che il decreto del 2014 potrebbe ritenersi viziato, in entrambe le ipotesi prospettate, da eccesso di delega per violazione dell'art. 13 della l. 96/2013 – in considerazione dell'aperta contraddizione tra il suo primo e il suo secondo paragrafo e dei risultati cui essa può condurre –, vizio cen-

---

61 L. 234/2012, art. 32: *Principi e criteri direttivi generali di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione europea* – "1. Salvi gli specifici principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge di delegazione europea e in aggiunta a quelli contenuti nelle direttive da attuare, i decreti legislativi di cui all'art. 31 sono informati ai seguenti principi e criteri direttivi generali: (...) c) gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse".

62 Il punto verrà sviluppato tra poco.

63 Nella specie il Governo ha ottemperato agli obblighi previsti dalla direttiva in materia di anestesia degli animali soggetti a procedure. Un'attuazione parzialmente conforme, perciò insufficiente, degli obblighi della direttiva, riguarda invece le previsioni del d.lgs. 26/2014 relative alla sperimentazione animale per gli xenotrapianti e le ricerche sulle sostanze d'abuso, sperimentazione vietata dal criterio dettato nell'art. 13, par. 1, lett. f), e permessa, solo temporaneamente, in virtù di una moratoria fino al 2017, dall'art. 42, par. 1, del decreto: sul punto si rinvia *infra*, al par. 6 di questo lavoro.

64 Legislatura 17ª – 1ª Commissione permanente – Resoconto sommario n. 81 del 18.12.2013: "La 1ª Commissione (...) si pronuncia, per quanto di competenza, in senso contrario, poiché si profila una violazione dell'articolo 76 della Costituzione, in ragione delle segnalate difformità dai princìpi e criteri direttivi contenuti nella legge di delega", in www.senato.it.

65 Legislatura 17ª – 14ª Commissione permanente – Resoconto sommario n. 37 del 08.01.2014 – Osservazioni approvate dalla Commissione sull'atto del governo n . 50, in www.senato.it.

surabile davanti alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost., secondo l'orientamento che riconosce la possibilità di sollevare una questione di costituzionalità sia delle leggi di delega[66] che dei decreti legislativi delegati con riferimento alle "norme interposte", le leggi parlamentari di delegazione al Governo[67].

Tuttavia, nelle ipotesi di decreti legislativi di attuazione di direttive dell'UE, i quali da una parte violano i criteri e principi direttivi della legge delega, ma dall'altra si conformano alla normativa europea, la questione di costituzionalità per eccesso di/dalla delega in base all'art. 76 Cost. viene ora ritenuta infondata[68], ora inammissibile per difetto di rilevanza[69] per il prevalere dell'obbligo del legislatore (incluso il Governo quando agisce come legislatore delegato) di rispettare gli obblighi internazionali, incluso il diritto comunitario (ora dell'Unione) sancito dall'art. 117, co. 1, Cost.

Nel caso del d.lgs. 26/2014 occorre perciò distinguere le due diverse situazioni, ossia il caso della violazione dei criteri e dei principi direttivi dettati dall'art. 13, par. 1, della legge di delegazione europea; e quello, opposto, della violazione, sempre ad opera dell'atto governativo, della clausola di salvaguardia contenuta nel secondo paragrafo di quest'ultima legge[70].

Nel primo caso, l'eventuale censura d'incostituzionalità del d.lgs. 26/2014 alla luce dell'art. 76 Cost. sarebbe da escludere, almeno in relazione a quelle disposizioni che, pur violando i principi e i criteri della legge di delegazione europea, abbiamo tenuto conto della clausola di salvaguardia di cui all'art. 13, par. 2, di quest'ultima, e risultino perciò conformi alla direttiva 2010/63. In questo caso dovrebbe applicarsi il dettato dell'art. 117, co. 1, Cost. che, imponendo al legislatore il rispetto del diritto dell'UE, esclude implicitamente che possa venire in rilevo una censura sul piano costituzionale fondata sull'art. 76 Cost., di norme interne conformi a quest'ultimo, anche se in contrasto con principi e criteri direttivi contenuti in una legge delega.

Nella seconda ipotesi appare invece concretamente prospettabile una violazione dell'art. 76 Cost. e ciò, non tanto e non solo per il fatto che il decreto governativo, per aver rispettato i criteri e principi direttivi stabiliti dall'art. 13, par. 1, ha violato l'obbligo di conformità alla normativa europea imposto al secondo paragrafo, ma soprattutto in ragione del contrasto dello stesso art. 13, par. 1, della legge di delegazione europea con le altre disposizioni nazionali che impongono al legislatore nazionale il rispetto delle direttive UE. L'art. 13, par. 1, infatti, dettando principi e criteri direttivi

---

66 Sulla possibilità che la Corte dichiari incostituzionale una legge di delega per violazione dell'art. 76 Cost. si rinvia a quanto si dirà *infra*, in nota 85.

67 Così A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, Torino, 2014, p. 172 ss. La Corte costituzionale ha riconosciuto la propria competenza a controllare il rispetto della legge di delega da parte del decreto legislativo emanato dal Governo in attuazione della prima sin dalla sentenza del 16 gennaio 1957, n. 3. Essa ha pure affermato, in una serie di pronunce, la possibilità che un decreto legislativo di attuazione di una direttiva comunitaria potesse ritenersi viziato da eccesso di delega nel caso di contrasto con i principi fissati dalla direttiva e in forza della delega legislativa finalizzata a permetterne la trasposizione mediante atto governativo, a cominciare dalla sentenza del 29 aprile 1996, n. 132.

68 Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno 1993, n. 285.

69 V. M. Bellocci, T. Giovannetti, L. Iannuccilli (a cura di), *La delega legislativa*, (ottobre-2008), in www.cortecostituzionale.it.

70 Art. 5, par. 2, lettere d), e), f); art. 10, par. 4, e art. 42, par. 1, del d.lgs. n. 26/2014 sui quali v. i paragrafi successivi.

in contrasto con la direttiva, si pone in contrasto con le norme interne che presiedono all'adeguamento dell'ordinamento italiano al diritto dell'Unione europea, quali l'art. 1 della stessa l. 96/2013 e l'art. 32 della legge 234/2012 lettere c) e i), già ricordate, che impongono di considerare gli obblighi imposti dagli atti europei quali principi e criteri direttivi da rispettare al momento della loro attuazione sul piano interno[71]. In questo caso vengono perciò in rilievo profili d'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della stessa legge di delegazione europea, in base all'art. 76 Cost.[72], senza contare la violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. che impone al legislatore statale e regionale, nell'esercizio delle rispettive potestà legislative, di rispettare i vincoli derivanti, tra l'altro, dal diritto comunitario (leggi: dell'Unione europea).

Tuttavia non è detto che il giudice comune sollevi necessariamente una questione di legittimità della legge di delegazione europea davanti alla Corte costituzionale in base all'art. 76 Cost.[73], dovendo egli, in presenza di norme interne incompatibili con obblighi della direttiva che siano direttamente applicabili, e qualora il giudizio principale riguardi una controversia tra Stato e privati, direttamente procedere alla disapplicazione delle prime[74]. In quest'ultimo caso resta però ferma la necessità di espungere dall'ordinamento interno la normativa difforme dal dettato della direttiva ed evitare la prosecuzione di eventuali procedure d'infrazione: nel caso che ci occupa l'eventuale disapplicazione di norme del d.lgs. 26/2014 ad opera del giudice comune non servirebbe a far cessare la prosecuzione della procedura avviata dalla Commissione nei confronti del nostro Paese per la non corretta trasposizione della direttiva 2010/63.

5. Diverse disposizioni della normativa interna di trasposizione (quali il divieto di utilizzare animali da sperimentazione per ricerche sugli xenotrapianti[75], per ricerche sulle sostanze d'abuso[76] – sebbene entrambi attualmente oggetto di una moratoria ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 26/2014[77] –, o ai fini di esercitazioni didattiche ad eccezione della formazione accademica in veterinaria e di quella post-laurea in veterinaria e medicina[78]; l'art. 8 del d.lgs. 26/2014 che, in violazione dell'art. 55 della direttiva, attribuisce all'autorità italiana e non alla Commissione la compe-

[71] V. *supra*, note 71 e 72.

[72] L'eventualità di un sindacato della Corte sulla legge di delega appare difficile alla luce della sua giurisprudenza, come evidenzia la dottrina: I. Del Vecchio, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, *Focus Fonti*, n. 3/2015, in federalismi.it; D. De Lungo, *op. cit*.

[73] Come ad esempio nelle sentenze del 12 marzo 2012, n. 75, e del 21 maggio 2014, n. 153.

[74] Sentenza dell'8 aprile 1991, n. 168 che ha fatto applicazione del principio sancito dalla giurisprudenza *Granital* (sentenza del 5 giugno 1984, n. 170).

[75] Art. 5, par. 2, lett. d), del d.lgs. 26/2014.

[76] Art. 5, par. 2, lett. e), del d.lgs. 26/2014.

[77] Art. 42. Disposizioni transitorie e finali "1. Le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 2, lettere d) ed e), (...) , si applicano a decorrere dal 1° gennaio 2017; (...) 2. Al fine di dare attuazione alle disposizioni di cui al comma 1, il Ministero, (...) effettua entro il 30 giugno 2016 un monitoraggio sulla effettiva disponibilità di metodi alternativi. 3. Il presente decreto non si applica ai progetti già autorizzati o comunicati prima della entrata in vigore dello stesso. A tali progetti, comunque non prorogabili, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 116. In ogni caso, ai progetti autorizzati prima del 31 dicembre 2016 e fino alla loro naturale scadenza non si applicano i divieti di cui al comma 1".

[78] Art. 5, par. 2, lett. (f), del d.lgs. 26/2014.

tenza ad autorizzare, in casi eccezionali, procedure di sperimentazione sui primati non umani, incluse le scimmie antropomorfe, senza rispettare le condizioni previste dalla clausola di salvaguardia contenute nell'art. 55 della direttiva 2010/63; l'aggravio di condizioni per autorizzare l'allevamento in Italia di animali geneticamente modificati[79]; il divieto di allevamento nel territorio nazionale di cani, gatti e primati non umani destinati alla sperimentazione[80]) costituiscono violazione degli obblighi di risultato imposti dalla direttiva 2010/63.

Per questa ragione, in sede di valutazione dello schema di decreto presentato dal Governo ai fini della sua definitiva approvazione, la 12ª Commissione (Affari sociali) della Camera, ha espresso un parere nettamente contrario alla sua approvazione[81], mettendo in evidenza il fatto che il Governo si fosse discostato dal dettato dell'art. 2 della direttiva 2010/63, che vieta l'introduzione di misure nazionali più rigorose, adottando *ex novo* disposizioni più restrittive, ad onta del fatto che la stessa Commissione, in sede di valutazione dei criteri di delega oggetto del disegno di legge di delegazione europea del 2013, avesse già espresso un parere favorevole con osservazioni, ritenendo non conformi alla direttiva alcuni dei criteri di delega ivi indicati e aveva perciò invitato il Governo ad utilizzare la clausola di salvaguardia prevista dal co. 2 dell'art. 13 della l. delega 96/2013.

Nel merito della normativa adottata, la Commissione Affari sociali teneva poi ad evidenziare che il maggior rigore della normativa italiana avrebbe pregiudicato la capacità di enti e istituti di ricerca con sede in Italia di partecipare a progetti internazionali, compromettendone la credibilità e le possibilità di sviluppo, e che a nulla sarebbero valse le moratorie inserite nel decreto per procrastinare l'effettiva applicazione di alcuni divieti in aperto contrasto con gli obblighi imposti dalla direttiva, moratorie che, al contrario, avrebbero determinato gravi incertezze sulla possibilità di portare avanti progetti a livello non solo nazionale, ma soprattutto internazionale, che richiedessero tempi superiori ai termini indicati dal decreto per l'ottenimento dei risultati preconizzati, e concludendo perciò per il rigetto del testo predisposto dal Governo.

Nonostante ciò, il nostro Esecutivo ha mantenuto il testo presentato, argomentando, come si evince dalla "Relazione illustrativa" allo schema di decreto, con la circostanza che il parere contrario della Commissione Affari sociali avrebbe dovuto ritenersi "superato dal parere favorevole espresso dalla XIV Commissione della Camera dei Deputati, nella seduta del 12 febbraio 2014"[82].

Anche la 12ª Commissione del Senato, pur dando parere favorevole allo schema di decreto, presentava osservazioni, chiedendo al Governo di valutare se i divieti previsti dallo schema di decreto in materia di xenotrapianti e sostanze d'abuso, sebbene operativi solo a partire dal 1° gennaio 2017, nonché in tema di allevamento di animali da compagnia, in quanto norme più restrittive introdotte *ex novo* dopo il 9 novembre 2010, fossero conformi agli articoli 76 e 117, co. 1, Cost.[83]. A premessa

[79] Art. 10, par. 4, del d.lgs. 26/2014.
[80] Art. 10, par. 4, del d.lgs. 26/2014.
[81] La XII Commissione della Camera del Deputati nella seduta del 5 febbraio 2014 ha espresso parere negativo in merito al provvedimento, in doc. DAGL PCM 24.02 2014, p. 116, reperibile *online*.
[82] Relazione illustrativa in doc. DAGL PCM 24.02 2014, p. 78.
[83] Legislatura 17ª – 12ª Commissione permanente – Parere approvato dalla Commissione sull'atto del governo n. 50, Resoconto sommario n. 79, del 23 gennaio 2014, in www.senato.it.

delle proprie osservazioni, la Commissione parlamentare, quasi a voler ammonire il Governo ad operare correttamente e in conformità con il diritto europeo e interno, opera un preciso richiamo oltre che dell'art. 13 TFUE sul benessere animale, a diverse disposizioni costituzionali, alla legge italiana che presiede all'adattamento del nostro ordinamento al diritto dell'Unione, alla clausola di salvaguardia contenuta nel secondo paragrafo dell'art. 13 della l. 96/2013 e alla clausola di deroga prevista dall'art. 2 della direttiva 2010/63, a conclusione del quale fa un'importante affermazione, secondo la quale la direttiva individuerebbe "un equilibrato contemperamento tra gli interessi, tutti meritevoli di tutela, sottesi alla sperimentazione animale, quali il diritto alla salute, la promozione della ricerca scientifica e il benessere degli animali". A rinforzo del quadro normativo, la Commissione ricorda che la giurisprudenza costituzionale censura come vizio di eccesso di delega l'eventuale atto del Governo, adottato nell'esercizio dei suoi poteri di attuazione della delega legislativa finalizzata alla trasposizione di una direttiva, in contrasto con i principi di quest'ultima.

Analoghi rilievi sono stati mossi anche dalle già citate osservazioni presentate dalla 14ª Commissione (Politiche europee) allo schema di decreto presentato dal Governo.

Non vi è dubbio che i rilievi mossi dalle Commissioni parlamentari allo schema di atto n. 50 (poi divenuto d.lgs. 26/2014) sono molto chiari sui rischi di violazione del dettato della direttiva in cui il Governo sarebbe incorso se non avesse corretto le disposizioni oggetto di dubbio.

Appare perciò particolarmente grave – seppur lecita[84] – la condotta del Governo, che, in sede di relazione illustrativa del predetto schema di decreto, non soltanto ha insistito sul mantenimento di tutte le disposizioni in contrasto con la direttiva, ma ha persino difeso il suo operato considerandolo "pienamente conforme" all'atto europeo[85].

6. Un primo profilo di non conformità della normativa interna riguarda l'art. 5 del d.lgs. 26/2014, che dovrebbe trasporre il corrispondente art. 5 della direttiva 2010/63, come si evince dal fatto che entrambe le disposizioni portano lo stesso titolo (*Finalità delle procedure*) ed hanno, almeno parzialmente, identica formulazione.

A differenza di quanto disposto dalla direttiva[86], però, la norma italiana introduce alcuni divieti che non permettono di autorizzare procedure di sperimentazione con l'utilizzo di animali, tra l'altro, per ricerche sugli xenotrapianti; per ricerche sulle sostanze d'abuso; o ai fini di esercitazioni didattiche svolte nelle scuole primarie, secondarie e nei corsi universitari, con le uniche eccezioni della formazione universitaria in medicina veterinaria nonché dell'alta formazione universitaria dei medici e dei medici veterinari.

Trattasi con tutta evidenza di norme più rigorose introdotte *ex novo* dalla normativa italiana, adottate in conformità del criterio disposto dall'art. 13, co. 1, lett.

[84] Va infatti ricordato che i pareri resi dalle Commissioni parlamentari in sede consultiva sono obbligatori ma non vincolanti (Corte cost., sentenza n. 78/1957), a meno che la legge non disponga diversamente. In dottrina E. Frontoni, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli, 2012; D. Martire, *I pareri delle commissioni parlamentari in sede di formazione dei decreti legislativi nella recente prassi legislativa*, *Focus Fonti*, n. 3/2015, in federalismi.it.

[85] V. quanto affermato in doc. DAGL PCM 24.02 2014, p. 75 ss.

[86] L'art. 5 della direttiva 2010/63 è stato illustrato *supra*, nel par. 3 di questo lavoro.

f), della l. 96/2013, che vieta "l'utilizzo di animali per gli esperimenti bellici, per gli xenotrapianti e per le ricerche sulle sostanze d'abuso, negli ambiti sperimentali e di esercitazione didattica ad eccezione della formazione universitaria in medicina veterinaria e dell'alta formazione dei medici e dei veterinari".

Tali disposizioni si pongono in aperto contrasto con l'obbligo di risultato, prescritto dalla direttiva, di armonizzare le normative nazionali degli Stati membri in materia di protezione degli animali per fini scientifici, al fine di correggere le distorsioni nel mercato interno derivanti dalla diversità delle legislazioni nazionali in materia di protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, e in tal modo rimuovere gli ostacoli agli scambi di prodotti e sostanze ottenuti ricorrendo alla sperimentazione. La difformità dell'art. 5 del d.lgs. 26/2014 con l'art. 5 della direttiva 2010/63 trova dunque le sue radici nel criterio dettato dall'art. 13, par. 1, lett. f) della legge di delegazione europea, criterio a suo tempo oggetto di dubbi da parte della XII Commissione permanente della Camera (Affari sociali), la quale aveva emesso parere favorevole chiedendo però al Governo di attenersi al rispetto della direttiva in sede di attuazione della delega[87].

Il d.lgs. 26/2014 non ha evidentemente tenuto conto di tali raccomandazioni, approvando una disposizione, quale l'art. 5, che impone divieti, non contemplati nell'atto europeo, in relazione ai quali il mondo della ricerca ha espresso forti preoccupazioni, evidenziando che, per quanto riguarda gli xenotrapianti, il loro divieto impedirebbe la prosecuzione delle ricerche finalizzate alla generazione di organi perfettamente compatibili con l'organismo ricevente (umano) da destinare quindi ai trapianti di organi nell'uomo, a partire dall'inserimento mediante iniezione di cellule staminali indotte in un animale ospite; si bloccherebbero promettenti ricerche sul cancro che si basano su xenotrapianti di cellule cancerogene di pazienti allo scopo di migliorare le terapie farmacologiche; si impedirebbe la produzione di valvole cardiache biologiche derivate da maiale, bloccando le cure delle stenosi aortiche e delle valvole cardiache danneggiate[88]. Inoltre si stigmatizza il divieto di ricerca sulle sostanze d'abuso mediante sperimentazione animale, poiché in tal modo s'impedirebbero: lo studio dei meccanismi della dipendenza da tali sostanze, ancora non ben conosciuti; lo studio dei meccanismi che regolano l'ingestione del cibo, impedendo la ricerca per patologie quali la bulimia e l'anoressia; la ricerca relativa a gravi malattie come l'Alzheimer, che si fonda anche sullo studio di alcune sostanze d'abuso; le ricerche sulla sindrome di astinenza neonatale[89].

Va poi osservato che il divieto di utilizzo di animali per xenotrapianti e per ricerche su sostanze d'abuso inciderebbe in modo importante sulla competitività della ricerca e dell'industria legata ad essa che si svolga in Italia, poiché impedirebbe la partecipazione dei ricercatori stabiliti in Italia a bandi europei che prevedano l'utilizzo di tecniche di sperimentazione animale per xenotrapianti e per ricerche sulle sostanze d'abuso, ponendo in essere una ingiustificata discriminazione di tali soggetti rispetto ai soggetti stabiliti in altri Stati membri; impedirebbe altresì la

87 Camera dei Deputati, 17ª legislatura – 12ª Comm. Perm. (Affari sociali), Resoconto della Seduta del 24 luglio 2013, reperibile *online.*

88 Si rinvia ai numerosi interventi e appelli di scienziati ed enti di ricerca pubblicati *online* ricordati *supra* in note 5, 6, e 7.

89 *Ibidem*.

libera circolazione e lo stabilimento in Italia di ricercatori e imprese che intendano utilizzare queste tecniche, la libera fornitura di servizi connessi con l'attività di sperimentazione oggetto dei divieti[90]. Inoltre il divieto in esame costituirebbe un'ingiustificata discriminazione a svantaggio d'imprese, stabilite in Italia, produttrici di merci il cui processo produttivo necessiti di tecniche quali xenotrapianti, come, ad es., la produzione di valvole biologiche cardiache che usano gli xenotrapianti su maiali, rispetto ad imprese simili stabilite in altri Stati membri. Ancora, si realizzerebbe un'ingiustificata discriminazione a svantaggio delle industrie farmaceutiche stabilite in Italia e che fanno ricerca sulle sostanze d'abuso, usando la sperimentazione animale per produrre farmaci che curino le tossicodipendenze, rispetto a industrie che svolgono la stessa attività ma che sono stabilite in altri Stati membri. Infine, si rileva un'ingiustificata disparità di trattamento a svantaggio delle università e gli enti di ricerca stabiliti in Italia e che si avvalgono della sperimentazione animale per condurre ricerche sulle sostanze d'abuso al fine di trovare rimedi a gravi patologie quali anoressia, bulimia, morbo di Alzheimer e sindrome di astinenza neonatale, rispetto alle stesse attività che enti analoghi stabiliti in altri Stati membri sono autorizzati a svolgere.

Anche il divieto di sperimentazione animale al fine di esercitazioni didattiche, ad eccezione della formazione universitaria di base riservata ai soli studenti di veterinaria, e di quella post-laurea, ammessa soltanto per corsi di medicina e veterinaria, appare in netto contrasto con l'obbligo di risultato della direttiva, costituito dalla necessità di adeguata formazione del personale tecnico coinvolto nella sperimentazione, che deve poter garantire il benessere degli animali ai fini della corretta esecuzione delle procedure sperimentali e le pratiche di cura degli animali. L'art. 24 della direttiva prevede infatti la formazione di tutto il personale coinvolto nella sperimentazione ai fini dell'acquisizione, mantenimento e miglioramento delle competenze professionali: l'art. 5, par. 2, lett. f), del d.lgs. 26/2014 va nella direzione opposta, precludendo la possibilità di garantire i requisiti di formazione del personale. Quest'ultimo pregiudica in modo grave la preparazione degli studenti universitari delle discipline biomediche, costituita da laureati in medicina, chimica, neuroscienze, scienze biologiche, scienze naturali, farmacia, biotecnologie, psicologia sperimentale, danneggiandoli al momento dell'ingresso nel mondo del lavoro e diminuendone la competitività rispetto agli studenti di altri Stati, che consentono l'uso di animali a fini didattici e sperimentali nell'ambito della loro istruzione accademica e post-laurea. La misura italiana è perciò suscettibile di pregiudicare il funzionamento del mercato interno toccando un principio fondamentale di diritto dell'Unione, quale quello della libera circolazione dei ricercatori, delle conoscenze scientifiche e delle tecnologie sancito dall'art. 179, par. 1, TFUE. Tale principio dev'essere infatti rispettato qualora sia necessario armonizzare normative nazionali che toccano anche il settore della ricerca scientifica, al fine di assicurare pari condizioni di competitività ai ricercatori e alle industrie degli Stati membri, anche se quest'ultima disposizione non costituisce la base giuridica dell'atto dell'Unione. Del resto lo stesso art. 13 TFUE, chiedendo all'Unione e agli Stati membri di tenere pie-

[90] Il criterio di delega risulta pertanto in contrasto con l'art. 32, lett. i), della l. 234/2012 sul divieto di un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani.

namente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti nella formulazione e nell'attuazione, tra le altre, della politica di ricerca e di sviluppo tecnologico, ha inteso bilanciare la necessità di tutela degli animali da sperimentazione, con le esigenze derivanti dalla realizzazione di uno spazio europeo della ricerca caratterizzato dalla libertà di circolazione dei ricercatori e dalla parità di competitività degli enti di ricerca e delle industrie che vi ricorrono per lo sviluppo dei loro prodotti o sostanze.

Quanto sinora detto produce, in conclusione, un forte impatto negativo sul corretto funzionamento del mercato interno, dovuto ai maggiori svantaggi che ne derivano per i ricercatori, o le imprese, stabiliti o che intendano stabilirsi in Italia, in violazione dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, quali il divieto di discriminazione[91], la parità di condizioni di concorrenza tra imprese (art. 3, par. 3, TFUE), la libertà di ricerca scientifica (art. 179 TFUE), la libertà di stabilimento di ricercatori e imprese (art. 49 TFUE), la libera circolazione degli scienziati e dei ricercatori (art. 45 TFUE), la libera prestazione dei servizi connessi con le attività vietate (art. 56 TFUE). Le norme italiane hanno anche l'effetto di ridurre il livello di protezione della salute, che costituisce invece un principio di generale applicazione che s'impone alle Istituzioni quando esercitano le competenze loro assegnate dai Trattati, e di conseguenza agli Stati membri in sede di attuazione delle misure deliberate dall'Unione (art. 9 TFUE).

Queste libertà e questi principi sono anche previsti dalla Carta UE sui diritti fondamentali, quali il divieto di discriminazione (art. 21), la protezione della salute (art. 35), la libertà professionale e il diritto di lavorare (art. 15, par. 2), la libertà di ricerca scientifica (art. 13), il diritto all'istruzione e alla formazione (art. 14), la libertà d'impresa (art. 16). Va specificato che la Carta UE tutela tali diritti e libertà fondamentali nella misura in cui essi risultino applicabili nel diritto dell'Unione, essendo il loro rispetto imposto alle Istituzioni dell'Unione e agli Stati membri solo quando agiscono nell'esercizio delle rispettive competenze normative ed entro i limiti imposti dai Trattati (art. 51, par. 1, della Carta UE).

Deve anche osservarsi che si tratta di diritti e libertà, quali la libertà di ricerca scientifica, la libertà d'impresa e il diritto alla salute, garantiti anche dalla Costituzione italiana (nell'ordine: articoli 9, 41 e 33 Cost.).

Va infine ricordato che il principio di coerenza dell'azione costituisce un principio generale di diritto dell'Unione previsto in via generale dall'art. 7 TFUE, sindacabile dalla Corte di giustizia dell'Unione: sarebbe in contrasto con tale principio un'azione di armonizzazione che, nel perseguire certi obiettivi in un determinato settore, pregiudicasse il conseguimento di un altro obiettivo pure previsto dai Trattati.

Le disposizioni contenute nell'art. 5, par. 2, lettere d), e), f) del d.lgs. 26/2014 vanno considerate pertanto in aperto contrasto con l'obbligo di risultato imposto dalla direttiva 2010/63, che è quello di correggere le distorsioni del mercato interno derivanti dall'esistenza di discipline nazionali differenziate in materia di sperimen-

[91] Il principio di non discriminazione costituisce un principio generale di diritto dell'Unione europea (art. 18 del TFUE); di diritto costituzionale (art. 3 Cost.) ed è previsto dall'art. 32, lett. i), della l. 234/2012.

tazione animale e con importanti principi generali del diritto dell'Unione europea e della Costituzione italiana.

Né vale argomentare, contro tale conclusione, che il d.lgs. 26/2014 ha inserito, tra le disposizioni transitorie e finali, l'art. 42, par. 1, ai sensi del quale "le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 2, lettere d) ed e) (...) si applicano a decorrere dal 1° gennaio 2017", stabilendo perciò una moratoria nell'attuazione dei relativi divieti, e condizionandone comunque l'effettiva applicazione al fatto che il Ministero della salute verifichi la disponibilità di metodi alternativi entro il 30 giugno 2016.

Se è vero che ad oggi il divieto di utilizzare animali per la ricerca sperimentale sugli xenotrapianti e sulle sostanze d'abuso non è ancora in vigore, lo stesso non può dirsi per la sperimentazione animale ai fini didattici e di formazione imposto dall'art. 5, par. 2, lett. f) del d.lgs. 26/2014, immediatamente precettivo.

Inoltre non incide sul carattere illegittimo della normativa italiana il fatto che la moratoria sui primi due divieti potrebbe procrastinarsi oltre la data prevista (1° gennaio 2017) qualora il Ministero della salute verifichi entro il giugno 2016 che non siano disponibili metodi alternativi, permettendo così a chi svolge in Italia ricerche su xenotrapianti e sostanze d'abuso, di continuare ad avvalersi della sperimentazione animale anche successivamente al 1° gennaio 2017. In proposito basti ricordare che la Corte di giustizia ha precisato nella sua giurisprudenza gli obblighi che gli Stati membri devono osservare in sede di trasposizione delle direttive, in ossequio del più generale principio di leale cooperazione fondato sull'art. 4, par. 3, TUE, tra i quali quello di adottare misure nazionali di trasposizione che assicurino in modo pieno, preciso ed effettivo l'applicazione di tutte le disposizioni della direttiva, tale da garantire la chiarezza e certezza delle situazioni giuridiche volute dalla direttiva.

Una normativa, come quella italiana appena esaminata, che lascia nell'incertezza i destinatari dei diritti attribuiti dalla direttiva (diritto di utilizzare animali per le sperimentazioni sugli xenotrapianti e le sostanze di abuso solo provvisoriamente riconosciuto come deroga al divieto di utilizzo e soggetto a revoca a tempo indeterminato), e che non garantisce chiarezza né certezza delle situazioni giuridiche previste dalla direttiva (legittimità o meno dell'utilizzo di animali per ricerche su xenotrapianti e sostanze di abuso), non si conforma agli obblighi di trasposizione che l'ordinamento dell'Unione impone alla luce del fondamentale principio di leale cooperazione. L'incertezza di tali situazioni avrebbe infatti ripercussioni decisamente negative sulle possibilità per i nostri ricercatori di partecipare a progetti transnazionali relativi a questo tipo di procedure, e scoraggerebbe lo stabilimento di ricercatori, enti di ricerca e industrie del settore biomedico in Italia.

7. Il Capo II della direttiva 2010/63 (articoli da 7 a 11), contiene alcune disposizioni che restringono la possibilità, per talune specie animali, di essere utilizzate a scopi di ricerca scientifica a casi eccezionali. L'art. 8, in particolare, stabilisce un divieto generale di utilizzo dei primati non umani a fini di sperimentazione, concedendo soltanto deroghe a condizioni particolarmente stringenti, e affidando alle autorità degli Stati membri il potere di autorizzarle sotto il controllo della Commissione. Tuttavia a questi ultimi non è consentito autorizzare procedure di sperimentazione su scimmie antropomorfe, stante il divieto contenuto nell'ultimo paragrafo dell'art. 8, che consente, come unica eccezione, la possibilità d'invocare

la clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 55 della direttiva, e che attribuisce alla sola Commissione il potere di autorizzare o di revocare eventuali misure provvisorie di autorizzazione di esperimenti su scimmie antropomorfe, che gli Stati membri abbiano adottato in presenza di particolari condizioni e circostanze, indicate nella predetta clausola di salvaguardia. L'inserimento di tale clausola nelle normative interne di trasposizione della direttiva è lasciata alla discrezionalità dei singoli Stati membri, e l'Italia, stando a quanto emerge dai documenti del Governo, non ha inteso avvalersene[92]. Tuttavia, discostandosi dall'art. 8 della direttiva, l'art. 8 del d.lgs. 26/2014 attribuisce all'autorità italiana la competenza ad autorizzare, in casi eccezionali, procedure di sperimentazione sui primati non umani, categoria che include le scimmie antropomorfe, senza fare alcun cenno né al carattere temporaneo della misura né alla procedura indicata nell'art. 55, che affida alla sola Commissione, e non allo Stato, il potere di decisione in merito al mantenimento o alla revoca della misura provvisoria di autorizzazione. Anche in tal caso si è di fronte ad una normativa interna incompatibile con l'obbligo di risultato della direttiva. Sembra infatti evidente che uno Stato membro che autorizzi una procedura di sperimentazione su una scimmia antropomorfa sottraendosi alla decisione finale della Commissione, non solo è inadempiente rispetto agli obblighi europei, ma potrebbe determinare una situazione di minore tutela dell'animale coinvolto, in violazione non solo del principio del benessere animale sancito dall'art. 13 del TFUE, e con un'evidente incoerenza rispetto al complessivo impianto delle normative sia europea che italiana, tese ad offrire una maggiore tutela agli animali da sperimentazione.

Con riferimento alla possibilità e alle condizioni di allevamento di animali destinati ad essere utilizzati nelle procedure di sperimentazione, la direttiva, nel suo art. 10, si limita, come si è già detto, ad imporre il principio generale per il quale le specie elencate in un apposito allegato si possano utilizzare unicamente per le procedure per le quali sono state allevate, senza menzionare in alcun modo la possibilità che gli Stati membri possano vietare l'allevamento degli animali da sperimentazione. L'atto europeo nulla dispone, poi, su eventuali differenze nella regolamentazione delle condizioni di allevamento degli animali geneticamente modificati rispetto a quella applicabile agli altri animali. Il d.lgs. 26/2014 introduce, al contrario, norme restrittive sia rispetto alla stessa possibilità di allevare in Italia talune specie animali, sia rispetto alle condizioni di allevamento degli animali transgenici. In particolare l'art. 10, par. 4, del decreto consente l'allevamento di animali geneticamente modificati soltanto previa valutazione del rapporto tra danno e beneficio, della effettiva necessità della manipolazione, del possibile impatto che potrebbe avere sul benessere degli animali e dei potenziali rischi per la salute umana, animale e per l'ambiente (sulla base del criterio di delega indicato nell'art. 13, co. 1, lett. e, della l. 96/2013); mentre il successivo par. 5 (sulla base del criterio di delega indicato nell'art. 13, co. 1, lett. g, della l. 96/2013) vieta l'allevamento nel territorio nazionale di cani, gatti e primati non umani destinati alla sperimentazione.

Trattasi in entrambi i casi, di norme interne più rigorose, in contrasto col dettato della direttiva.

[92] V. quanto si afferma nella tabella di corrispondenza in doc. DAGL PCM 24.02 2014, p. 90 del pdf.

Per ciò che riguarda il diverso trattamento degli animali transgenici e l'aggravio di procedure ai fini dell'autorizzazione al loro allevamento in Italia, basti qui ricordare che un autorevole esponente del mondo della ricerca, il prof. Caminiti[93], in occasione di un'audizione informale alla 12ª Commissione Politiche dell'Unione europea sull'art. 14 del disegno di legge n. 3129 (legge comunitaria 2011), poi rifuso nell'art. 13 della legge di delegazione europea 2013, ha osservato "come in nessun caso, ad oltre 20 anni dalla loro introduzione, l'uso di animali transgenici abbia costituito pericolo per la salute dell'uomo"[94]. Una simile disposizione risulta perciò fortemente discriminatoria per quei soggetti, come enti di ricerca e industrie, stabiliti in Italia che vogliano allevare animali transgenici, rispetto a chi è stabilito in altri Stati dell'Unione, con impatto fortemente negativo sulla competitività e sulla libertà di ricerca dei primi rispetto ai secondi. Per non parlare dei maggiori costi della ricerca dovuti all'evenienza di un diniego di autorizzazione all'allevamento, che comporterebbe la necessità di acquistare tali animali da altri Paesi; e del peggioramento delle condizioni di benessere degli stessi, in quanto implicherebbe la loro acquisizione da allevatori europei, sottoponendoli a notevole *stress* da trasporto o l'importazione da centri di allevamento extraeuropei che, in molti casi, non sono tenuti al rispetto delle norme di protezione e cura vigenti in Europa. Tutto questo fa emergere una incoerenza di fondo della normativa italiana, che da un lato proclama di volere elevare il livello di protezione degli animali, anche in considerazione della sensibilità della nostra popolazione al problema, e dall'altra adotta norme che peggiorano sensibilmente il benessere animale.

La normativa appena illustrata, oltre a violare proprio quel principio di tutela del benessere degli animali previsto dall'art. 13 del TFUE che invece si vorrebbe rafforzare, si pone anche in aperto contrasto con la libertà d'impresa, il diritto di esercitare un lavoro o un'attività professionale e di conseguenza con il diritto di stabilimento, perché non sarebbe più possibile per allevatori di altri Stati membri stabilirsi in Italia; né per allevatori italiani proseguire la loro attività in Italia.

Infine, essa confligge con le norme dell'ordinamento italiano preposte all'adattamento al diritto dell'Unione, vale a dire, l'art. 32, lettere c) e i), della l. 234/2012 e con gli *standards* di regolazione applicabili agli atti di recepimento delle direttive imposti dal diritto interno[95].

Le stesse considerazioni valgono per il divieto assoluto di allevamento di cani, gatti e primati imposto dall'art. 10, par. 5, del d.lgs. 26/2014. Quest'ultimo determina in particolare una situazione ai limiti del paradosso: in base alla normativa italiana, infatti, da un lato si vieta l'allevamento di cani e gatti, dall'altro se ne permette

[93] Responsabile del Comitato sull'uso degli animali della Società italiana di Fisiologia (SIF) e della Società italiana di Neuroscienze (SINS), e Chair, Committee on Animals in Research, Federation of European Neuroscience Societies (FENS).

[94] http://www.fisiologiaitaliana.org.

[95] L'art. 32 cit. richiama gli articoli 24-*bis*, 24-*ter* e 24-*quater* della l. 246/2005 (legge 28 novembre 2005, n. 246, Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005) relativi all'analisi d'impatto della regolazione (AIR) nelle ipotesi di norme interne di attuazione delle direttive, e che impongono al legislatore italiano, in sede di attività di trasposizione, il divieto di introdurre o mantenere negli atti di recepimento livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive.

l'utilizzo nella ricerca. In quanto normativa più rigorosa introdotta *ex novo*, l'art. 10, par. 5, si profila in contrasto con la direttiva.

In sintesi l'introduzione di divieti e più in generale di "norme più rigorose" di quanto previsto dall'atto europeo in esame, da parte della normativa nazionale di trasposizione, è da escludersi tanto alla luce della lettera che dello spirito della direttiva 2010/63.

Inoltre, come si è detto, il superamento dei livelli minimi di regolazione stabiliti da una direttiva è espressamente vietato dalla normativa italiana relativa all'adeguamento del nostro ordinamento al diritto dell'UE.

In primo luogo la direttiva contiene, come già sottolineato, una clausola espressa di deroga che permette solo il mantenimento di misure statali più rigorose, sottoponendone peraltro l'applicazione ad una serie di condizioni. Trattandosi di una direttiva "dettagliata", come abbiamo già avuto modo di spiegare, non sembra possibile che gli Stati membri destinatari dell'atto possano esercitare quel potere discrezionale altrimenti ad essi riconosciuto quando devono trasporre direttive che non hanno questa natura.

Per quanto riguarda poi la possibilità d'introdurre norme statali più rigorose in fase di attuazione di direttive riguardanti la realizzazione e il funzionamento del mercato interno, questa va senz'altro esclusa alla luce del principio di leale cooperazione come interpretato dalla Corte di giustizia che ne ha precisato il contenuto, i principi suoi corollari e gli obblighi degli Stati che da esso derivano.

In contrasto con quanto appena detto, in sede di "Analisi d'impatto della regolamentazione" che accompagna lo schema di decreto (atto n. 50) si afferma invece la possibilità per lo Stato italiano di superare i livelli minimi di regolazione indicati dalla direttiva, nell'esercizio del potere discrezionale che viene lasciato agli Stati membri quanto alla "forma e ai mezzi" di attuazione delle direttive (art. 288, co. 3, TFUE)[96].

8. L'analisi sin qui svolta ha messo in evidenza come all'interno dell'ordinamento italiano esistano ancora non poche "resistenze" da parte delle Istituzioni politiche, Parlamento e Governo, al rispetto dell'obbligo di eseguire correttamente gli atti dell'Unione europea legittimamente adottati dalle Istituzioni, in conformità con il principio generale del diritto dell'Unione di leale cooperazione, e con il dettato costituzionale.

Molteplici sono peraltro le conseguenze alle quali va incontro il nostro Paese con tale condotta, sia sul piano internazionale che sul piano interno.

Sul piano internazionale la Commissione, dopo aver archiviato la procedura d'infrazione avviata nei confronti dell'Italia nel 2013 per mancato recepimento della direttiva 2010/63, ne ha avviata, come si è detto, pochi mesi fa una nuova per il suo non corretto recepimento.

Sul piano interno, la non corretta trasposizione della direttiva sulla sperimentazione animale può sollevare più profili d'illegittimità costituzionale, sia della l. 96/2013 che del d.lgs. 26/2014, per violazione degli articoli 9, 33, 41, 76, 117, co.

[96] "Sezione 8 – Rispetto dei livelli minimi di regolazione europea", in doc. DAGL PCM 24.02 2014, p. 111 s.

1, nel caso in cui il giudice comune fosse chiamato a dare applicazione alle disposizioni del decreto incompatibili con la direttiva 2010/63, in relazione alle norme di quest'ultima che non risultassero direttamente applicabili.

Inoltre, quest'ultimo ben potrebbe procedere direttamente alla disapplicazione delle prime, qualora la normativa europea risultasse direttamente applicabile e riguardasse controversie tra Stato e privati; ovvero potrebbe effettuare un rinvio pregiudiziale d'interpretazione in base all'art. 267 del TFUE, allo scopo di ricevere chiarimenti sulla conformità della normativa interna con gli obblighi di risultato imposti dalla direttiva; sull'efficacia diretta di quest'ultima nonostante la sua non corretta trasposizione, che per costante giurisprudenza della Corte di giustizia ammonta a mancata attuazione, e quindi permettere al giudice di disapplicare le norme interne incompatibili.

Peraltro la Corte costituzionale[97] ha avuto modo di pronunciarsi su una questione analoga, (ma puramente interna, in quanto relativa ai rapporti Stato-Regioni). Nel dichiarare l'illegittimità della norma regionale, il giudice delle leggi ha tenuto a sottolineare come "nell'ambito della materia 'ricerca scientifica', l'esigenza di tener conto sia dello sviluppo della ricerca, che della massima tutela degli animali che possono essere coinvolti nelle sperimentazioni ha originato una serie di norme del d.lgs. n. 116 del 1992, che costituiscono principio fondamentale in quanto esprimono il punto di equilibrio della sperimentazione; da ciò il divieto che possano essere sostanzialmente modificate ad opera dei legislatori regionali, riducendo ulteriormente la relativa libertà della ricerca scientifica o comprimendo l'attuale livello di tutela degli animali sottoponibili a sperimentazione"[98].

Applicando, *mutatis mutandis*, il ragionamento della Corte relativo ai rapporti Stato-Regioni ai rapporti Stato-UE, è possibile affermare che non è possibile per il legislatore italiano, né, a maggior ragione e come emerge dalla pronuncia ora citata, per il legislatore regionale o provinciale[99], discostarsi dai principi fondamentali dettati dalla normativa europea di armonizzazione, adottando norme più rigorose che determinerebbero una violazione del principio dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione all'interno del territorio di tutti gli Stati membri; una violazione del principio di non discriminazione tra PF/PG residenti in Italia e quelli stabiliti in altri Stati dell'UE in senso sfavorevole per i primi; delle regole di concorrenza e soprattutto della parità di condizioni per le imprese stabilite in Italia rispetto a quelle con sede in altri Stati membri; e della libertà di ricerca e della libera circolazione dei singoli ricercatori.

Più in generale, e alla luce soprattutto delle vicende che hanno caratterizzato la tormentata applicazione della direttiva 2010/63 in Italia, sembra necessario riflet-

97 Sentenza della Corte costituzionale n. 166 del 7 giugno 2004. In dottrina R. Bin, *La Corte e la scienza*, in www.forumcostituzionale.it.

98 Sentenza del 7 giugno 2004, n. 166, punto 6 del "considerato in diritto".

99 Una legge provinciale in contrasto con la direttiva e perciò suscettibile di declaratoria d'illegittimità costituzionale è quella adottata dalla Provincia autonoma di Bolzano – Legge Provinciale 15 maggio 2000, n. 9, Interventi per la protezione degli animali e prevenzione del randagismo come modificata dalla legge provinciale 12 febbraio 2016, n. 1, che nel suo articolo 14 (esperimenti sugli animali) vieta l'allevamento, l'acquisto o l'affidamento di animali a fini sperimentali, nonché l'effettuazione di ogni tipo di esperimento sugli animali, che comporti per gli stessi dolori, sofferenze o effetti dannosi.

tere sulla ancor debole percezione dimostrata dal nostro legislatore di quei limiti alla sovranità evocati dall'art. 11 della Costituzione, che imporrebbero un maggior rispetto degli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese; e sulla necessità di evitare che l'Italia incorra così di frequente in casi di responsabilità per inadempimento dei suoi obblighi UE, oggetto di troppe censure da parte della Corte di giustizia.

Sul piano squisitamente interno, sarebbe auspicabile una maggiore consapevolezza delle proprie responsabilità sia da parte del Parlamento che del Governo-legislatore, in sede di esercizio di poteri delegati, laddove invece, la vicenda qui illustrata dimostra, per dirla con un autorevole studioso: "una vera e propria ridotta capacità professionale degli apparati governativi preposti al settore legislativo, nell'esercitare effettivamente i poteri attribuiti al Governo o da questo autonomamente assunti"[100]. Al di là del dato squisitamente giuridico, ciò che più preoccupa è la scarsa consapevolezza delle nostre Istituzioni politiche del grande potenziale offerto dalla ricerca scientifica italiana, il futuro della quale appare gravemente compromesso da certe scelte del legislatore.

Abstract

Implementing Directive 2010/63/EU on the Protection of Animals Used for Scientific Purposes in the Light of the Internal Market Harmonization and the Future of Research in Italy

This article examines the Italian legislation implementing Directive 2010/63, arguing that the introduction *ex novo* in the Italian decree no. 26/2014 of restrictive measures not allowed by the directive, such as those prohibiting the use of animals in the research on organ xenotransplantations, in the research on substances of abuse and in the university courses, and the prohibition of breeding dogs, cats and non-human primates (NHPs), is at odds with the aim and the scope of the directive, of the Italian Constitution and other domestic legislation concerning the transposition of the European Law, specially of the directives. Furthermore, it violates a number of substantive principles contained in the TFEU, in the EU Charter on the fundamental rights and in the Italian Constitution.

It is also argued that the inconsistency of the Italian legislation with Directive 2010/63 is likely to produce a difficult situation for the future of the Italian medical research, for the destiny of the Italian scientific public and private institutions, for the free establishment of companies and for the free movement of Italian scientists.

[100] U. De Siervo, *Rappresentanza politica e ruolo della legge*, in osservatoriosullefonti.it, fasc. 3/2012, p. 4.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 329-354

Gianpaolo Maria Ruotolo*

Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi

Sommario: 1. La recente attività negoziale dell'UE in materia commerciale: una nuova generazione di accordi. – 2. La *Transatlantic Trade and Invesment Partnership* (TTIP) nel contesto delle relazioni commerciali dell'UE. – 3. La classificazione e le caratteristiche possedute *in blocco* dagli Accordi commerciali dell'UE. – 4. La struttura dell'ordinamento UE e le sue conseguenze sul sistema commerciale esterno. – 5. I meccanismi di estensione delle concessioni a Paesi terzi e la loro potenziale influenza sul sistema commerciale multilaterale.

1. Nel luglio 2013 gli Stati Uniti e l'Unione europea hanno avviato un ciclo negoziale, ancora in corso[1], volto a concludere un accordo per regolamentare in via bilaterale i loro rapporti commerciali e istituire una zona di libero scambio; tale accordo *in fieri*, come noto, è stato battezzato Partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP)[2] e i suoi risultati, anche solo parziali, sono stati oggetto di particolare attenzione sia della letteratura scientifica sia dell'opinione pubblica e dei media, attenzione che non è stata mai riservata in maniera analoga ad altri pur importanti accordi commerciali recentemente negoziati dall'UE.

Il negoziato in parola, indipendentemente dal suo esito, ci offre l'occasione per analizzare le relazioni esterne commerciali dell'UE dopo il Trattato di Lisbona, al fine di individuarne le linee di tendenza complessive. Il TTIP s'inserisce infatti in un più ampio contesto di fervente attività dell'UE in materia di relazioni economiche esterne – materia regolata oggi, per i profili interni, dalle norme introdotte dal Trattato di Lisbona, che esamineremo più avanti[3] – che ha condotto all'avvio

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Foggia.

1 Il quattordicesimo *round* negoziale si è svolto nel luglio 2016; di recente, tuttavia, alcuni Governi europei hanno ufficializzato la difficoltà di concludere il negoziato in tempi brevi, e comunque entro la fine del mandato dell'Amministrazione Obama. Ad oggi, tuttavia, non si registra alcuna posizione ufficiale dei negoziatori UE.

2 Diffusamente sul TTIP si veda *infra*, il par. 3.

3 Esulano invece dal nostro esame le norme relative al procedimento di conclusione degli accordi, per le quali si vedano I. Papathanasiou, *The European Union's Identity as a Subject of the International*

di numerosi negoziati e alla conclusione di svariate tipologie di accordi con Paesi e organizzazioni regionali appartenenti a tutte le aree geografiche, dal contenuto più disparato, in cui è comunque sempre presente una componente commerciale, a seconda dei casi più o meno rilevante[4].

Ad oggi, l'Unione europea ha difatti stipulato accordi di associazione volti a istituzionalizzare forme di cooperazione finanziaria e tecnica o ad anticipare in via provvisoria alcuni dei diritti collegati all'adesione, nonché accordi di libero scambio (*free trade agreements*, FTA), accordi commerciali preferenziali (*preferential trade agreements*, PTA) e, infine, numerose *partnership* che contengono elementi commerciali.

Il primo accordo commerciale concluso dall'UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta, come noto, il 1° dicembre 2009, è stato quello con la Repubblica di Corea (*EU-Korea Free Trade Agreement*, KOREU), firmato il 6 ottobre 2010 e applicato dalle parti in via provvisoria dal 1° luglio 2011[5] fino alla sua entrata in vigore, avvenuta il 13 dicembre 2015. Tale Accordo, che, come vedremo meglio più avanti, ha rappresentato un primo modello per quelli successivamente negoziati, non si limita a contemplare la reciproca rimozione delle barriere tariffarie (di cui era prevista la progressiva riduzione per i prodotti industriali e la maggior parte dei prodotti agricoli, fino alla soppressione alla fine di un periodo transitorio durato cinque anni e conclusosi il 30 giugno 2016[6]), ma contiene anche norme relative alle barriere non tariffarie, con particolare attenzione al settore automobilistico, ai prodotti farmaceutici, ai dispositivi medici e all'elettronica. Il KOREU, inoltre, inaugurando anche sotto questo profilo un *trend* che, come vedremo, si è poi consolidato nel tempo, contempla anche norme *antitrust* e disposizioni relative ai settori degli appalti pubblici e dei diritti di proprietà intellettuale, e impone al contempo alle parti l'adozione di regolamentazioni interne trasparenti oltre al rispetto di una serie di valori non commerciali (tra cui l'obbligo di osservare i principali standard internazionali in materia di lavoro e tutela ambientale, l'uso prudente delle risorse naturali e la promozione di pratiche come la responsabilità sociale d'impresa), volti a perseguire l'obiettivo di uno sviluppo equilibrato e sostenibile.

Legal Order: Evolutions under the Treaty of Lisbon, in *Cambridge Student Law Review*, 2009, p. 22 ss.; M. Gatti, P. Manzini, *External Representation of the European Union in the Conclusion of International Agreements*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1703 ss.; E. Baroncini, *L'Unione europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, p. 5 ss.; Y. Devuyst, *European Union Law and Practice in the Negotiation and Conclusion of International Trade Agreements*, in *Journal of International Business and Law*, 2013, p. 259 ss.

[4] A. Antimiani, L. Salvatici, *Regionalism versus Multilateralism: The Case of the European Union Trade Policy*, in *Journal of World Trade*, 2015, p. 253 ss.

[5] F. Bossuyt, *The Social Dimension of the New Generation of EU FTAs with Asia and Latin America: Ambitious Continuation for the Sake of Policy Coherence*, in *European Foreign Affairs Review*, 2009, p. 703 ss.; D. C. Horng, *Reshaping the EU's FTA Policy in a Globalizing Economy: The Case of EU-Korea FTA*, in *Journal of World Trade*, 2012, p. 301 ss.

[6] Si veda, per l'impatto che ciò produrrà in termini di scambi tra i partner, l'ultimo *Annual Report on the Implementation of the EU-Korea Free Trade Agreement* presentato dalla Commissione al Parlamento e al Consiglio il 30 giugno 2016, COM(2016)268 final, reperibile *online*.

È importante sottolineare che l'art. 8 della decisione con cui il Consiglio ha firmato l'Accordo e ne ha autorizzato l'applicazione provvisoria, prevedendo che "the Agreement shall not be construed as conferring rights or imposing obligations which can be directly invoked before Union or Member States courts and tribunals", ne esclude esplicitamente gli effetti diretti[7].

L'UE ha poi firmato un accordo con Perù e Colombia entrato in vigore il 1° agosto 2011, anch'esso dopo una fase di applicazione provvisoria, che è giunto a conclusione di un negoziato originariamente avviato, nel 2007, con l'intera Comunità andina (Colombia, Perù, Ecuador e Bolivia), ma che ha visto poi l'abbandono degli ultimi due Paesi nel giro di un paio di anni. Tale Accordo contempla la progressiva eliminazione reciproca dei dazi su tutti i prodotti industriali e della pesca e mira a garantire un migliore accesso al mercato dei prodotti agricoli. Anche in questo caso norme strettamente commerciali sono affiancate dall'attenzione per certi *non trade issues*: una delle clausole essenziali dell'Accordo prevede infatti la promozione dei principi democratici, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani. L'Accordo istituisce inoltre un quadro giuridico comune per settori importanti come quelli degli appalti pubblici e dei servizi, mira alla riduzione delle barriere tecniche e stabilisce finanche una disciplina di base in materia di diritti di proprietà intellettuale, trasparenza e concorrenza. Di minor impatto sono invece le norme sulla tutela delle indicazioni geografiche ivi contenute: l'istituzione di un quadro comune in questo settore, delicato per tutti i partner, è stata sostanzialmente impedita dal fatto che norme più penetranti avrebbero reso necessaria la revisione della normativa regionale già adottata dalla Comunità andina, cosa però impossibile vista l'estraneità di due dei Paesi membri della Comunità al negoziato con l'UE.

Analogamente al KOREU, anche in questo caso la decisione che conclude l'Accordo, all'art. 7, ne esclude esplicitamente gli effetti diretti[8]. È anche il caso di ricordare che la Croazia, dopo il suo ingresso nell'Unione, ha aderito esplicitamente a tale Accordo il 30 giugno 2015.

Ancora, l'Unione europea ha concluso una serie di protocolli che istituiscono specifici meccanismi di soluzione delle controversie volti ad integrare il quadro giuridico dei c.d. accordi di associazione euro-mediterranei, già sottoscritti[9], con la Tunisia (in vigore dal settembre 2011), il Libano (firmato nel 2010)[10], la Giordania (in vigore dal luglio 2011), il Marocco (in vigore dal novembre 2012) e l'Egitto (firmato nel 2010).

---

7 Decisione 2011/265/UE del 16 settembre 2010.

8 Cfr. la decisione del Consiglio del 31 maggio 2012 relativa alla firma, a nome dell'Unione e all'applicazione provvisoria dell'accordo commerciale tra l'Unione europea e la Colombia e il Perù.

9 Per i numerosi e complessi profili giuridici del partenariato euro-mediterraneo si vedano C. Risi, *Il partenariato euro-mediterraneo*, in E. Triggiani (a cura di), *Europa e Mediterraneo: le regole per la costruzione di una società integrata – XIV Convegno della Società italiana di diritto internazionale*, *Bari 18-19 giugno 2009*, Napoli, 2010, p. 511 ss.; U. Villani, *La responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*, *ivi*, p. 49 ss.

10 L'Accordo entrerà in vigore quando il Libano avrà completato le procedure di ratifica previste dal suo diritto interno; è il caso di sottolineare che il Libano è uno dei pochissimi partner commerciali dell'UE a non essere membro dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC).

Nel 2012 sono poi stati conclusi i c.d. nuovi accordi di associazione con il Montenegro[11], la Georgia[12], la Moldavia[13], l'Ucraina[14], e alcuni Paesi dell'America centrale (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua e Panama)[15] basati su tre pilastri complementari relativi, rispettivamente, al dialogo politico, alla cooperazione e agli scambi commerciali, oggetto, questi ultimi, di un accordo specifico – contenuto in quello più ampio – denominato *Deep and Comprehensive Free Trade Agreement* (DCFTA). Si tratta, nel complesso, dei primi accordi conclusi dall'UE con gruppi di Stati terzi appartenenti alla medesima area geografica che contemplano aspetti commerciali e aiuti allo sviluppo e istituiscono al contempo meccanismi giuridici permanenti di dialogo politico[16]. Ricordiamo come l'UE tenda ad utilizzare questo modello ogni qualvolta miri a creare rapporti stretti con Paesi terzi senza però giungere all'adesione, perché impossibile, per difetto dei requisiti di cui all'art. 49 TUE, o non opportuna.

Del medesimo anno sono anche un Accordo di partenariato e cooperazione con l'Iraq[17], basato sul principio del trattamento generalizzato della nazione più favorita[18], il quale non prevede quindi alcuna forma di accesso preferenziale dei prodotti iracheni sul mercato dell'Unione, e un Accordo di libero scambio con Singapore (*European Union-Singapore Free Trade Agreement*, EUSFTA)[19], firmato ma non ancora concluso, il quale merita alcuni approfondimenti.

---

[11] *Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States of the one part, and the Republic of Montenegro, of the other part*; firmato il 15 ottobre 2007 (quindi prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), ma entrato in vigore solo il 1º maggio 2010. Riteniamo che tale Accordo abbia caratteristiche tali da "anticipare" il nuovo modello di FTA dell'UE e debba quindi essere quanto meno citato nell'ambito della nostra trattazione.

[12] L'Accordo di associazione con la Georgia, che comprende il c.d. *Deep and Comprehensive Free Trade Are*a (DCFTA), è stato firmato il 27 giugno 2014 a Bruxelles e, in attesa del completamento delle procedure interne di ratifica ed esecuzione, si applica in via provvisoria dal 1° settembre 2014.

[13] L'Accordo di associazione con la Moldavia – che comprende la DCFTA – è stato firmato il 27 giugno 2014 ed è oggetto di applicazione provvisoria dal 1° settembre dello stesso anno.

[14] Il negoziato per la DCFTA, parte dell'accordo di associazione UE-Ucraina, si è concluso nel 2011. Dopo un lungo processo la parte istituzionale dell'accordo di associazione è stata firmata a Bruxelles il 21 marzo 2014, mentre le altre disposizioni, tra cui proprio la DCFTA, sono state firmate il successivo 27 giugno 2014. Anche delle disposizioni di questo accordo si esclude esplicitamente la produzione di effetti diretti.

[15] *Association Agreement between the EU and Central America*, firmato il 29 giugno 2012 ed applicato in via provvisoria dal 1° agosto 2013 con l'Honduras, Nicaragua e Panama, dal 1° ottobre 2013, con Costa Rica e El Salvador, e dal 1° dicembre con il Guatemala.

[16] A. Gomez Arana, *The European Union and the Central American Common Market Sign an Association Agreement: Pragmatism versus Values?*, in *European Foreign Affairs Review*, 2015, p. 43 ss.

[17] L'Accordo EU-Iraq di partenariato e cooperazione (*Partnership and Cooperation Agreement*) è stato firmato l'11 maggio 2012. Le disposizioni ivi contenute in materia commerciale beneficiano dell'applicazione in via provvisoria già dal 1° agosto dello stesso anno, in attesa del perfezionamento delle procedure interne di ratifica.

[18] In merito all'applicazione di tale clausola, nonché dell'obbligo di trattamento nazionale, negli accordi commerciali conclusi dall'UE , v. A. Tzanakopoulos, *National Treatment and MFN in the (Invisible) EU Model BIT*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2014, p. 484 ss.

[19] Il negoziato è stato chiuso il 17 ottobre 2014.

L'EUSFTA, in linea con le norme dell'OMC e in particolare con gli articoli XXIV GATT 1994 e V GATS[20], istituisce tra UE e Singapore una zona di libero scambio per le merci e i servizi, liberalizza ampiamente lo sfruttamento commerciale della proprietà intellettuale e, andando oltre il modello OMC, contempla un'ampia protezione degli investimenti attuati da individui e società provenienti da un partner sul territorio dell'altro, e l'apertura reciproca del settore degli appalti pubblici, oltre a contenere capitoli sul diritto *antitrust* e lo sviluppo sostenibile e a contemplare obblighi specifici di trasparenza. Esso, inoltre, prevede due distinti sistemi di soluzione delle controversie (uno tra investitori e Stati e uno più classicamente interstatale).

Di recente, con una richiesta del 24 settembre 2015, la Commissione ha adito la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, chiedendo un parere sulla competenza a concludere l'EUSFTA[21]: secondo la Commissione tale Accordo ricadrebbe nella competenza esclusiva dell'Unione, dal momento che tutte le norme ivi contenute, con la sola eccezione di quelle relative ai servizi di trasporto e ai *portfolio investments*[22], sarebbero ricomprese nella politica commerciale comune di cui all'art. 201, par. 1, TFUE, che secondo l'art. 3, par. 1, TFUE è appunto di competenza esclusiva dell'Unione. Quanto ai *portfolio investments* essi, pur non rientrando nella competenza UE sugli investimenti diretti di cui all'art. 207, par. 1, TFUE[23], sarebbero però coperti dalle regole sulla libera circolazione dei capitali di cui all'art. 63, par. 2, TFUE, che radicherebbero, quindi, anche in questo caso la competenza esclusiva dell'UE ai sensi dell'art. 3, par. 2, TFUE. Sempre secondo la Commissione anche le norme sui trasporti rientrerebbero nella competenza esclusiva dell'UE dal momento che lo stabilimento di fornitori di servizi di trasporto di Paesi terzi ricadrebbe comunque nella politica commerciale comune e la modalità transfrontaliera, nonché quella mediante la presenza di persone fisiche, rappresenterebbero forme di fornitura a competenza esterna esclusiva ai sensi dell'art. 216, par. 1, TFUE, in quanto in materia vi sono norme comuni già adottate dall'UE[24].

---

[20] Si tratta, come noto, dei meccanismi giuridici contemplati nel sistema normativo dell'OMC per consentire ai Paesi membri di avviare o mantenere processi di integrazione regionale senza esser costretti ad estendere i relativi benefici a tutti i Paesi membri; sul punto, specificamente, si vedano R. Islam, S. Alam, *Preferential Trade Agreements and the Scope of GATT Article XXIV, GATS Article V and the Enabling Clause: An Appraisal of GATT/WTO Jurisprudence*, in *Netherlands International Law Review*, 2009, p. 1 ss.

[21] Si veda la richiesta della Commissione, Ref. Ares(2015)3942621-24/09/2015, pendente con il numero di ruolo 2/15. Sulla richiesta di parere si veda D. Leys, *EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy?*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2015, p. 267 ss.

[22] I c.d. *portfolio investments*, i quali possono includere transazioni in titoli azionari e titoli di debito, rientrano nella categoria dei c.d. investimenti indiretti, dal momento che non consentono all'investitore – a differenza degli investimenti diretti – di esercitare forme di controllo sul soggetto presso il quale l'investimento viene collocato. Per una recente analisi generale del tema degli investimenti nel diritto internazionale si veda F. M. Palombino, *Il trattamento «giusto ed equo» degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012.

[23] Sul punto si vedano, di recente, M. Marrella, S. De Vido, *Sugli investimenti diretti esteri regolati dai nuovi accordi commerciali dell'Unione europea*, in B. Cortese (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, p. 355 ss.

[24] In merito al modo di operare delle disposizioni citate v. *infra*, par. 4.

La richiesta di parere della Commissione è, tra le altre cose, conseguenza dell'esistenza, nell'EUSFTA, di un Capitolo sugli investimenti (il nono), che contempla, come accennavamo, un meccanismo arbitrale di soluzione delle controversie tra investitore straniero e Stato di investimento (*Investor-State Dispute Settlement*, ISDS)[25]: quelle in parola sono le prime previsioni sugli investimenti adottate nell'ambito di un accordo internazionale dell'UE da quando, nel 2009, il Trattato di Lisbona le ha attribuito la relativa competenza, e la cui portata necessita quindi di chiarimenti, come pure evidenziato dal Comitato economico e sociale europeo in un parere sulla "Tutela degli investitori e risoluzione delle controversie investitore-Stato negli accordi commerciali e di investimento dell'UE con i Paesi terzi"[26]. Il Comitato ha difatti condiviso la necessità che la Corte di giustizia valuti preventivamente la compatibilità con il diritto UE degli accordi che contengono sistemi ISDS, al fine di verificare l'ambito di applicazione del relativo titolo di competenza – l'art. 207, par. 1, TFUE, che fa esplicitamente rientrare, assieme alla materia tariffaria, gli investimenti esteri "diretti" tra le materie della politica commerciale comune che devono essere fondate su principi uniformi[27] – non ancora compiutamente chiarito dalla giurisprudenza[28], nonché il rispetto dei valori fondamentali dell'UE, del monopolio della Corte sull'interpretazione del diritto e del principio di sussidiarietà[29].

Un meccanismo ISDS è contenuto anche nell'Accordo economico e commerciale globale (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA) concluso

[25] Sui sistemi ISDS nel diritto e nell'ordinamento UE v., da ultimo, R. Cafari Panico, F. Di Benedetto, *Recent Developments in the Most Controversial Aspects of EU International Investment Agreements: Portfolio Investments and Investor-State Dispute Settlement*, in *Transnational Dispute Management*, 2016, p. 1 ss., reperibile all'indirizzo www.transnational-dispute-management.com; A. Dimopoulos, *The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question Of Responsibilities*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1671 ss.; P. J. Kuijper, I. Pernice, S. Hindelang, M. Kinnear, M. Schwarz, M. Reuling, *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements*, Luxembourg, 2014; M. Bronckers, *Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation Before Domestic Courts?: An EU View on Bilateral Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 655 ss.; F. Munari, C. Celerino, *General Principles of EU Law and International Investment Arbitration*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, p. 115 ss.

[26] Doc. (2015/C 332/06) del 27 maggio 2015, rapporteur Boyle, pubblicato in *GUUE* 2015/C 332/06.

[27] Sul tema si vedano F. Ortino, P. Eeckout, *Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment*, in A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 312 ss.; G. Bianco, F. Fontanelli, *The Inevitable Convergence of the US and the EU on the Protection of Foreign Investments – BITs, PTAs and Incomplete Contracts*, ESIL Working Paper 7/2013, reperibile *online*.

[28] Nelle uniche due decisioni relative alla portata dell'art. 207, par. 1, TFUE (la sentenza del 22 ottobre 2013, causa C-137/12, *Commissione* c. *Consiglio*, relativa all'annullamento della decisione con la quale il Consiglio aveva firmato la Convenzione europea sulla protezione giuridica dei servizi ad accesso condizionato e di accesso condizionato, e la sentenza del 18 luglio 2013, causa C-414/11, *Daiichi Sankyo*, relativa alla competenza esterna UE in materia di proprietà intellettuale e, in particolare, di Accordo TRIPs) la Corte non ha infatti preso posizione sull'ampiezza della competenza esterna in materi di investimenti diretti.

[29] Sul tema v. A. Biondi, *Subsidiarity in the Courtroom*, in A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley (eds.), *op. cit.*, p. 211.

dall'UE col Canada nell'agosto 2014, del quale è in via di completamento l'*iter* di ratifica[30].

Tale accordo, che ha inaugurato la stagione dei *mega-regionals* dell'Unione europea, raccoglie un gran numero di disposizioni mutuate dal sistema commerciale multilaterale e, analogamente a quanto accade peraltro per una serie di importanti accordi di libero scambio firmati negli ultimi anni, appare modellato sulla struttura del *North American Free Trade Agreement* (NAFTA)[31]. Quanto al contenuto, il CETA, oltre a disposizioni su beni, servizi e investimenti, contempla norme relative alla circolazione delle persone e al riconoscimento delle loro qualifiche professionali, allo sviluppo sostenibile, alla tutela dell'ambiente e del lavoro, al commercio elettronico, alle imprese statali, agli appalti pubblici e alla politica *antitrust*; inoltre un importante allegato prevede la possibilità di negoziare regole comuni in materia di automobili. Anche in questo caso alle disposizioni relative all'eliminazione dei dazi doganali sulle merci (ivi comprese quelle agricole e, in senso più ampio, alimentari) si affianca un gran numero di norme di abbattimento delle barriere non tariffarie: l'Accordo contiene, tra gli altri, un intero capitolo sugli ostacoli tecnici agli scambi (*technical barriers to trade*, TBT), oltre a istituire un meccanismo di mutuo riconoscimento dei certificati relativi alle valutazioni di conformità rilasciate dai rispettivi organismi in alcuni settori (apparecchi elettrici, elettronici e radiofonici, giocattoli, apparecchiature di misurazione). Queste disposizioni, però, sono spesso accompagnate da un ampio novero di eccezioni, che consente alle parti di derogare agli obblighi assunti per tutelare interessi ritenuti superiori (sicurezza nazionale, cultura, ambiente, prodotti con indicazioni geografiche tipiche). Il CETA, come in parte anticipato, contempla anche importanti previsioni in materia alimentare e ambientale, volte a impedire un abbassamento degli standard normativi di tutela già garantiti: l'Accordo fa ad esempio salve tutte le restrizioni già adottate dell'UE relativamente alle carni provenienti da bovini allevati mediante la sommi-

[30] Si veda la pagina dedicata al CETA sul sito della Commissione europea, dove è consultabile anche il testo consolidato dell'Accordo. In dottrina v. K. Hübner (ed.), *Europe, Canada and the Comprehensive Trade Agreement*, Oxon-New York, 2011; L. Biukovic´, *Transparency Norms, the World Trade System and Free Trade Agreements: The Case of CETA*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 93 ss.; J. De Beer, *Implementing International Trade Agreements in Federal Systems: A Look at the Canada-EU CETA's Intellectual Property Issues*, *ivi*, p. 51 ss.; S. S. Krstic, *Regulatory Cooperation to Remove Non-tariff Barriers to Trade in Products: Key Challenges and Opportunities for the Canada-EU Comprehensive Trade Agreement*, *ivi*, p. 3 ss.; L. Mathis, *Multilateral Aspects of Advanced Regulatory Cooperation: Considerations for a Canada-EU Comprehensive Trade Agreement (CETA)*, *ivi*, p. 73 ss.; P. M. Johnson, *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and European Union*, in *European Foreign Affairs Review*, 2014, p. 479 ss.; A. de Mestral, *When Does the Exception Become the Rule? Conserving Regulatory Space Under CETA*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 641 ss.; W. A. Kerr, J. E. Hobbs, *A Protectionist Bargain?:Agriculture in the European Union–Canada Trade Agreement*, in *Journal of World Trade*, 2015, p. 437 ss.

[31] G. Bianco, F. Fontanelli, *op. cit.*; N. Lavranos, *The New EU Investment Treaties: Convergence Towards the NAFTA Model as the New Plurilateral Model BIT Text?*, March 2013, reperibile *online*.

nistrazione di ormoni della crescita[32] e agli organismi geneticamente modificati[33], e lascia le parti libere di regolamentare autonomamente settori di rilevante interesse pubblico quali l'ambiente, la salute e la sicurezza, ribadendo la centralità dello sviluppo sostenibile, al quale è dedicato un intero Capitolo. Come accennato, anche il CETA contiene poi un Capitolo sulla liberalizzazione degli investimenti, fondato sul divieto di discriminazione degli investitori stranieri e sull'obbligo del loro trattamento equo, di cui fa parte un meccanismo ISDS non molto differente da quello EUSFTA che, nel caso di specie, curiosamente, non ha però sollevato grossi dubbi di competenza o timori nell'opinione pubblica.

Va poi sottolineato come, analogamente a quanto previsto dagli altri accordi commerciali recentemente conclusi, anche il CETA contempli una clausola di esplicita esclusione di effetti diretti: l'art. 14.16 (significativamente contenuto nella sezione 4 della parte 33 dell'Accordo, relativa alla soluzione delle controversie) prevede che nessuna disposizione del CETA potrà essere interpretata "as conferring rights or imposing obligations on persons other than those created between the Parties under public international law, nor as permitting this Agreement to be directly invoked in the domestic legal systems of the Parties". Anche le disposizioni del CETA sono quindi prive di efficacia diretta e dovranno essere recepite negli ordinamenti interni per poter essere efficacemente azionate dai privati mediante forme di applicazione interna indiretta.

Per quanto concerne, infine, i negoziati ancora in corso, oltre al TTIP, sul quale ci soffermeremo nel paragrafo successivo, l'UE ha aperto trattative per accordi di libero scambio con i Paesi ASEAN (Burma-Myanmar, Brunei, Cambogia, Indonesia, Laos, Malesia, Filippine, Singapore, Tailandia, Vietnam), con i membri del Consiglio di cooperazione del Golfo (Bahrain, Kuwait, Oman, Qatar, Arabia Saudita ed Emirati Arabi Uniti), con l'India e il Giappone. È poi tuttora aperto il negoziato per un accordo di associazione con i Paesi del Mercosur (Argentina, Brasile, Paraguay, Uruguay e Venezuela), il quale, stando alle notizie trapelate, dovrebbe contenere (anche) una forte componente commerciale.

2. Il negoziato per il TTIP – che, qualora concluso, potrebbe diventare il paradigma dei rapporti commerciali instaurati in futuro dall'Unione – è il più ampio e complesso mai affrontato dall'UE e tocca, con rilevanza e ampiezza senza precedenti, tutti gli elementi fin qui descritti. Esso, come vedremo, mira per un verso

[32] È noto come il bando delle carni bovine allevate mediante la somministrazione di ormoni della crescita adottato dall'UE avesse generato un importante contenzioso con gli Stati Uniti in sede OMC. Sul punto v., da ultimo, C. Charlier, M. Rainelli, *Hormones, Risk Management, Precaution and Protectionism: An Analysis of the Dispute on Hormone-Treated Beef Between the European Union and the United States*, in *European Journal of Law and Economics*, 2/2002, p. 83 ss.; W. A. Kerr, J. E. Hobbs, *The North American-European Union Dispute Over Beef Produced Using Growth Hormones: A Major Test for the New International Trade Regime*, in *World Economy*, 2002, p. 283 ss.

[33] Anche con riguardo all'importazione di prodotti geneticamente modificati si registra l'esistenza di contenzioso dinanzi agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC: European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291, rapporto del panel del 26 settembre 2006, reperibile *online*. Da ultimo, sul tema, si legga D. A. Wirth, *The World Trade Organization Dispute Concerning Genetically Modified Organisms: Precaution Meets International Trade Law*, in *Vermont Law Review*, 2013, p. 1153 ss.

ad ampliare e approfondire quello che è già il più grande rapporto commerciale al mondo, e per l'altro a promuovere la crescita economica e occupazionale in entrambi i continenti, oltre a voler contribuire allo sviluppo di regole globali che possano rafforzare il sistema commerciale multilaterale[34].

Gli Stati Uniti e l'Unione europea vantano infatti, secondo i dati relativi al 2012, quasi 1600 miliardi di dollari di valore di scambi commerciali[35], anche se negli ultimi anni il loro tasso di crescita si è ridotto sia a causa degli effetti della crisi finanziaria globale in atto ormai dal 2007 sia per effetto delle differenze esistenti fra le sempre più complesse regole applicabili sui mercati dei due partner, che operano come barriere non tariffarie. La *partnership* in via di istituzione, stando almeno alle intenzioni dichiarate dei negoziatori, mira proprio a risolvere queste criticità anche se, va detto, non costituisce il primo tentativo di cooperazione istituzionalizzata in materia commerciale fra Unione europea e Stati Uniti.

Sotto il profilo terminologico ricordiamo che nell'ordinamento UE l'espressione "partenariato/*partnership*" viene utilizzata con riguardo a un'ampia serie di rapporti internazionali, a volte fondati su veri e propri accordi, produttivi di obblighi giuridici internazionali e che possono finanche contemplare l'istituzione di organi *ad hoc* e l'emanazione di norme di diritto derivato, altre volte basati su atti giuridici non vincolanti o addirittura su mere intese politiche[36]: nel caso di specie ci pare che l'espressione sia stata utilizzata anche per sottolineare la continuità del TTIP con il preesistente "partenariato transatlantico", già da tempo instaurato tra le parti in via esclusivamente politica. Ricordiamo infatti come già nella metà degli anni '90 il Governo statunitense e la Commissione europea, al fine di promuovere un mercato transatlantico senza barriere e con l'obiettivo di contribuire alla crescita, all'occupazione, all'innovazione e alla sostenibilità dell'economia globale, avessero istituito un organo consultivo in materia di scambi internazionali e investimenti, composto da rappresentanti delle principali aziende americane ed europee. Tale organismo, denominato *Trans-Atlantic Business Dialog* (TABD)[37] e riunitosi per la prima volta a Siviglia nel 1995, nel corso degli anni ha istituito numerosi gruppi di lavoro su profili e aspetti specifici, come la liberalizzazione degli scambi di merci e di servizi,

---

[34] Sugli obiettivi che l'UE si prefigge di raggiungere mediante il TTIP cfr. il mandato negoziale rilasciato dal Consiglio alla Commissione, doc. 11103/13 del 17 giugno 2013, di cui diremo meglio in questo paragrafo. Sul rapporto degli accordi commerciali UE con il sistema OMC, v. il par. 5.

[35] Cfr., anche per dati più dettagliati, W. H. Coopen, *EU-U.S. Economic Ties: Framework, Scope, and Magnitude*, *Congressional Research Service*, 2014, reperibile *online*.

[36] Cfr. C. Novi, *Il concetto di partenariato e le relazioni esterne economiche dell'Unione europea*, in A. Ligustro, G. Sacerdoti (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia.* Liber amicorum *in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 79 ss.; L. C. Ferreira-Pereira, A. Vysotskaya Guedes Vieira, *Introduction: The European Union's Strategic Partnerships: Conceptual Approaches, Debates and Experiences*, in *Cambridge Review of International Affairs*, 2016, p. 1 ss., per le quali "the strategic partnerships (SPs) that the EU has been establishing with pivotal global and regional powers seem to constitute a crucial part of its increasingly eclectic approaches to tackling the globalized multipolar world".

[37] Sul punto v. M. G. Cowles, *Trends in International Business Thought and Literature (Supplement). The Transatlantic Business Dialogue: Business at the Negotiating Table*, in *The International Executive*, 6/1996, p. 849 ss.; H. Zoller, *Dialogue As Global Issue Management: Legitimizing Corporate Influence in the Transatlantic Business Dialogue*, in *Management Communication Quarterly*, 2/2004, p. 204 ss.

gli investimenti all'estero, le relazioni con i Paesi terzi e fa parte del più ampio contesto del *Trans-Atlantic Business Council* (TABC), un'associazione intersettoriale di imprese che riunisce compagnie con sede negli Stati Uniti e nell'Unione europea, all'interno della quale opera come organo consultivo del livello governativo[38]. A partire dal 2007 questo meccanismo è stato inserito nel *Transatlantic Economic Council* (TEC), programma avviato da UE e USA con l'obiettivo di promuovere l'integrazione economica transatlantica, e fino ad oggi ha sovrinteso alla cooperazione fra Stati Uniti e Unione europea in materia di scambi commerciali. È esplicita intenzione delle parti di evitare soluzioni di continuità tra il dialogo politico già svoltosi e il negoziato in corso[39].

Le iniziative appena descritte – che, come visto, hanno attribuito rilevanza, nell'ambito dei rapporti commerciali, a soggetti privati ai quali è stato assegnato un ruolo, seppur solo consultivo, di rilevanza pubblica – rappresentano uno dei primi esempi del fenomeno di coesistenza dei settori pubblico e privato in alcune organizzazioni internazionali, ora sempre più diffuso[40]: esempi di natura e portata differenti di questa tendenza possono ritrovarsi nella progressiva rilevanza delle organizzazioni internazionali non governative nell'ordinamento internazionale[41], nella nomina di *amici curiae* nei procedimenti contenziosi interstatali previsti in numerose organizzazioni internazionali[42], nella figura dei *sector members* nella ITU[43], come pure nei vari meccanismi arbitrali che consentono ai privati di con-

[38] Va sottolineato come il TABC abbia intrapreso una vasta campagna di comunicazione proprio al fine di promuovere il TTIP presso l'opinione pubblica statunitense ed europea: cfr. *Trans-Atlantic Business Council Promoting TTIP In Eight-City U.S. Tour*, in *Inside US Trade*, 22 August 2014, reperibile *online*.

[39] Un rapporto adottato in seno al TEC nel marzo del 2015 chiarisce infatti che "the TEC (..) and the TTIP should not duplicate or conflict with each other (…). Facilitators confirmed that the TEC would suspend detailed discussion on several work streams including Information & Communications Technology (ICT), Investment, and Intellectual Property Rights (IPR), as these are part of the TTIP negotiations". Cfr. il *TEC Facilitators' report to stakeholders* del 25 marzo 2015, pubblicato sul sito della Commissione.

[40] In dottrina, sul punto, v. S. P. Osborne (ed.), *Public-Private Partnerships. Theory and Practice in International Perspective*, London-New York, 2000; L. Clarke, *Public-Private Partnerships and Responsibility Under International Law*, Oxon-New York, 2014, p. 8 ss. In italiano v. A. Tancredi, *L'ibridazione pubblico-privata di alcune organizzazioni internazionali*, in M. Vellano (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche – XIX Convegno della Società italiana di diritto internazionale, Courmayeur 26-28 giugno 2014*, Napoli, 2015, p. 336 ss.

[41] Sul tema si veda l'ormai classico lavoro di V. S. Charnovitz, *Nongovernmental Organizations and International Law*, in *American Journal of International Law*, 2006, p. 348 ss., nonché A. K. Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge, 2013, anche per ulteriori riferimenti bibliografici. In italiano, per tutti, v. E. Tramontana, *Organizzazioni non governative e ordinamento internazionale*, Padova, 2013. Per un'interessante analisi dell'impatto di siffatte organizzazioni anche negli ordinamenti interni v., da ultimo, D. Berliner, *Transnational Advocacy and Domestic Law: International NGOs and the Design of Freedom of Information Laws*, in *The Review of International Organizations*, 2016, p. 121 ss.

[42] E. De Brabandere, *NGOs and the "Public Interest": The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes*, in *Chicago Journal of International Law,* 2011, p. 85 ss.

[43] *Online*, sul sito della ITU. Sul tema ci permettiamo di rinviare a G. M. Ruotolo, *Internet-ional law. Profili di diritto internazionale pubblico della Rete*, Bari, 2012, p. 103 ss.

testare determinati comportamenti statali, fra i quali, nella prassi recente, stanno assumendo rilevanza sempre maggiore i sistemi ISDS di cui si è detto[44].

Peraltro la struttura del TEC pare precorrere anche modelli organizzativi recentemente emersi e diffusi nell'ordinamento internazionale, caratterizzati da forme di cooperazione transfrontaliera tra attori diversi – o comunque ulteriori – rispetto a quelli che tradizionalmente gestiscono le relazioni internazionali/diplomatiche, che hanno luogo in contesti differenti da un'organizzazione internazionale e che si basano, utilizzano e producono norme non immediatamente riconducibili alle tradizionali fonti di diritto internazionale, il c.d. *informal international law-making*[45].

Come già accennavamo in apertura il negoziato per il TTIP ha subìto le critiche di una parte dell'opinione pubblica e, in particolare, di alcune organizzazioni non governative[46], che hanno contestato, spesso però con scarsa consapevolezza[47], tanto le modalità di conduzione del negoziato stesso[48], fino a poco fa segreto, quanto il suo contenuto.

E ciò sebbene quest'ultimo, proprio in conseguenza della segretezza delle trattative, risultasse praticamente sconosciuto: il timore è quello che l'approvazione del TTIP possa condurre alla riduzione sostanziale dei livelli di tutela di consumatori, lavoratori[49] e ambiente sia nell'ordinamento statunitense sia in quello europeo e

---

44 P. B. Stephan, *Privatizing International Law*, in *Virginia Law Review*, 2011, p. 1573 ss. nonché P. Schiff Berman, *From International Law to Law and Globalization*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, p. 485 ss., secondo il quale "international law is itself an overly constraining rubric; (…) we need an expanded framework, one that situates crossborder norm development at the intersection of legal scholarship on comparative law, conflict of laws, civil procedure, cyberlaw, and the cultural analysis of law, as well as traditional international law".

45 J. Pauwelyn, R. A. Wessel, J. Wouters (eds.), *Informal International Lawmaking*, Oxford, 2012, p. 22, e, da ultimo A. van Mulligen, *Framing Deformalization in Public International Law*, in *Transnational Legal Theory*, 2015, p. 635 ss. Per un'interessante applicazione di quelle categorie al diritto internazionale dell'economia v. J. Pauwelyn, *Rule-Based Trade 2.0? The Rise of Informal Rules and International Standards and How they May Outcompete WTO Treaties*, in *Journal of International Economic Law*, 2014, p. 739 ss.; G. Shaffer, R. Wolfe, V. Le, *Can Informal Law Discipline Subsidies?*, *ivi*, 2015, p. 711 ss. Per alcuni nostri approfondimenti sul tema v. G. M. Ruotolo, *Il sistema dei nomi di dominio alla lice di alcune recenti tendenze dell'ordinamento internazionale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2016, p. 33 ss., in particolare il par. 3.

46 Si veda lo studio di D. Cardoso, P. Mthembu, M. Venhaus, M. Verde Garrido (eds.), *The Transatlantic Colossus. Global Contributions to Broaden the Debate on the EU-US Free Trade Agreement*, Berlin, 2013.

47 Molto spesso, infatti, le critiche al TTIP, specie su internet, sono espresse in contesti culturali "complottisti", in cui appaiono mescolate, quando non addirittura confuse, con posizioni generalmente antieuropeiste o comunque pregiudizialmente contrarie a una non meglio precisata "globalizzazione". Sui meccanismi di diffusione *online* delle teorie del complotto e i rischi connessi v. A. Bessi, M. Coletto, G. A. Davidescu, A. Scala, G. Caldarelli, W. Quattrociocchi, *Science vs Conspiracy: Collective Narratives in the Age of Misinformation*, in *PloS one*, 2015, 10(2), p. 118093; M. Del Vicario, A. Bessi, F. Zollo, F. Petroni, A. Scala, G. Caldarelli, S. H. Eugene, W. Quattrociocchi, *The Spreading of Misinformation On-line*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 19 January 2016, 113(3), p. 554 ss.

48 Specificamente sulla carenza di trasparenza del negoziato si vedano le brevi note di M. Morvillo, *Quanta (e quale) trasparenza nella negoziazione del* Transatnatic Trade and Investment Partnership*?*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 136 ss.

49 Sulla tendenza a prevedere norme a tutela dei lavoratori negli accordi commerciali di ultima generazione, e in particolare nelle sezioni relative alla tutela degli investimenti, cfr. J. Agusti-Panareda, S.

degli Stati membri e, per quanto riguarda più specificamente l'UE, che le norme ivi contenute possano comportare surrettizie cessioni di sovranità nazionale e comunque risultare incompatibili con gli obiettivi generali dell'UE[50]. Dubbi sull'efficacia del TTIP sono stati sollevati anche nella letteratura scientifica, specie di taglio economico[51].

Ricordiamo come anche il Parlamento europeo abbia lamentato in diverse occasioni la scarsità di trasparenza dei negoziati, condotti in maniera riservata, contestando in particolare l'assenza di informazioni relative alle norme materiali oggetto di discussione, benché suscettibili di influenzare il quadro regolamentare già esistente[52]; accogliendo le lamentele di istituzioni e cittadini, il 9 ottobre 2014, un anno dopo l'apertura del negoziato e lo svolgimento di sette *meetings*, la Commissione ha reso pubblico il mandato ricevuto dal Consiglio dell'Unione europea per condurre il negoziato[53].

La pubblicazione del mandato e dei risultati raggiunti nel corso del negoziato ci permette di valutare i meccanismi giuridici così posti fino ad oggi in essere[54].

Per quanto concerne la competenza a negoziare e concludere il TTIP, i rappresentanti degli Stati membri UE, con una decisione adottata il 24 maggio del 2013 all'interno del Consiglio affari esteri, hanno autorizzato la Commissione a negoziare anche per loro conto le disposizioni che dovessero eventualmente rientrare nella loro competenza, prevedendo in tal caso un obbligo di consultazione in seno al Comitato della politica commerciale[55]: ciò, se da un lato tutela le quote di sovranità degli Stati membri, smussando così una delle critiche mosse al TTIP – quella che si focalizzava appunto sulla erosione indiretta della sovranità statale – dall'altro palesa l'idea che tanto la Commissione quanto gli Stati membri siano consapevoli della probabile natura mista dell'accordo[56] (e questo in contrasto con quanto asserito dalla stessa Commissione nella richiesta di parere sull'EUSFTA di cui abbiamo detto).

Puig, *Labor Protection and Investment Regulation: Promoting a Virtuous Circle*, in *Stanford Journal of International Law*, 2015, p. 105 ss.

50 V. il discorso tenuto il 23 febbraio 2015 da C. Malmström, Commissario europeo per il commercio a Berlino in occasione della *SPD Conference su Transatlantic Free Trade Opportunities and Risks*, intitolato *TTIP: Freedom and Responsibility*, reperibile *online.* Sulla critica alle… critiche al TTIP v. poi l'editoriale di J. Weiler, *European Hypocrisy: TTIP and ISDS*, in *European Journal of International Law*, 2014, p. 963 ss.

51 Cfr. G. Celi, *Should we Trust the Giant "EUSA"? A Reflection on Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) and its Impact on European Economy*, in *Boletim de Ciências Económicas, Special Issue in Honor of António Avelãs Nunes*, 2014, p. 23 ss.

52 Si veda la risoluzione del Parlamento europeo dell'8 luglio 2015 recante le raccomandazioni del Parlamento europeo alla Commissione sui negoziati riguardanti il partenariato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP) (2014/2228(INI)), reperibile *online*.

53 Il mandato è contenuto nel doc. 11103/13 del 17 giugno 2013 del Consiglio dell'Unione europea.

54 Sul punto si vedano E. Fahey, D. Curtin (eds.), *A Transatlantic Community of Law: Legal Perspectives on the Relationship between the EU and US legal orders*, Cambridge, 2014. Per le nostre considerazioni al riguardo rinviamo all'ultimo paragrafo.

55 Ruolo e composizione del Comitato sono regolati dall'art. 207, par. 3, TFUE.

56 Sul tema degli accordi misti dell'UE si vedano C. Hillion, P. Koutrakos (eds.), *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, Oxford-Portland, 2010, e da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, R. Baratta, *Sugli accordi misti: spunti di prassi recente*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, p. 1369 ss.

Passando al progettato contenuto della *partnership*[57], ci pare sia stato sottovalutato da quasi tutti i critici del TTIP il fatto che, analogamente agli altri accordi commerciali dell'UE, anche quest'ultimo tuteli esplicitamente molti *non trade issues*, il cui rispetto è *giuridicamente* imposto dal mandato negoziale che infatti, dopo aver ricordato che lo sviluppo sostenibile è uno dei degli obiettivi centrali ("overarching") delle parti e che, di conseguenza, il TTIP mira ad assicurare e facilitare il rispetto degli impegni internazionali in materia di tutela di ambiente, lavoro e consumatori, impone che le norme ivi contenute siano compatibili con l'*acquis* comunitario[58] e le legislazioni degli Stati membri.

Stando al mandato, quindi, il TTIP non dovrebbe in alcun modo promuovere gli scambi commerciali o gli investimenti mediante la riduzione dei livelli di tutela ambientale, del lavoro e della salute già contemplati da norme interne[59]: la condizione del rispetto da parte del TTIP delle norme previgenti pare in qualche modo rievocare – seppure in un atto unilaterale come il mandato negoziale dell'UE e con riguardo solo a specifici settori sensibili – la clausola *grandfather* del GATT 1947, inserita, come noto, nel protocollo di applicazione provvisoria, la quale consentiva la più ampia applicazione possibile delle norme del GATT nel rispetto però delle legislazioni già in vigore negli ordinamenti dei Paesi membri[60].

Nel merito, per quanto è dato sapere[61], l'Accordo dovrebbe essere composto di ventiquattro Capitoli, distinti in tre Sezioni, la prima relativa all'accesso al mercato,

---

[57] Un esame dettagliato delle disposizioni materiali in via di negoziato esula dalla nostra indagine. Sul tema si vedano però S. Lester, I. Barbee, *The Challenge of Cooperation: Regulatory Trade Barriers in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, in *Journal of International Economic Law*, 2013, p. 847 ss.; A. Algostino, *Transatlantic Trade and Investment Partnership: quando l'impero colpisce ancora?*, in *costituzionalismo.it*, 2014, reperibile *online*; T. S. Fung, *Negotiating Regulatory Coherence: The Costs and Consequences of Disparate Regulatory Principles in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement Between the United States and the European Union*, in *Cornell International Law Journal*, 2014, p. 445 ss.; J. Weiler, *op. cit.*, p. 963 ss.; M. Cremona, *Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 351 ss.; F. Di Dario, *Prime riflessioni sulla* Transatlantic Trade and Investment Partnership, in *La Comunità Internazionale*, 2015, p. 59 ss. Sul tema si veda anche, per la dottrina italiana, il dibattito svoltosi sul blog della Società italiana di diritto internazionale (SIDI), reperibile *online*. Per ulteriori riferimenti si veda, da ultimo, il simposio pubblicato sul numero 3/2015 del *Journal of International Economic Law*, e, in particolare, i contributi di A. Alemanno, *The Regulatory Cooperation Chapter of the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Institutional Structures and Democratic Consequences*, p. 625 ss., B. Hoekman, *Fostering Transatlantic Regulatory Cooperation and Gradual Multilateralization*, p. 609 ss., ed E.U. Petersmann, *Transformative Transatlantic Free Trade Agreements without Rights and Remedies of Citizens?*, p. 579 ss.

[58] Ricordiamo che il rispetto dell'*acquis* risulta una delle forme di estrinsecazione del principio di coerenza, sul quale si veda *infra*, il par. 4; cfr. C. Hillion, Tous pour un, un pour tous! *Coherence in the External Relations of the European Union*, in M. Cremona (ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, 2008, p. 23 ss.

[59] J. S. Vogt, *The Evolution of Labor Rights and Trade – A Transatlantic Comparison and Lessons for the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 827 ss.

[60] Sul punto v., per tutti, P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 11 ss.

[61] La Commissione, dopo il mandato, ha di recente declassificato anche le informazioni relative al contenuto materiale del negoziato, le quali sono accessibili *online*.

la seconda alle regole di cooperazione e la terza contenente norme di tipo materiale. La prima Sezione dovrebbe occuparsi dei profili doganali degli scambi di merci, della disciplina degli scambi di servizi e contenere le regole sugli appalti governativi nonché le regole di origine; la seconda dovrebbe contenere le norme relative alle barriere tecniche, alla sicurezza del cibo, alla salute pubblica, degli animali e delle piante e ad alcuni settori industriali particolari, come il settore chimico, dei cosmetici, dell'ingegneria e delle apparecchiature mediche, dei prodotti farmaceutici, dei tessili, dei veicoli e delle tecnologie dell'informazione; la terza Sezione dovrebbe infine contemplare le norme materiali volte a garantire la sostenibilità dello sviluppo perseguito dall'Accordo, oltre a specifici blocchi di disposizioni concernenti la disciplina *antitrust* e le norme sulle facilitazioni[62] e contenere le norme contenziose tra Stati e privati in materia di investimenti[63] e quelle del sistema di soluzione delle controversie più classicamente intergovernativo.

In seguito alle numerose perplessità sollevate da più parti, la Commissione ha recentemente proposto di sostituire il meccanismo ISDS originariamente contemplato nel TTIP con un *Investment Court System* il quale dovrebbe costituire il modello normativo da replicare poi in tutti gli accordi commerciali dell'UE. Tale sistema deve molto al meccanismo di soluzione delle controversie dell'OMC, dal momento che è articolato in due gradi di giudizio (mentre gli ISDS sono in genere di unico grado) e contempla organi contenziosi composti di individui in possesso di una qualificazione di livello comparabile a quella richiesta per la nomina a membri di corti internazionali permanenti. La proposta, peraltro, limita la legittimazione a ricorrere degli investitori a questioni di rilevante importanza, come nel caso di discriminazioni basate su genere, razza, religione o nazionalità, l'espropriazione senza indennizzo o il diniego di giustizia[64]. Ancora, la Commissione ha dichiarato

[62] Con tale espressione si fa generalmente riferimento a tutte le semplificazioni procedurali che consentono la riduzione dei costi e la velocizzazione degli scambi internazionali come, ad esempio, le procedure di c.d. sdoganamento anticipato, la previsione del pagamento elettronico di dazi e imposte, l'allineamento delle procedure alla frontiera, oltre che di giorni e orari lavorativi condivisi. Quello delle facilitazioni è un tema centrale anche nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio, la cui centralità è attestata dal fatto che si tratta di uno dei (pochi) profili sui quali si è assistito a una ripresa dell'attività negoziale multilaterale: la Conferenza ministeriale di Bali ha infatti adottato una decisione (Bali Ministerial Decision, Trade Facilitation Agreement (WT/MIN(13)/36 o WT/L/911) che contempla l'approvazione di un Accordo commerciale multilaterale sul punto ("Trade Facilitation Agreement"). Il 27 novembre 2014 i membri dell'OMC hanno concordato di inserire tale Accordo – che entrerà in vigore una volta che i due terzi dei membri stessi avranno perfezionato il relativo processo di ratifica – nell'Allegato 1A all'Accordo OMC. In dottrina v. B. Czapnik, *The Unique Features of the Trade Facilitation Agreement: A Revolutionary New Approach to Multilateral Negotiations or the Exception Which Proves the Rule?*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 773 ss., nonché C. Beverelli, S. Neumueller, R. Teh, *Export Diversification Effects of the WTO Trade Facilitation Agreement*, in *World Development*, 2015, p. 293 ss.

[63] Sul punto v. M. Frigo, *La risoluzione arbitrale delle controversie tra investitore straniero e Stato ospite negli accordi e nei negoziati commerciali dell'Unione europea*. in P. Bilancia (a cura di), *I negoziati per il partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti*. Assago, 2015, p. 191ss; R. Quick, *Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS*, in *Journal of World Trade*, 2015, p. 199 ss. Si vedano anche R. Sabia, C. Trecroci, *Ascesa e declino dell'"*Investor-State Arbitration*", fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e* Free Trade Agreements *multilaterali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2016, p. 165 ss.

[64] Il testo della proposta è reperibile all'indirizzo trade.ec.europa.eu.

che intende avviare in parallelo i lavori per l'istituzione di una Corte internazionale degli investimenti, la quale dovrebbe sostituirsi a tutti i meccanismi ISDS previsti negli accordi dell'UE e negli accordi bilaterali degli Stati membri dell'UE con i Paesi terzi, nonché negli accordi e nei trattati commerciali e d'investimento conclusi anche tra Paesi extraeuropei.

3. Nella letteratura scientifica è difficile rintracciare una definizione condivisa di integrazione economica nel commercio internazionale. Sebbene i vari autori che si sono occupati del tema convengano generalmente sugli obiettivi che muovono gli Stati a concludere accordi di integrazione commerciale, vi è minore concordanza di vedute in merito all'inquadramento giuridico dei relativi strumenti, a causa della loro eterogeneità.

La dottrina, come noto, divide gli accordi commerciali regionali[65] in due grandi sottocategorie distinguendo quelli di libero scambio, i cui contraenti, non necessariamente appartenenti alla stessa area geografica, si concedono reciprocamente trattamenti commerciali di vantaggio, dagli accordi preferenziali, in cui le concessioni hanno natura unilaterale. Peraltro, secondo alcuni, tali accordi, nel complesso, andrebbero differenziati in base all'ambito di operatività e al livello di approfondimento del vincolo associativo tra i contraenti[66], mentre secondo altri la frammentazione della prassi, che fa registrare enormi differenze, ne impedisce una trattazione unitaria[67]; secondo una terza lettura gli accordi regionali andrebbero analizzati in base al livello di approfondimento dei legami economici o di ampliamento della sfera di applicazione degli stessi[68], mentre una quarta teoria li distingue in base al livello di sviluppo dei Paesi partecipanti, alla localizzazione geografica degli stessi (distinguendo così gli *intra-regionals* dai *cross-regionals*), alla tipologia di accordo (bilaterale, plurilaterale), ai vincoli economici che impone (zone di libero scambio, unioni doganali) e, infine, alle materie che disciplina (beni, servizi, "regulatory issues", ecc.)[69].

---

[65] Tali accordi, peraltro, quanto al contenuto, possono mirare a realizzare una semplice zona di libero scambio (mediante l'eliminazione delle misure tariffarie tra gli Stati membri), un'unione doganale (in cui alla reciproca rimozione delle barriere tariffarie tra i membri si aggiunge la previsione di un'unica tariffa doganale esterna comune), un mercato comune (che aggiunge alle caratteristiche dell'unione doganale norme volte a consentire la libera circolazione dei fattori produttivi), un'unione economica (contraddistinta dalla previsione di meccanismi di coordinamento delle singole politiche economiche, monetarie, fiscali dei Paesi membri), o, infine, un'integrazione economica totale, generalmente prodromica a una vera e propria unione politica.

[66] S. T. Snorrason, *Asymmetric Economic Integration, Contributions to Economics*, Berlin-Heidelberg, 2012, p. 9 ss.

[67] P. Picone, A. Ligustro, *op. cit.*, p. 499 ss.: "se gli accordi di integrazione economica non sono facilmente riconducibili, per i motivi indicati, se non in via meramente tendenziale, a classificazioni e tipologie del tutto sicure (al punto, potrebbe dirsi, che solo lo studio concreto di ogni singolo accordo consente una reale comprensione del fenomeno di integrazione in causa), la prospettiva dei medesimi complessivamente espressa sfugge anch'essa, nei suoi termini macro-strutturali, ad una valutazione precisa, se rapportata alla prospettiva opposta del multilateralismo".

[68] M. Cremona, *The European Union and Regional Trade Agreements*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2010, p. 245 ss.

[69] Al riguardo si veda il *WTO World Trade Report for 2011, WTO and preferential trade agreements: from co-existence to coherence*, Geneva, 2011, p. 54, reperibile *online*. Per una ricostruzione comples-

Gli accordi già conclusi dall'UE e, a quanto consta dai testi provvisori fatti circolare, anche quelli in via di approvazione, possono essere variamente inquadrati alla luce delle classificazioni appena riportate; tuttavia un siffatto inquadramento non rientra nell'oggetto della nostra analisi, che mira invece a individuarne gli elementi comuni, cioè quelli che li caratterizzano *in blocco*.

Abbiamo visto che tali accordi in primo luogo incorporano, seppur in misura e maniera diverse, disposizioni e principi già previsti dal sistema commerciale multilaterale amministrato dall'OMC: ciò avviene non solo per quanto concerne la disciplina materiale degli scambi, ma anche con riguardo ai meccanismi di soluzione delle controversie commerciali ivi contemplati[70].

Tuttavia, pur basandosi su principi condivisi a livello multilaterale, tali accordi tendono a superare e approfondire l'integrazione posta in essere nel sistema OMC, prevedendo obblighi più penetranti rispetto a quelli ivi già previsti (le *WTO plus obligations*)[71] o relativi a materie/aspetti/settori ivi non contemplati affatto (le *WTO more obligations*)[72].

Ancora, gli accordi commerciali dell'UE contengono disposizioni che ne negano gli effetti diretti, le quali riprendono così l'approccio già adottato con riguardo al diritto OMC, di cui la giurisprudenza dei principali partner commerciali ha escluso i pieni effetti interni[73].

Tuttavia, mentre nel caso dell'OMC questa soluzione era frutto di un'elaborazione giurisprudenziale, eventualmente rivisitabile da parte della stessa giurisprudenza, nel caso in esame ciò è fatto oggetto di previsioni di diritto positivo e, cristallizza così la soluzione adottata, impedisce quindi ogni *revirement*. Dobbiamo sottolineare, peraltro, come tale esclusione di effetti diretti, se da un lato è in linea con la giurisprudenza relativa agli accordi OMC, dall'altro appare invece in controtendenza rispetto a posizioni già espresse della Corte di giustizia con riguardo

siva v. anche C. Di Turi, *La strategia commerciale dell'Unione Europea tra "regionalismo economico" e multilateralismo: quale ruolo per gli accordi di libero scambio di nuova generazione?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, pp. 89-90.

[70] Si pensi, ad esempio, a quanto detto nel paragrafo precedente con riguardo all'*Investment Court System*.

[71] Sul punto v. G. Villalta Puig, E. D. Dalke, *Nature and Enforceability of WTO-plus SPS and TBT Provisions in Canada's PTAs: From NAFTA to CETA*, in *World Trade Review*, 2016, p. 51 ss.

[72] Per un'analisi delle categorie utilizzate nel testo v. G. Marceau, *News from Geneva on RTAs and WTO-plus, WTO-more, and WTO-minus*, in *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2009, p. 124 ss.

[73] Per un inquadramento della prassi applicativa domestica degli accordi OMC e la ricostruzione delle varie soluzioni adottate negli ordinamenti nazionali in merito agli effetti interni da essi prodotti ci permettiamo di rinviare a G. M. Ruotolo, *L'applicazione interna degli Accordi OMC, la prassi occidentale e le peculiarità di alcuni Paesi emergenti*, in A. R. Gurrieri, M. Lorizio, C. Novi (a cura di), *L'ascesa delle economie emergenti. Implicazioni economiche e giuridiche*, Milano, 2010, p. 323 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici. *Adde* H. Ruiz Fabri, *Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations?*, in *European Journal of International Law*, 2014, p. 151 ss.; A. Semertzi, *The Preclusion of Direct Effect in The Recently Concluded EU Free Trade Agreements*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1125 ss.; R. Mastroianni, *Le garanzie dei valori nell'azione sterna e il ruolo della Corte di giustizia*, in E. Sciso, R. Baratta, C. Morviducci (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016, p. 213 ss.

alle norme commerciali contenute in accordi dell'UE e, prima ancora, della CE, più risalenti, specie di associazione, cui si riconoscevano gli effetti diretti.

Ancora, la gran parte degli accordi in questione, nell'attesa dell'entrata in vigore definitiva, è stata o è tuttora oggetto di applicazione provvisoria[74] e i medesimi accordi contemplano spesso un ampio ventaglio di eccezioni, che i membri possono invocare per giustificare il mancato rispetto degli obblighi ivi contenuti al fine di tutelare interessi da essi ritenuti preminenti: si tratta di due caratteristiche che ricordano il GATT del 1947, e che comportano, almeno sotto questo profilo, una sorta di "ritorno al futuro" di modelli normativi che credevamo ormai superati, con il conseguente tendenziale indebolimento dei vincoli giuridici ivi previsti[75].

Infine, l'analisi sin qui condotta evidenzia la tendenza dell'UE a contemplare nei rapporti commerciali instaurati con i Paesi terzi, oltre a obiettivi "tradizionali" come la rimozione delle barriere tariffarie e la riduzione di quelle non tariffarie, anche la disciplina di specifici settori industriali – al riguardo è stato osservato che mentre gli accordi commerciali del XX secolo avevano come obiettivo "to sell things", quelli del XXI mirano "to make things"[76] – e aspetti trasversali come la concorrenza, accanto a una spinta attenzione per i valori non commerciali (come la tutela dell'ambiente, della salute, delle condizioni di lavoro) nell'ottica del perseguimento di un modello di sviluppo sostenibile[77].

Si tratta di un approccio, detto "deep trade"[78], che – adottato dapprima con riguardo al settore dell'agricoltura, noto per la sua multifunzionalità[79] – si è progressivamente esteso a vari ambiti e aspetti delle relazioni commerciali internazionali, che vengono concepite, anche sotto il profilo normativo, non più come volte a regolamentare esclusivamente beni privati, bensì a disciplinare e – vedremo più avanti – finanche a produrre – "public goods"[80]. Con l'espressione "deep trade", cui

---

74 Sul tema v. P. Picone, *L'applicazione provvisoria dei trattati internazionali*, Napoli, 1973, per il quale (cfr. p. 110 ss.) tale applicazione trova generalmente fondamento su un accordo autonomo, generalmente privo di carattere vincolante, rispetto a quello che è fatto oggetto di applicazione provvisoria. Da ultimo si veda M. Belz, *Provisional Application of the Energy Charter Treaty:* Kardassopoulos v. Georgia *and Improving Provisional Application in Multilateral Treaties*, in *Emory International Law Review*, 2008, p. 727 ss.

75 Per un'approfondita analisi di tali caratteristiche si veda A. Ligustro, *La soluzione delle controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996, in particolare p. 44 ss. Ricordiamo anche quanto abbiamo già segnalato in merito alla "riedizione" della clausola *grandfather* in seno al mandato negoziale del TTIP.

76 Cfr. J. Pauwelyn, *Taking the Preferences out of Preferential Trade Agreements: TTIP as a Provider of Public Goods?*, in J. F. Morin, T. Novotnà, F. Ponjaert, M. Telò (eds.), *The Politics of Transatlantic Trade Negotiations – TTIP in Globalized World*, Farnham-Burlington, 2015, p. 187 ss.

77 Sui meccanismi di bilanciamento di opposti interessi nel diritto del commercio internazionale, v., da ultimo, M. B. A. van Asselt, E. Versluis, E. Vos (eds.), *Balancing between Trade and Risk. Integrating Legal and Social Science Perspectives*, London-New York, 2013.

78 Per la definizione v. da ultimo B. A. Melo Araujo, *Intellectual Property and the EU's Deep Trade Agenda*, in *Journal of International Economic Law*, 2013, p. 439 ss.

79 H. U. Grossl, *EU Trade Policy and Non-Trade Issues: The Case of Agricultural Multifunctionality*, in *European Foreign Affairs Review*, 2008, p. 211 ss.

80 Sulla possibilità che finanche un regime normativo possa essere ascritto alla categoria dei beni pubblici globali v. *infra*, par. successivo. Dai beni pubblici globali vanno tenuti parzialmente distinti i c.d. *global commons*, i quali, a differenza dei primi, devono affrontare problemi di congestione, uso eccessivo, o di degrado (ciò che li rende, a differenza dei "global goods", "rivalrous"). Per una recente di-

spesso si contrappone quella di "broad trade", si fa difatti riferimento alla tendenza ad approfondire ("to deepen", per l'appunto) le relazioni economiche tra un limitato numero di Stati mediante specifici accordi internazionali, al fine di aumentare la compatibilità dei rispettivi ordinamenti giuridici attraverso la loro armonizzazione, piuttosto che creare legami con il maggior numero possibile di Stati, ampliando così ("to broaden") il numero dei partner a discapito però della profondità del legame instaurato che, necessariamente, tenderà, in questo caso, ad assestarsi su livelli più bassi di integrazione[81]. Mentre quest'ultimo approccio è generalmente fondato su meccanismi di rimozione delle barriere tariffarie come la clausola della nazione più favorita, il primo pone maggiore attenzione alle barriere non tariffarie e alla creazione, tra i partner, di sistemi giuridici di regolamentazione che siano il più possibile simili tra loro e, proprio per le caratteristiche descritte, viene sovente indicato come uno dei fattori responsabili della crisi del sistema commerciale multilaterale e della sua frammentazione in sottosistemi[82].

Affronteremo nell'ultimo paragrafo il tema del rapporto complessivo tra gli accordi dell'UE e il sistema commerciale multilaterale, per il momento limitiamoci a registrare alcuni dati di fatto.

La crisi finanziaria iniziata nel 2008 ha innescato in molti Paesi politiche protezionistiche di "buy national" o misure, volte a sostenere le esportazioni, incompatibili con gli obblighi OMC, e lo stallo del *Doha Development Round* della stessa OMC ha ulteriormente minato la fiducia nel sistema commerciale multilaterale[83].

D'altro canto va anche ricordato come in occasione della riunione del giugno 2012 i Paesi membri del G20 abbiano ribadito "the importance of an open, predictable, rules based, transparent multilateral trading system and (...) committed to ensure the centrality of the WTO" e confermato, di conseguenza, i loro impegni a supportare "open trade and investment, expanding markets and resisting protectionism in all its forms, which are necessary conditions for *sustained* global economic recovery, jobs and development"[84].

---

samina del tema, dei *global commons* nella prospettiva internazionalistica v. A. Di Stasi, *Brevi considerazioni intorno alle nuove frontiere in tema di global commons: sostenibilità dello sviluppo attraverso (meri) atti di soft law?*, in *Iura and Legal Systems*, 2014, p. 1 ss., reperibile all'indirizzo www.unisa.it.

81 Sulla distinzione si veda G. W. Bowman, *The Domestic and International Policy Implications of "Deep" versus "Broad" Preferential Trade Agreements*, in *Indiana International & Comparative Law Review*, 2009, p. 497 ss.

82 Ma E. U. Petersmann, *Multilevel Governance Problems of the World Trading System beyond the WTO Conference at Bali 2013*, in *Journal of International Economic Law*, 2014, p. 233 ss., sostiene che la frammentazione dell'ordinamento internazionale in generale e del diritto del commercio internazionale in particolare in innumerevoli sistemi bilaterali, regionali e multi/plurilaterali vada vista come uno strumento necessario per attuare una più efficace *governance* dell'economia mondiale e dei beni pubblici globali. Sulla rilevanza di quest'ultima categoria per la nostra indagine cfr. *infra*, par. 5.

83 Cfr. M. Del Vecchio, V. Di Comite, *Da Doha a Bali il futuro dell'OMC tra nuove speranze e antiche questioni*, in *La Comunità Internazionale*, 2014, p. 387 ss.

84 Il testo integrale della dichiarazione è consultabile sul sito della Casa Bianca. Il corsivo è nostro.

4. La tendenza, di cui abbiamo detto, ad attribuire rilevanza esterna ai *non trade issues* presenta caratteristiche *frattali* rispetto all'ordinamento UE nel suo complesso[85].

Come noto, i frattali sono oggetti geometrici dotati di omotetia interna, i quali, cioè, ripetono la loro forma allo stesso modo su scale diverse; questa caratteristica, detta autosimilarità o autosomiglianza, comporta che ingrandendo una qualunque parte di un frattale se ne ottiene una figura simile all'originale, in maniera ricorsiva[86].

Ci pare che l'uso dei frattali fatto da una parte della dottrina[87] per descrivere la struttura dell'ordinamento UE, i cui singoli sottoinsiemi di norme replicano il modello dell'ordinamento nel suo complesso, che pure potrebbe apparire come una mera "suggestione"[88] o un mero "involucro esotico"[89], consenta di restituire una rappresentazione plastica e chiara, rispetto a criteri più tradizionali, di una serie di caratteristiche dell'ordinamento UE che non possono essere univocamente ricondotte al mero principio di organicità di un ordinamento giuridico e al criterio di gerarchia.

Gli accordi commerciali adottati dall'UE replicano infatti al loro interno, seppur su scala ridotta, il "modello" dei valori normativi dei Trattati istitutivi, i quali mirano a un'economia *sociale* di mercato, che, oltre a perseguire obiettivi di sviluppo economico, tuteli anche i diritti sociali e l'ambiente[90]. Questa tendenza si è rafforzata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale ha ricondotto a un quadro giuridico unitario l'azione esterna dell'Unione europea nel suo complesso; anche tale azione, a sua volta, deve essere compatibile con i principi fondanti l'ordinamento UE[91].

---

[85] L'uso di modelli frattali per la spiegazione di fenomeni giuridici non è del tutto nuovo in dottrina, specie anglosassone: v. D. G. Post, M. B. Eisen, *How Long is the Coastline of the Law? Thoughts on the Fractal Nature of Legal Systems*, in *Journal of Legal Studies*, 2000, p. 545 ss.; A. S. Morrison, *The Law is a Fractal: The Attempt to Anticipate Everything*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2013, p. 649 ss.; N. M. Vladoiu, *The Decryption of Law as an Exact Normative Science Using Fractals*, in *Law Review*, 2014, p. 56 ss.

[86] Per un'introduzione ai frattali si legga, per tutti, B. B. Mandelbrot, *Gli oggetti frattali. Forma, caso e dimensioni*, Torino, 2000.

[87] Si vedano già al riguardo, R. Bin, P. Caretti, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2005, p. 35; G. Mallard, M. Foucault, *The Fractal Process of European Integration A Formal Theory of Recursivity in the Field of European Security*, in *Roberta Buffet Center for International and Comparative Studies Working Paper Series*, No. 10-006, reperibile *online*.

[88] Per l'uso dell'espressione v. A. Predieri, *Trattato di Amsterdam e frattali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 263.

[89] Su questo rischio v. M. Pedrazza Gorlero, *L'ordine frattalico delle fonti del diritto*, Padova, 2012, p. 87 ss.

[90] In argomento si vedano P. De Pasquale, *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 265 ss.; V. Šmejkal, S. Šaroch, *EU as a Highly Competitive Social Market Economy – Goal, Options, and Reality*, in *Review of Economic Perspectives*, 2015, p. 393 ss.

[91] Con particolare riguardo all'integrazione nella politica commerciale di diritti umani, tutela dell'ambiente e, in senso più ampio, principi dello sviluppo sostenibile, si veda la comunicazione della Commissione *Commercio per tutti: verso una politica commerciale e di investimento più responsabile*, COM (2015) 497 def. del 14 ottobre 2015, reperibile *online*. Per un commento v. A. Bonfanti, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comuni-*

Al riguardo la dottrina, unificando in un solo concetto le previsioni contenute in varie disposizioni di diritto primario, ha parlato di principio di coerenza[92], la cui portata e il cui ambito applicativo costituiscono, però, oggetto di ricostruzioni non univoche.

Sono state infatti distinte una forma negativa del principio – consistente nell'assenza di contraddizioni tra le varie espressioni dell'azione esterna dell'UE, anche sotto il profilo del riparto di competenze e del rispetto dell'*acquis communautaire*[93] – e una forma positiva del medesimo, che si sostanzia in un obbligo di cooperazione tra Stati membri e istituzioni e tra le istituzioni (in particolare tra Consiglio e Commissione) nell'ambito dei rapporti reciproci[94].

È poi il caso di sottolineare come le varie versioni linguistiche dei Trattati utilizzino differenti espressioni per riferirsi a tale principio: mentre in italiano, francese e tedesco si evidenzia una portata semantica simile (coerenza, *cohérence*, *Kohärenz*), la versione in inglese (pur esistendo in quella lingua il termine *coherence*), preferisce utilizzare *consistency*, in un'accezione che pare sottolineare maggiormente profili tecnici di compatibilità giuridica[95]. Tra le varie norme primarie che fanno applicazione di questo principio, e per il suo tramite danno forma frattale all'ordinamento UE, l'art. 205 TFUE prevede che l'azione dell'Unione sulla scena internazionale debba essere fondata sui principi e perseguire gli obiettivi fissati nell'art. 21 TUE, il quale, a sua volta, impone che tale azione debba fondarsi sui principi che hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento dell'UE: democrazia[96], Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamen-

---

cazione Commercio per tutti, *tra regionalismo e multilateralismo economico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 233 ss.

92 Il principio di coerenza è annoverato tra quelli "costituzionali" dell'ordinamento UE da G. De Baere, *Constitutional Principles of EU External Relations*, Oxford, 2008, p. 251 ss.; E. Herlin-Karnell, T. Konstadinides, *The Rise and Expressions of Consistency in EU Law: Legal and Strategic Implications for European Integration*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, p. 139 ss. Sul tema si vedano anche S. Prechal, B. van Roermund, *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford, 2008, e M. Cremona, *Coherence in European Union Foreign Relations Law*, in P. Koutrakos (ed.), *European Foreign Policy: Legal and Political Perspectives*, Cheltenham, 2011, p. 59 ss.

93 Ed è il caso di ricordare che il mandato negoziale per il TTIP impone, tra l'altro, il rispetto dell'*acquis*: cfr. *supra*, par. 2.

94 Cfr. C. Hillion, *op. cit.*, p. 10 ss. Sul tema v. anche C. Novi, *Il principio di coerenza e la clausola di compatibilità*, in E. Baroncini, S. Cafaro, C. Novi (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, 2012, Torino, p. 27 ss., nonché A. Mignolli, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009; A. Orsini (ed.), *The European Union with(in) International Organizations. Commitment, Consistency and Effects across Time*, Farnham-Burlington, 2014.

95 Ricordiamo che l'art. 55, par. 1, TUE sancisce l'autenticità dei testi dei Trattati in tutte le lingue dei Paesi membri. Anche per l'analisi dell'evoluzione del principio in parola, apparso per la prima volta ormai trent'anni or sono, v. C. N. K. Franklin, *The Burgeoning Principle of Consistency*, in *Yearbook of European Law*, 2011, p. 42 ss.

96 Sulla rilevanza dei principi di democrazia nell'ordinamento UE contemporaneo v. U. Villani, *Principi democratici e ruolo dei Parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, in C. Zanghì, L. Panella (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, 2010, p. 213 ss.

tali[97], rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale.

La stessa disposizione, al successivo par. 2, individua una serie di linee direttrici dell'attività esterna dell'Unione, la quale deve volgere a salvaguardare i suoi valori, i suoi interessi fondamentali, la sua sicurezza, la sua indipendenza e la sua integrità, consolidare e sostenere la democrazia, la *rule of law*, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale, favorire lo sviluppo sostenibile dei Paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà, incoraggiare l'integrazione di tutti gli Stati nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali, contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile.

E la politica commerciale comune, che ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. e), TFUE è di competenza esclusiva dell'Unione, rientra nella Parte V del TFUE, che riunisce tutte le competenze caratterizzate da una rilevanza esterna, come la cooperazione allo sviluppo (articoli 208-211 TFUE), la cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi (articoli 212-213 TFUE), l'aiuto umanitario (art. 214 TFUE); la Corte di giustizia, in merito all'ampiezza di tale politica, ha chiarito che un atto dell'Unione vi rientra se verte specificamente sugli scambi internazionali, è sostanzialmente destinato a promuovere, facilitare o disciplinare tali scambi e sortisce sui medesimi effetti immediati[98].

Nella determinazione dell'ampiezza della politica commerciale comune va poi tenuto conto del fatto che la Corte di giustizia, nel noto parere 1/78[99], chiarì che non si può dare alle norme dei Trattati "un'interpretazione il cui effetto sia quello di limitare la politica commerciale comune all'impiego degli strumenti destinati ad incidere unicamente sugli aspetti tradizionali del commercio estero, ad esclusione di congegni più complessi" e ciò dal momento che è del tutto legittimo che l'UE sviluppi "una politica commerciale intesa, per determinati prodotti, alla disciplina del mercato mondiale, piuttosto che alla semplice liberalizzazione degli scambi"[100].

La competenza esterna dell'UE in materia commerciale ha così mutato, nel tempo e con le modifiche ai Trattati istitutivi, natura e ampiezza: nel Trattato CE si limitava agli scambi di merci, di servizi – con riferimento, però, alla sola modalità di fornitura transfrontaliera, la quale non comporta lo spostamento di persone fisiche – e, in materia di proprietà intellettuale, alle sole norme relative al divieto di immissione in libera pratica sul mercato comune di merci contraffatte, e ciò solo perché in materia era stata adottata una disciplina comune; tutti gli altri profili degli scambi internazionali rientravano nella competenza concorrente Comunità/Stati membri o

---

97 In materia v. U. Villani, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 27 ss.

98 V., da ultimo, le citate sentenze della Corte di giustizia *Commissione* c. *Consiglio*, punto 75, nonché *Daiichi Sankyo*, punto 51.

99 Corte di giustizia, parere 1/78 del 4 ottobre 1979, emesso in forza dell'art. 228, n. 1, 2º comma, del Trattato CEE – Accordo internazionale sulla gomma naturale.

100 *Ivi*, punto 44.

in quella esclusiva di questi ultimi, ciò che aveva costretto alla conclusione degli accordi OMC in forma mista[101].

Dopo alcune fasi di transizione segnate dai Trattati di Amsterdam e Nizza, in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona la competenza esclusiva dell'UE a concludere accordi internazionali in materia di relazioni commerciali è oggi identificata in base ai criteri contenuti nell'art. 3, paragrafi 1-2, TFUE: il par. 1 individua tale competenza, muovendo dal profilo interno, *ratione materiae*, e prevede che vi rientrino l'unione doganale, le regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, la politica monetaria per gli Stati della zona euro, la conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca e la politica commerciale comune; l'estensione delle competenze interne al piano delle relazioni internazionali deriva, come noto, tra l'altro, dall'applicazione del principio del parallelismo elaborato dalla Corte di giustizia[102]. Il secondo paragrafo dell'art. 3 TFUE, assieme all'art. 216, par. 1, TFUE, che rispetto al primo presenta però alcune inopportune differenze di formulazione[103], contempla invece la competenza esclusiva dell'UE a concludere accordi internazionali, indipendentemente dalla materia da essi disciplinata, in presenza di tre requisiti alternativi: che la conclusione dell'accordo sia prevista da un atto legislativo già adottato dall'Unione europea, che l'accordo sia necessario al fine di esercitare concretamente le competenze interne, e che il medesimo vada ad incidere su norme comuni già adottate; quest'ultimo punto appare idoneo a radicare la competenza a concludere accordi come quelli di cui ci stiamo occupando, i quali incidono certamente su disposizioni di diritto derivato preesistenti.

A queste norme va poi aggiunta la competenza in materia di servizi di trasporto ai sensi dell'art. 207, par. 5, TFUE. È poi il caso di ricordare come l'art. 207, par. 1, TFUE imponga che la politica commerciale comune sia fondata su principi uni-

---

101 Un'eventuale competenza comunitaria esclusiva a concludere l'Accordo TRIPs avrebbe implicato l'armonizzazione delle relative discipline interne, ciò che, tuttavia, sarebbe avvenuto attraverso un procedimento (la conclusione dell'Accordo, appunto) completamente differente da quello previsto dal diritto primario per l'armonizzazione delle legislazioni, comportando quindi l'illegittimo aggiramento, da parte del Consiglio, di una serie di obblighi procedurali, come ad esempio quelli relativi al coinvolgimento del Parlamento europeo: cfr. Corte di giustizia, parere 1/94 del 15 dicembre 1994. Quanto, poi, all'esclusione del GATS dalla competenza esclusiva comunitaria, essa aveva subìto pressanti critiche da parte della dottrina, che aveva sottolineato come la circolazione delle persone fisiche fosse solo strumentalmente collegata alla prestazione di servizi e altrimenti estranea al campo di applicazione del GATS stesso. Ricordiamo che il par. 4 dell'Allegato al GATS che si occupa proprio della "circolazione delle persone fisiche", infatti, consente ai membri dell'OMC di negoziare impegni specifici in relazione a quest'ultimo profilo, ma esclude nel contempo dall'ambito di applicazione dell'Accordo le misure che riguardano le persone che intendono recarsi in un Paese al fine di trovarvi un'occupazione e quelle che concernono l'acquisto della cittadinanza o la concessione della residenza sul territorio di un membro.

102 La nota decisione AETS che contiene la formalizzazione di tale principio è stata definita da J. W. van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, in R. A. Wessel, S. Blockmans (eds.), *Between Autonomy and Dependence. The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, The Hague, 2013, p. 22, "the most momentous Court decision in the field of EU external relations". Per una ricostruzione di giurisprudenza e dottrina sul punto, nonché anche per ulteriori riferimenti bibliografici cfr. A. Mignolli, *op. cit.*, p. 28 ss., e U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 236 ss.

103 Così già U. Villani, *Istituzioni*, cit. p. 238.

formi per quanto concerne, in particolare, le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi relativi a scambi di merci e di servizi in materia tariffaria e sugli aspetti commerciali della proprietà intellettuale (si tratta, come evidente, dell'ambito oggettivo di applicazione degli accordi OMC), gli investimenti esteri diretti, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e, infine, le misure di protezione commerciale come quelle relative a *dumping* e sovvenzioni.

Insomma, sul piano *materiale* le norme degli accordi così conclusi, ai sensi del principio di coerenza e della struttura frattale dell'ordinamento UE, ne devono rispettare i principi fondanti[104].

Tuttavia, mentre è evidente che a livello di relazioni esterne l'UE attribuisca una sempre maggiore rilevanza a tali principi, che incorporano in massima parte *non trade values*[105], i medesimi appaiono, quasi paradossalmente, posti in posizione deteriore nei trattati conclusi *tra* i Paesi membri[106] e adottati da ultimo a fini di *governance* economica interna.

Si pensi, ad esempio, a come l'art. 9 del Trattato sulla stabilità il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria[107] contempli l'impegno delle parti contraenti ad adoperarsi per una politica economica volta a perseguire "l'armonioso funzionamento dell'Unione economica e monetaria" e "la crescita economica

[104] *Adde* B. Van Vooren, *EU External Relations Law and the European Neighbourhood Policy: A Paradigm for Coherence*, London-New York, 2012.

[105] È poi almeno il caso di accennare come una certa attenzione alla salvaguardia di valori non commerciali stia caratterizzando anche i più recenti modelli di trattati internazionali bilaterali di investimento, i quali, con una frequenza maggiore che in passato, salvaguardano il "right to regulate" degli Stati. Si veda, al riguardo, l'*US Model BIT* del 2012, reperibile *online*, il cui art. 8, par. 3, lett. c), prevede che, "[p]rovided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), (f), and (h), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: (i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Treaty; (ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or (iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources".

[106] G. Della Cananea, *L'ordinamento giuridico dell'Unione europea dopo i nuovi accordi intergovernativi*, in *La Comunità Internazionale*, 2012, p. 3 ss.

[107] Per un'analisi di tale accordo ci permettiamo di rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a G. M. Ruotolo, *La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 433 ss. In materia si vedano da ultimo A. Kocharov (ed.), *Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty*, European University Institute Department of Law, Working Paper No. 2012/9, reperibile *online*; G. Adinolfi, M. Vellano (a cura di), *La crisi del debito sovrano negli Stati dell'area Euro. Profili giuridici*, Torino, 2013; M. E. Bartoloni, A. Caligiuri, B. Ubertazzi (a cura di), *L'Unione europea e la riforma del governo economico della zona euro*, Napoli, 2013; F. Fabbrini, *The Fiscal Compact, the "Golden Rule" and the Paradox of European Federalism*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, 2013, p. 1 ss., reperibile *online*; C. Schweiger, The *EU-25 Fiscal Compact: Differentiated Spillover Effects under Crisis Conditions*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 2014, p. 293 ss.; F. Munari, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'Unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 723 ss.; E. Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 91 ss.; A. Damato, P. De Pasquale (a cura di), *Politica economica e monetaria dell'Unione europea. Procedura legislativa ruolo delle Istituzioni*, Napoli, 2016; L. Daniele, M*isure anti-crisi, nuova* governance *della zona euro e assetto istituzionale della UEM*, in A. Tizzano (a cura di), *Verso 60 anni dai Trattati di Roma – Quaderni della rivista Il Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2016, p. 253 ss.

attraverso maggiore convergenza e competitività", prevedendo che le misure a tal fine adottate debbano avere come obiettivi quelli di "maggiore competitività, di promuovere l'occupazione, di contribuire ulteriormente alla sostenibilità dei conti pubblici e di potenziare la stabilità finanziaria".

Obiettivi siffatti, però, appaiono quanto meno distanti, se non addirittura inconciliabili, con quelli di cui all'art. 3 TUE, i quali impongono all'Unione di perseguire lo sviluppo sostenibile attraverso una crescita economica equilibrata che miri al progresso sociale, il quale è invece stato messo seriamente in pericolo da alcune delle misure adottate per il solo potenziamento della stabilità finanziaria[108]. La giustificazione del differente approccio riposa sulla circostanza che, mentre i trattati commerciali con Paesi terzi sono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'UE, i Trattati conclusi tra Paesi membri per governare la crisi economica sono stati concepiti come esterni al tale ordinamento e ciò proprio al fine, tra gli altri, di derogare ad alcuni principi ivi contemplati[109].

5. La rilevanza sempre maggiore dei valori non commerciali nell'attività negoziale dell'UE di cui si è parlato, per il tramite degli effetti prodotti sugli ordinamenti di UE, Stati membri e partner, potrebbe anche influenzare l'ordinamento dell'OMC.

Ricordiamo che la Conferenza ministeriale dell'OMC del 2011 ha individuato nelle differenze di regolamentazione esistenti tra gli ordinamenti dei Paesi membri uno dei motivi dell'attuale stallo dei negoziati commerciali multilaterali[110]. Uno dei meccanismi di riduzione di tali differenze potrebbe coincidere con l'estensione, giuridica o di fatto, di alcune previsioni degli accordi commerciali fin qui esaminati anche a Stati ad essi originariamente estranei.

La circolazione di modelli giuridici tra ordinamenti è stata oggetto di studi di taglio comparativistico nel caso dei *legal transplants*, trapianti inter-ordinamentali di istituti che, secondo alcuni, sarebbero la principale fonte di modifica e di sviluppo degli ordinamenti contemporanei[111].

Da ultimo anche la dottrina internazionalistica ha utilizzato analoghi modelli per spiegare alcuni fenomeni che si stanno verificando nell'ordinamento internazionale: ad essere oggetto di studio sono stati infatti alcuni casi di *transplants* "verticali" [112], avvenuti cioè dagli ordinamenti interni a quello internazionale, mentre l'influenza

---

[108] Al riguardo, anche se con approcci differenti, si vedano L. Mola, *Profili di compatibilità delle misure di austerità con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in G. Adinolfi, M. Vellano (a cura di), *op. cit.*, p. 81 ss.; M. Starita, Governance *economica europea e principi democratici dell'UE*, in M. E. Bartoloni, A. Caligiuri, B. Ubertazzi (a cura di), *op. cit.*, p. 46 ss.

[109] In merito al profilo, però parzialmente differente da quello in esame, delle peculiarità degli accordi conclusi dagli Stati membri all'interno del sistema giuridico UE v. U. Villani, *Istituzioni*, cit. p. 272 ss.

[110] Cfr. doc. WT/MN(11)/W/2, reperibile *online*.

[111] Di recente cfr. A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, December 2000, reperibile *online*; D. Nellken, J. Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland, 2001; M. Siems, *The Curious Case of Overfitting Legal Transplants*, in M. Adams, D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford, 2014, p. 133 ss.: M. M. Siems, *The Curious Case of Overfitting Legal Transplants*, *ivi*, p. 133 ss.

[112] A. Dolidze, *Bridging Comparative and International Law:* Amicus Curiae *Participation as a Vertical Legal Transplant*, in *European Journal of International Law*, 2015, p. 851 ss.

degli accordi commerciali dell'UE sul sistema OMC di cui intendiamo parlare avverrebbe invece "orizzontalmente", verificandosi tra sistemi convenzionali, di ampiezza e portata differenti, ma tutti appartenenti all'ordinamento internazionale.

In conseguenza della loro diffusione oltre i limiti originari di applicazione soggettiva, i modelli trapiantati, trovandosi a godere di un'applicazione generalizzata e assumendo caratteristiche "non-rivalrous" e "non-excludable"[113], potrebbero essere addirittura inquadrati come beni pubblici globali "normativi"[114].

Sebbene la formulazione sistematica di una teoria dei beni pubblici risalga alla metà degli anni '50 e i primi tentativi di applicare tale teoria a beni di rilevanza ultranazionale alla fine degli anni '60, solo di recente il tema è stato oggetto dell'attenzione diffusa degli internazionalisti[115]; limitandoci alle sole precisazioni indispensabili per il prosieguo del nostro discorso, è il caso di ricordare come la letteratura distingua fra beni pubblici globali "finali", tangibili (come l'ambiente o tutti i beni patrimonio comune dell'umanità) o intangibili (come la pace e la sicurezza internazionale, o la stabilità finanziaria) e beni pubblici globali "intermedi", ossia strumentali al raggiungimento di un obiettivo ulteriore; tra questi ultimi sono stati annoverati anche strutture organizzative e regimi normativi di applicazione generalizzata[116].

I meccanismi attraverso i quali regimi normativi reciproci potrebbero assumere rilevanza "universale", in accordo con alcune autorevoli opinioni già espresse in dottrina, ci pare possano essere ricondotti a quattro modelli distinti[117].

In primo luogo alcune norme potrebbero possedere già in origine un contenuto suscettibile di applicazione generalizzata: si pensi all'obbligo di trasparenza o al divieto di sovvenzioni pubbliche in determinati settori (cfr., ad esempio, gli articoli 7.26 e 7.27 KOREU); della pubblicazione delle regolamentazioni commerciali o dell'assenza di sovvenzioni che favoriscano le imprese nazionali di un determinato settore beneficiano infatti indistintamente non solo gli operatori commerciali dell'altra parte dell'accordo che le contempla, ma anche quelli originari di Paesi terzi.

Ancora, l'estensione di un determinato modello normativo, ritenuto particolarmente efficace o conveniente, contemplato in un accordo regionale, potrebbe essere perseguita mediante la sua "emulazione" da parte di Stati terzi, in via unilaterale

---

113 La prima caratteristica, come noto, si riferisce al consumo del bene, che, anche se goduto da un soggetto, può esserlo anche da altri, mentre la seconda fa riferimento all'impossibilità di escludere qualcuno dal godimento del bene stesso.

114 Per la categoria si veda J. O'Neill, *Markets, Deliberation and Environmental Values*, London-New York, 2007, p. 51 ss. Si tratta di una prospettiva che riteniamo interessante e che è suscettibile di approfondimenti. Sul punto v. J. Pauwelyn, *op. cit.*, p. 187 ss.

115 Cfr. D. Bodansky, *What's in a Concept? Global Public Goods, International Law, and Legitimacy*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 651 ss.; G. Shaffer, *International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World*, *ivi*, p. 669 ss.

116 Sulla categoria dei *global public goods* v., in generale, l'ampio studio commissionato dallo United Nations Development Programme (UNDP) I. Kaul, I. Grundberg, M. A. Sternd (eds.), *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century*, New York-Oxford, 1999, p. 13 ss.

117 Anche su queste ipotesi si veda J. Pauwelyn, *op. cit.*, p. 187 ss., il quale però effettua una sistematizzazione parzialmente differente dalla nostra. V. anche C. Joerges, E. U. Petersmann, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulations*, Oxford-Portland, 2006, *passim.*

o mediante la conclusione di un altro accordo, autonomo rispetto al primo ma di contenuto analogo.

In terzo luogo, le parti di un accordo commerciale potrebbero volontariamente estenderne alcune previsioni anche a Paesi terzi in sede di adattamento degli ordinamenti interni; si pensi, ad esempio, a norme che impongano procedure effettive di *judicial review* (come il procedimento di appello in materia doganale di cui agli articoli 6.6 e 6.7 EUSFTA) o che contemplino una disciplina dettagliata di un determinato settore (come quella di cui agli articoli 10.62-10.66 EUSFTA, relativi alla disciplina dei *providers* internet, o all'apertura dei servizi di consulenza legale di cui all'Allegato 7-A-4) eventualmente estese, mediante la normativa interna di adattamento secondario, anche ai soggetti provenienti da Paesi terzi rispetto all'Accordo.

Infine, in particolare in materia di proprietà intellettuale, la multilateralizzazione delle concessioni contenute in un accordo commerciale potrebbe verificarsi per il tramite della clausola della nazione più favorita, la quale, come noto, estende *de jure* i benefici a cui si riferisce a tutti i membri dell'OMC: l'Accordo TRIPs – a differenza di quanto avviene nel sistema GATT con l'art. XXIV e nel sistema GATS con l'art. V – non contempla infatti eccezioni "regionali" all'operatività di tale clausola, prevista nell'art. 4 TRIPs, e resa inapplicabile solo in casi limitati (indicati negli articoli 4, lettere a-d, e 5 TRIPs)[118].

In conclusione, quindi, il complesso sistema di relazioni commerciali esterne dell'UE che abbiamo cercato di delineare potrebbe, per un verso, impattare sul sistema commerciale multilaterale finanche incrementando in qualche modo la rilevanza ivi accordata a valori non commerciali, e, per altro, rappresentare un meccanismo di *reboot* dello stesso dalla stagnazione negoziale che lo blocca ormai da lungo tempo.

Abstract

The Latest Generation of EU Trade Agreements and Its Relationships with the Multilateral Trading System

The paper analyzes the latest EU's international activities in trade matters and, in particular, the new generation of agreements, focusing also on those still under negotiation, such as the Transatlantic Trade and Investment Partnership with the United States, in order to try and highlight some general features. The system of EU trade agreements appears thus constructed, by the principle of consistency, according to a fractal logic, since it reproduces, albeit on a smaller scale, the normative model of the founding Treaties, whose fundamental principles, which mostly incorporate non-trade values, are taken as a basis also of the former. The work then studies both the legal and factual mechanisms by which EU trade agreements could affect the World Trade Organization system of rules.

[118] Sul regime di eccezioni previsto nel TRIPs v., da ultimo, E. B. Rodrigues, *The General Exception Clauses of the TRIPS Agreement: Promoting Sustainable Development*, Cambridge, 2012.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 355-375

Angela Maria Romito*

Recenti sviluppi sul ruolo delle Corti nazionali di ultimo grado nella corretta applicazione del diritto dell'Unione europea

Sommario: 1. Il giudice nazionale e la nomofilachia comunitaria. – 2. Sul risarcimento del danno per violazione del diritto dell'Unione europea. – 3. *Segue*: il caso *Traghetti del Mediterraneo.* – 4. *Segue*: i casi *Lucchini*, *Ferriera De Silva e Brito.* – 5. La metamorfosi della funzione nomofilattica delle Corti supreme: tre promettenti esempi. La Cassazione francese. – 6. La Cassazione italiana. – 7. La Corte costituzionale spagnola. – 8. Conclusioni.

1. È un dato di fatto, connaturato con l'essenza stessa dell'Unione europea, che la corretta applicazione delle sue norme riposi sulla stretta e proficua collaborazione di tutte le autorità nazionali, in primo luogo quelle giurisdizionali[1].

È altresì inconfutabile che i giudici nazionali, in assenza di strumenti coercitivi capillari propri del sistema giuridico dell'Unione europea[2], siano "organi decentrati"[3] della giurisdizione sovranazionale, qualificati quali i veri giudici naturali del diritto comunitario.

Essi, nei fatti, rappresentano l'anello centrale della catena interpretativa nella tutela dei diritti giacché sono chiamati, nella veste di "giudici comuni dell'ordinamento europeo"[4], a interpretare ed applicare il diritto sovranazionale in modo

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

1 Vale ricordare che la funzione imprescindibile dei giudici nazionali pur non essendo mai stata posta in dubbio, è stata espressamente riconosciuta solo a decorrere dal 2009 all'art. 19 TFUE. In tempi recenti il loro peso è stato anche oggetto di riflessione da parte delle istituzioni europee diverse dalla Corte, tanto che ad esempio il Parlamento europeo nella risoluzione del 9 luglio 2008, (2007/2027 (INI)), *Ruolo del giudice nazionale nel sistema giudiziario europeo*, ha constatato che "il diritto comunitario resterebbe lettera morta, se non venisse debitamente applicato negli Stati membri, anche dai giudici nazionali, i quali sono pertanto l'elemento centrale del sistema giudiziario dell'Unione europea e che svolgono un ruolo fondamentale e imprescindibile per la creazione di un ordinamento unico europeo".

2 Eccezion fatta per alcuni settori quale ad esempio quello della concorrenza.

3 Cosi G. Tesauro, *Il dialogo tra giudice comunitario e giudice nazionale come fattore insostituibile di crescita del sistema giuridico comunitario*, in *Scritti in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, p. 1363 ss.

4 L'espressione è di J. Boulois, in *Note sous* Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabres*, in *Actualitè juridique droit administratif*, 1975, p. 569 ss., spec. p. 573. In termini sostan-

uniforme favorendo l'integrazione degli ordinamenti (l'uno sovranazionale e l'altro nazionale) che contemporaneamente vengono in rilievo[5].

Legati non solo alla Corte di giustizia ma all'Unione europea da un rapporto fondato sul principio di leale collaborazione (*ex* art. 4, par. 3, TUE)[6], i giudici statali sono tenuti alla applicazione diretta delle norme dell'Unione, provviste di effetto diretto, alla conseguente disapplicazione delle norme interne con esse contrastanti, e all'interpretazione delle stesse in modo conforme[7] allo spirito ed agli obblighi indicati dai Trattati, ed alla interpretazione creatrice di una regola da applicare al caso concreto anche se non prevista dall'ordinamento statale[8].

Per quanto ovvio, sembra utile ricordare che i presupposti perché sia correttamente adempiuto tale obbligo sono la consapevolezza della quotidiana incidenza del

---

zialmente analoghi v. B. Hofstötter, *Non-Compliance of National Courts Remedies in European Community Law and Beyond*, The Hague, 2005, p. 10, parla di "Community law courts of ordinary jurisdiction".

[5] Definisce il giudice statale un "giudice tessitore" dell'ordinamento integrato che tesse la rete normativa e ne sonda le giunture, E. Scoditti, *Il dialogo tra le Corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*, in *Rivista di diritto privato*, 2010, p. 123 ss., spec. p. 129. Per più ampi riferimenti si rinvia a F. Capotorti, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1977, p. 497 ss.; C. N. Kakouris, *Do the Member States Possess Judicial Procedural "Autonomy"?*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 1389 ss., spec. p. 1393; nonchè a G. Tesauro, *The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and National Courts*, in *Yearbook of European Union Law*, 1993, p. 1 ss.

[6] In termini assolutamente riassuntivi, vale la pena ricordare che i giudici statali condividono con i giudici dell'Unione europea la stessa responsabilità di garantire la protezione giurisdizionale effettiva dei diritti dei singoli, ma nelle rispettive sfere di competenza; i primi, cioè, operando come giudici di diritto dell'Unione quando tutelano situazioni giuridiche fondate su tale diritto, svolgono un ruolo complementare, sussidiario, a quello riservato ai secondi: operano cioè quali *longae manus* delle istituzioni comunitarie, garanti in sede decentrata della attività di nomofiliachia eurounitaria affidata alla Corte di giustizia. Sul tema la bibliografia è sterminata. Sull'apporto dato dai nostri giudici alla costruzione dei diritto comunitario (prima) e dell'Unione europea (oggi) si rinvia *ex multis* a L. Daniele, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 447 ss.; tra i lavori monografici più significativi sul tema si segnalano D. Ruiz-Jarabo Colomer, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993; O. Debos, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution è l'étude* des *transformations de la fonction juridictionnelle dans* les *Etats membres de l'Union européenne*, Paris, 2001; A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2006; G. F. Ferrari, *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, 2007; R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 2008; M. C. Reale, M. Borraccetti, *Da giudice a giudice. Il dialogo tra giudice italiano e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008; T. Giovannetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009; A. Rovagnati, *Giudice italiano e giudice comunitario nel processo di integrazione europea*, Pavia, 2010; E. Falletti, V. Piccone, (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Bari, 2012.

[7] In modo specifico sul tema secondo una prospettiva del giudice nazionale v. V. Piccone, *L'ordinamento integrato, il giudice nazionale e l'interpretazione conforme*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, II, Napoli, 2014, p. 1173 ss.

[8] Per un riscontro sul piano giurisprudenziale, basti ricordare i noti casi *Simmenthal* (sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77) e *Factortame* (sentenza della Corte del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93). In argomento si rinvia per tutti all'esaustivo contributo di A. Adinolfi, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 617 ss.

diritto dell'Unione negli ordinamenti statali e la sensibilità del giudice ad aprirsi a nuovi orizzonti giuridici oltre quelli nazionali.

In questo scenario, l'attenzione del giurista è stata spontaneamente attratta, per la maggior parte, dal ruolo svolto dai tanti "piccoli giudici statali" che nel corso di oltre un cinquantennio hanno contribuito a far crescere ed arricchire l'ordinamento dell'Unione europea[9] per mezzo di un dialogo costante e paritario con la Corte di giustizia dell'Unione europea formalizzato dall'odierno art. 267 TFUE.

Indubbiamente il rinvio pregiudiziale è la testimonianza più lampante della partecipazione attiva dei giudici statali alla costruzione di una Unione europea attenta alla tutela dei diritti vantati dai singoli nei confronti sia delle istituzioni che degli Stati membri e costituisce lo strumento privilegiato per la formazione di un dibattito giudiziario europeo[10]; il principio di leale cooperazione, a nostro avviso, non ha miglior espressione se non nel decentramento a favore dei giudici statali della attività di nomofilachia comunitaria della Corte di giustizia.

La alluvionale giurisprudenza della Corte scaturita dal rinvio pregiudiziale non ha solo favorito la massima espansione delle norme di fonte sovranazionale ma ha anche consentito ai giudici di Lussemburgo di esercitare, seppur indirettamente, una forma di controllo sulla compatibilità comunitaria degli atti interni, fino a delineare progressivamente uno "standard europeo di tutela giudiziaria", teso ad avvicinare gli strumenti processuali interni affinché rispondessero ai parametri di adeguatezza ed effettività[11].

Il tema del dialogo tra giudici, tra i più affascinanti della materia, ha impegnato a lungo e copiosamente la dottrina più autorevole, stratificando una vasta ed esaustiva bibliografia[12].

---

[9] G. Tesauro, *Riflessioni sull'esperienza di un Avvocato generale presso la Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 1, ricorda, al proposito, che il diritto dell'Unione non sarebbe lo stesso senza l'uso spregiudicato del rinvio pregiudiziale ad opera del conciliatore di Milano, della *Tariffcommissie* olandese, del pretore di Susa.

[10] Ben spiega il valore dell'apporto dato dai giudici interni per via del ricorso pregiudiziale l'Avvocato generale Ruiz Jarabo Colomer il quale analizza il tema nei seguenti termini: "Non è necessario sottolineare il ruolo strategico dei giudici nazionali nell'attuazione del diritto comunitario. Avendo redatto l'art. 234 CE [oggi art. 267 TFUE] e avendolo conservato immutato per più di mezzo secolo, i padri fondatori dell'Unione e i loro successori hanno concentrato la loro attenzione sul rafforzamento della voce istituzionale di un potere degli Stati membri: la giustizia. La scelta non è casuale e la storia lo dimostra. L'Unione si è caratterizzata per il fatto di essere un'integrazione *di diritto e attraverso il diritto*, collocando il ruolo fondamentale dei giudici nello spazio costituzionale europeo. Il rinvio pregiudiziale costituisce la conferma di tale realtà dal punto vista procedurale. In quanto potere basato sull'indipendenza, sul rispetto della legge e sulla risoluzione delle controversie, la magistratura gode di una voce singolare, staccata dallo scenario politico e legata unicamente alla volontà del diritto. Attribuendo poteri speciali ai giudici nazionali, i Trattati hanno cercato di rafforzare l'autorità di un ordinamento giovane, creato appositamente per un'organizzazione internazionale senza precedenti". Così al punto 29 delle conclusioni presentate il 25 giugno 2009 nella causa C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten*.

[11] Sull'argomento in termini più ampi sia consentito il rinvio al nostro *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, spec. p. 159 ss.

[12] A livello nazionale si rinvia, per tutti, a M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 186 ss., ed ivi ampi riferimenti bibliografici. Tra gli studi monografici più recenti si segnalano O. Raiti, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003; R. Ciccone, *Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*, Napoli, 2011; E. D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte*

Diversa è la prospettiva che si intende offrire nella pagine che seguono, giacché particolarmente interessante e preziosa appare anche l'analisi dell'opera svolta dai giudici statali di ultimo grado tesa a "costruire dall'interno" dell'ordinamento statale una nuova e più consapevole coscienza giuridica europea[13]. In quest'ottica non sembra azzardato ipotizzare una metamorfosi del ruolo delle corti nazionali apicali nell'applicazione del diritto dell'Unione europea.

2. Non sono certo mancate pagine "oscure" nella storia della giurisprudenza nazionale che hanno dato prova (negativa) della (scarsa) sensibilità (se non proprio di ignoranza) del fenomeno della quotidiana permeazione del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento statale; la cospicua giurisprudenza in tema di risarcimento del danno per violazione del diritto dell'Unione ad opera del giudice di ultimo grado, a noi sembra essere indice di una non ancora pienamente acquisita dimestichezza con il sistema di protezione multilivello dei diritti, con rilevanti sfavorevoli ricadute a danno dei privati, i quali, in caso di omesso e non motivato rinvio alla Corte di giustizia, dovranno accontentarsi della tutela solo indiretta (per l'appunto risarcitoria) dei propri diritti di origine sovranazionale[14].

Il dubbio è, tuttavia, che tale presunta scarsa famigliarità con il ricorso per rinvio pregiudiziale celi, invero, una certa riluttanza a riconoscere ed a favorire di fatto nella concreta amministrazione della giustizia statuale la coerente e corretta applicazione del patrimonio di diritti di matrice europea[15].

---

di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia, Torino, 2012. Per riflessioni più ampie che trascendono i confini nazionali si rinvia a T. Tridimas, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 9 ss.; V. Skouris, *L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des Etats membres sur l'interprétation du droit communautaire*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 239 ss.; M. Brubger, N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2010; C. Naomè, *Le renvoi préjudiciel en droit européen: guide pratique*, Bruxelles, 2010, II ed.; A. Barav, *Etudes sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2011; G. Vandersanden, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2011.

[13] Diversamente sui complessi ed articolati rapporti tra le Corti Supreme, nazionali ed europee, si rinvia da ultimo a F. Ferraro, *Conflitti tra organi giurisdizionali: evoluzione e (in)certezza del diritto europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 57 ss.

[14] In termini espliciti la questione sorge dal fatto che l'omesso rinvio, ove ingiustificato, incide sensibilmente non soltanto sulla interpretazione e uniforme applicazione del diritto dell'Unione ma anche, in concreto, sulla tutela delle posizioni giuridiche dei singoli che possono essere lese dall'attività dell'organo giudiziario avverso le cui decisioni non può proporsi alcun ricorso di diritto interno. I possibili rimedi per ovviare alla violazione dell'obbligo di rinvio elaborati in seno all'ordinamento dell'Unione non sembrano essere del tutto soddisfacenti per la tutela specifica dei ricorrenti individuali; infatti la procedura *ex* art. 258 TFUE, ammissibile anche per sanzionare la violazione dell'obbligo di cui all'art. 267 TFUE, non incide direttamente sulla causa in cui è commessa la violazione, giacché non è strumento giuridico finalizzato al riconoscimento del diritto soggettivo al rinvio pregiudiziale, quanto piuttosto alla uniformità oggettiva degli impegni assunti dagli Stati verso l'Unione.

[15] In questo frangente sempre condivisibile e lucida appare la riflessione di P. Biavati, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 62, il quale ha sostenuto che le "linee di resistenza alla supremazia del diritto europeo passano in modo molto più efficace attraverso le letture dei giudici che non attraverso l'atteggiamento dei governi e dei parlamenti, molto più evidente e politicamente censurabile. L'indipendenza dei giudici può invece essere il comodo veicolo per insidiose imboscate".

Tale diffusa "freddezza", verso il fenomeno giuridico comunitario inteso in senso lato, purtroppo, non incontra confini: dal giudice austriaco, del celeberrimo caso *Köbler*[16], a quello italiano nei famosi procedimenti *Traghetti del Mediterraneo*[17] e *Lucchini*[18], fino da ultimo a quello portoghese nel caso *Da Silva e Brito*[19], solo per citare i casi più rilevanti[20].

Nel primo caso[21], è interessante ricordarlo, la responsabilità dello Stato-giudice non è stata ricondotta *sic et simpliciter* alla violazione dell'obbligo di rinvio, ma

[16] Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler.* La sentenza è tanto nota da non contarsi i commenti pubblicati; per un primo succinto e pur puntuale commento si rinvia a U. Villani, *L'obbligo degli Stati di risarcire i danni per violazione del diritto comunitario da parte di un giudice di ultimo grado*, in *Sud in Europa*, marzo 2004, reperibile *on line*.

[17] Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, anch'essa da molti commentata. Tra tanti si rinvia alle note pubblicate sul *Il Foro italiano*, 2006, IV, c. 417 ss., di E. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*; G. Palmieri, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*; e T. Giovannetti, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*.

[18] Sentenza del 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini SpA*; tra i numerosissimi commenti si rinvia a E. Scoditti, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Il Foro italiano*, 2007, IV, c. 533-535; M. T. Stile, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*, 2007, p. 733 ss.; P. Nebbia, *Do the Rules on State Aids Have a Life of Their Own? National Procedural Autonomy and Effectiveness in the Lucchini Case*, in *European Law Review*, 2008, p. 427 ss.; B. Cortese, *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenza nazionali definitive: esclusività del sistema giurisdizionale comunitario e nuovi limiti al principio di autonomia procedurale degli Stati membri – Il caso Lucchini*, in F. Spitaleri (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, p. 35 ss.; S. Amadeo, *Il giudice nazionale e l'obbligo di recupero degli aiuti illegali*, in C. Schepisi (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di stato*, Torino, 2011, p. 211.

[19] Sentenza del 9 settembre 2015, causa C-160/14, *Joao Felipe Ferreira Da Silva e Brito.* Per primi commenti si rinvia a E. Ruiz Cairo, *Joined Cases C-72/14 and C-197/14 X and Case C-160/14 Ferreira da Silva: Is the ECJ Reversing its Position on the Acte Clair Doctrine?*, in *European Law Blog*, 23 September 2015, reperibile *online*; T. Weber, *Shining a Light on the Acte Clair*, in *Leiden Law Blog*, 22 September 2015, reperibile *online*; nonché a M. Inglese, *La responsabilità delle Corti Supreme per violazione del diritto Ue: il caso portoghese*, in *Eurojus.it*, 17 novembre 2015, reperibile *online.*

[20] Più in generale sul tema si rinvia al lavoro di F. Ferraro, *La [ir]responsabilità risarcitoria dei giudici nazionali per violazione del diritto dell'Unione*, in E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Roma, 2010, p. 69 ss.

[21] Nella specie, giova ricordarlo, il giudice austriaco di ultima istanza, senza sollevare alcun rinvio pregiudiziale, e mal interpretando i precedenti resi dalla Corte di giustizia, aveva negato al ricorrente una indennità speciale di anzianità maturata per aver insegnato per un certo periodo presso una Università tedesca. Il docente universitario, non potendo adire altri giudici per la revisione della sentenza a lui sfavorevole, aveva presentato un ricorso contro la Repubblica d'Austria, chiedendo che fosse risarcito del danno da lui subìto a causa della mancata applicazione da parte dei giudici statali aditi delle disposizioni comunitarie direttamente applicabili (in particolare riferite al divieto di discriminazione indiretta) e della pertinente giurisprudenza costante pronunciata dalla Corte al riguardo (in particolare dalle sentenze del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, e del 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*). È quest'ultimo giudice a sottoporre alla Corte di giustizia diverse questioni pregiudiziali volte a conoscere, in sostanza, se il principio della responsabilità di uno Stato a causa di una violazione del diritto comunitario potesse essere esteso anche al caso in cui il comportamento asseritamente contrario al diritto dell'Unione fosse costituito dalla sentenza di un organo giurisdizionale supremo, e se si potesse affermare che tale organo avesse oltrepassato in maniera manifesta e rilevante il potere discrezionale di cui dispone.

all'accertamento di una violazione grave e manifesta del diritto comunitario applicabile al caso di specie, ascrivibile ad una decisione di un giudice di ultima istanza. Nella fattispecie, secondo i giudici di Lussemburgo, la constatazione dell'omissione del rinvio alla Corte di giustizia da parte di un giudice di ultimo grado non conduce in sé alla responsabilità risarcitoria statale, ma questa sorge se siffatta violazione abbia concretamente impedito ad un singolo la tutela di un proprio diritto che la corretta applicazione delle norme dell'Unione avrebbe offerto.

In altri termini, dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultimo grado scaturirebbe in capo al ricorrente solo un "diritto condizionato", subordinato cioè allo stesso obiettivo che la norma si propone di raggiungere (e cioè la protezione effettiva dei diritti di matrice sovranazionale, oltre che il raggiungimento dell'uniformità di interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione), e come tale azionabile solo al verificarsi di determinate condizioni[22].

Se i giudici (amministrativi austriaci) aditi dal ricorrente avessero conosciuto i diritti scaturenti dall'art. 48 TCE, e la univoca giurisprudenza della Corte a corredo, avrebbero diversamente deciso l'esito del giudizio; e ancora, nel caso di specie, se il giudice amministrativo di ultimo grado non avesse ritirato la sua domanda di pronuncia pregiudiziale sul presupposto che non vi erano dubbi interpretativi da sciogliere, e avesse, invece, correttamente inteso quanto stabilito dalla Corte di giustizia in un caso analogo[23], non avrebbe che potuto accogliere la istanze del ricorrente. Di fatto, invece, la sentenza inappellabile resa dal giudice amministrativo di ultima istanza, pronunciata "snobbando" il rinvio pregiudiziale, era fondata su una erronea interpretazione del precedente giurisprudenziale della Corte di giustizia. Nel caso in esame, dunque, la Corte giunge alla conclusione che il risarcimento del danno origina dalla violazione della norma comunitaria sostanziale non adeguatamente tutelata in giudizio[24].

3. Sulla stessa scia nel noto giudizio *Traghetti del Mediterraneo*[25], la Corte dell'Unione ha accertato la responsabilità della Repubblica italiana per avere la

[22] La Corte ha chiarito che il diritto sarebbe invocabile solo qualora sussistano chiaramente tutti i presupposti per il sorgere dell'obbligo di rinvio indicate nella sentenza *CILFIT*; in secondo luogo, il mancato rinvio deve dar luogo ad una violazione della norma comunitaria sostanziale a livello di giudizio di ultima istanza; in ultimo, la violazione dell'obbligo di rinvio deve essere arbitraria, frutto cioè di un palese abuso da parte del giudice del proprio potere discrezionale. In assenza di queste condizioni la violazione dell'obbligo di rinvio, non sarebbe invocabile come violazione del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo, né tanto meno potrebbe fondare la responsabilità dello Stato.

[23] Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 1998, causa C-15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou*, nella quale si affrontava il medesimo tema del valore delle esperienze professionali maturate in un altro Stato membro.

[24] Spiega, infatti, la Corte di giustizia che la *ratio* dell'obbligo di rinvio da parte dei giudici di ultimo grado è quella di evitare che la violazione di una norma si cristallizzi definitivamente in una decisione non più impugnabile secondo il diritto interno (punti 34-36); siffatto mezzo processuale sarebbe parte integrante anche del procedimento nazionale, e il suo mancato adempimento costituirebbe una violazione del "droit au juge" che spoglierebbe il ricorrente del suo diritto alla tutela giurisdizionale piena ed effettiva di una posizione giuridica dedotta in giudizio (vedi espressamente le conclusioni presentate l'8 aprile 2003 dall'Avvocato generale Léger, punti 67-70 e 146-148).

[25] La decisione è stata pronunciata a seguito di un rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale di Genova nell'ambito di una controversia che vedeva opposti una società di trasporto marittimo (posta in

Cassazione reso una pronuncia palesemente errata circa le norme (allora) comunitarie in tema di concorrenza e di aiuti di Stato, aggravata dal rifiuto opposto alla società di trasporto marittimo di rimettere la questione pregiudiziale interpretativa al giudice di Lussemburgo[26].

Nella fattispecie ciò che sembra intollerabile alla Corte è l'omessa applicazione delle norme europee in tema di aiuti statali necessarie per la qualificazione giuridica dei fatti, atteso che il ruolo svolto dai giudici nazionali, nel settore indicato, è quanto mai delicato perché volto a salvaguardare (fino alla decisione definitiva della Commissione quanto alla compatibilità dell'aiuto con il mercato comune) i diritti che i singoli traggono dall'effetto diretto delle ridette disposizioni. Ed infatti in tale settore il giudice nazionale deve procedere a diverse operazioni di qualificazione giuridica dei fatti: anzitutto, deve esaminare se il provvedimento controverso procuri al suo beneficiario o ai suoi beneficiari un vantaggio mediante risorse pubbliche; in secondo luogo, deve stabilire se il detto aiuto di Stato rientri nella categoria degli aiuti compatibili con il mercato; infine, deve verificare se la misura sia qualificabile come un nuovo aiuto ovvero un aiuto esistente, e se di conseguenza sia stata rispettata la procedura di controllo definita *ad hoc* dal Trattato istitutivo[27]. Ricorda la Corte di Lussemburgo che è solo al termine di questa serie di operazioni di qualificazione che il giudice nazionale può pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento controverso e trarne tutte le conseguenze che si impongono in caso di violazione delle disposizioni del Trattato.

---

liquidazione nelle more del giudizio) e lo Stato italiano, a seguito della concessione da parte di quest'ultimo di sussidi diretti a favore di un'impresa concorrente. Al termine di un contenzioso relativo alla compatibilità con il diritto comunitario di aiuti pubblici concessi in favore di una impresa marittima, la Corte di Cassazione italiana aveva affermato la compatibilità della sovvenzione oggetto di censura con gli articoli 90 e 92 ed 85-86 TCE, in tema di concorrenza (oggi rispettivamente articoli 110 e 112 e 105-106 TFUE), e rifiutato di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia affermando che la statuizione della Corte di Appello fosse conforme alla giurisprudenza comunitaria, in particolare alla sentenza del 22 maggio 1985, *Parlamento* c. *Consiglio*, causa C-13/83. Secondo la difesa della società attrice la Corte di legittimità, affermando che gli aiuti perseguivano l'obiettivo di favorire lo sviluppo regionale, aveva ritenuto la piena conformità degli aiuti concessi ad una società concessionaria pubblica che praticava tariffe imposte per i servizi erogati e negato l'esistenza di un abuso di posizione dominante. La Corte di Cassazione aveva fondato questa decisione su un'errata interpretazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza e di aiuti di Stato e aveva rifiutato, poi, di sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia sul falso presupposto che esisteva in materia una giurisprudenza costante. Secondo la ricorrente, invece, se fosse stato sperimentato il rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia, verosimilmente, avrebbe fornito un'interpretazione favorevole a quella sostenuta nel giudizio risarcitorio dalla parte attrice, avendo la Commissione emanato una decisione che confortava quanto asserito da detta società in quel procedimento. Nel corso del procedimento azionato per far valere la responsabilità civile dell'organo giudiziario dinanzi al Tribunale di Genova venivano, dunque, sollevate due questioni pregiudiziali: la prima, ritirata a seguito della emissione della decisione *Köbler*, attinente al principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario commessa da un organo giurisdizionale; la seconda relativa alle esclusioni ed ai limiti della responsabilità degli Stati per un fatto imputabile agli organi giudiziari ha, invece, dato luogo alla pronuncia in esame.

[26] In tema sia consentito il rinvio a A. M. Romito, *Violazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale e responsabilità dello Stato*, in *Il giusto processo civile*, 2008, p. 413 ss., spec. p. 431 ss.

[27] In modo più dettagliato si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Léger presentate l'11 ottobre 2005, punti da 82 a 94.

Nel caso di specie l'errore interpretativo sarebbe scaturito dal non avere la Corte Suprema voluto formulare alla Corte di giustizia i quesiti interpretativi circa la compatibilità delle norme interne con le pertinenti disposizioni del Trattato, valutando le qualificazioni giuridiche effettuate dai giudici di grado inferiore e le pronunce da loro rese come conformi alla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo[28].

Di conseguenza, osserva il Collegio di Lussemburgo, "nell'ipotesi in cui la responsabilità dello Stato fosse esclusa in maniera assoluta, a seguito delle valutazioni operate su determinati fatti da un organo giurisdizionale, i singoli non beneficerebbero di alcuna protezione giurisdizionale ove un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado commettesse un errore manifesto nel controllo delle summenzionate operazioni di qualificazione giuridica dei fatti"[29].

Di qui la decisione di dichiarare incompatibile con il diritto dell'Unione una legislazione nazionale (come quella italiana) che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa scaturisce dall'attività interpretativa e di valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale[30].

4. Più in generale emblematico della disattenzione, o meglio della sottovalutazione del fenomeno di permeazione del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti statali, e quindi della macroscopica violazione dello stesso, è il noto caso *Lucchini*[31], atteso che la fattispecie oggetto di giudizio pregiudiziale era scaturita,

---

[28] Si precisa che nella decisione la Corte di Cassazione richiamava la pronuncia della Corte di giustizia del 22 maggio 1985, C-13/83, *Parlamento* c. *Consiglio*.

[29] Punto 43 della sentenza.

[30] La Corte, infatti, se per un verso sottolinea, ancora una volta, la centralità della funzione giurisdizionale, non manca di considerare che l'errore interpretativo che si risolve in un'ingiustificata lesione del diritto non può essere definitivamente posto a carico del soggetto attivo, dovendo lo Stato farsi carico della responsabilità di chi ha scorrettamente applicato il diritto, conculcando le prerogative del portatore di quell'interesse, quando, appunto, si accerti: a) che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; b) che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato; c) che il danno sia subito dai soggetti lesi per la violazione del diritto.

[31] Anche in questo caso ricordare in sintesi la vicenda cui trae origine il contenzioso appare utile: la Lucchini S.p.A. nel 1985 aveva correttamente notificato alla Commissione europea una richiesta per la concessione di un sostegno finanziario sulla base della legge per l'intervento straordinario nel Mezzogiorno. In attesa della decisione definitiva della Commissione sulla compatibilità della misura, le autorità italiane, violando l'obbligo di *stand-still*, decidevano di erogare a titolo provvisorio una parte dell'aiuto richiesto. Nel 1990 la Commissione dichiarava che l'aiuto notificato era incompatibile con il diritto comunitario, e tale decisione, non essendo stata impugnata entro i termini previsti dal diritto comunitario, diventava definitiva. Nelle more la Lucchini avviava un giudizio contro l'Agensud per vederla condannare all'erogazione dell'intero ammontare del contributo originariamente richiesto ed il giudice di primo grado, con sentenza poi confermata in giudizio di appello, accoglieva le ragioni della società attrice. Sennonché, né il giudice di primo grado, né quello di secondo facevano riferimento alla normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato, né alla decisione di incompatibilità resa nel 1990 della Commissione. Nel 1995 la sentenza di secondo grado passava in giudicato per non essere era stata impugnata dalle parti tempestivamente. Non avendo ancora ricevuto il versamento integrale del contributo richiesto, la Lucchini iniziava una procedura esecutiva contro le competenti autorità italiane. Nel frattempo la Commissione, rilevato che erano stati erogati aiuti incompatibili con le regole del

come ben si sa, dalla violazione del diritto comunitario da parte di tutti i poteri dello Stato: del legislatore italiano che, violando l'obbligo di *stand-still*, aveva autorizzato delle sovvenzioni al vaglio della Commissione; dell'amministrazione, che aveva omesso di collaborare con la Commissione; ma soprattutto dei giudici interni che, investiti della causa, "o per ignoranza o per incuria, hanno compiuto gravi errori, sia in primo grado sia in sede di appello"[32].

Il ricorso *ex* art. 267 TFUE in quel caso fu sollevato dal Consiglio di Stato, al culmine di un lungo e complesso contenzioso che si era svolto sia in sede civile (per il recupero di somme stanziate ma non erogate dal Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato a favore della ricorrente), sia in sede amministrativa (a seguito di un decreto dello stesso Ministero di revoca dell'aiuto illegittimamente concesso); e tuttavia la mancata proposizione del ricorso in Cassazione avverso la sentenza civile che riconosceva la posizione creditoria della società siderurgica e che condannava le autorità competenti al pagamento delle somme reclamate, con il conseguente giudicato sul provvedimento statale di autorizzazione all'erogazione dell'aiuto di Stato, formato in totale spregio delle norme sostanziali e procedurali in tema di aiuti, sia convenzionali che derivate, tradisce la limitatezza di orizzonti entro i quali spesso gli operatori del diritto si muovono[33], come se ancora oggi fosse davvero possibile non porsi alcun dubbio circa la non esaustività del solo diritto statale.

Ultimo in ordine di tempo il caso *Ferriera De Silva e Brito*[34]: qui la Corte di giustizia, *inter alia*, ha giudicato contraria al diritto dell'Unione europea una norma,

---

mercato, invitava la Stato italiano a recuperare quanto versato. Sulla base di tale parere, le autorità italiane decidevano di revocare il provvedimento di concessione del contributo finanziario e richiedevano alla Lucchini la restituzione delle somme a questa versate in precedenza. Il provvedimento di revoca dell'aiuto veniva impugnato dalla società siderurgica davanti al giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato, in sede di giudizio di appello contro la sentenza di primo grado pronunziata dal TAR, proponeva un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo se il principio dell'autorità di cosa giudicata *ex* art. 2909 cod. civ. fosse incompatibile con il diritto comunitario nei limiti in cui l'applicazione di tale principio impedisse il recupero di aiuto di Stato illegale e incompatibile.

[32] Così nelle conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 14 settembre 2006, presentate nella causa *Lucchini*, punto 65.

[33] Così come indicato al punto 29 della sentenza cit.: "l'Avvocatura Generale dello Stato analizzava la sentenza d'appello e concludeva per la sua correttezza tanto sotto il profilo della motivazione quanto dell'applicazione del diritto. Di conseguenza, le autorità competenti non la impugnavano in cassazione. La sentenza d'appello, non essendo stata impugnata, passava in giudicato il 28 febbraio 1995".

[34] La compagnia aerea Air Atlantis SA (in prosieguo AIA), operativa nel settore dei voli *charter* e controllata dalla TAP, era stata liquidata e aveva disposto il licenziamento collettivo di tutti i suoi dipendenti. La TAP, a sua volta, utilizzava le strutture e i beni della AIA per proseguirne le attività, in particolare su alcune rotte che non aveva mai sfruttato in precedenza. Gli interessati impugnavano quindi il licenziamento collettivo sulla base dell'art. 3, par. 1, primo comma, della direttiva 2001/23 sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti. All'esito di una complessa vicenda giudiziaria, che li ha visti vittoriosi in primo grado e soccombenti in appello, la Corte suprema portoghese dichiarava la legittimità del provvedimento della AIA. I lavoratori chiedevano successivamente – di fronte ad un altro giudice – il risarcimento del danno ad essi provocato da tale decisione definitiva, sostenendo un errore di diritto causato dal rifiuto di sollevare la questione pregiudiziale di interpretazione. Il caso presentava dunque un duplice profilo: da un lato, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di giustizia la corretta interpretazione della direttiva 2001/23; dall'altro lato, se i principi posti alla base della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, così come sanciti dalla sentenza *Köbler*, "osti[no] all'applicazione di una normativa nazionale

come quella portoghese, che richiede il previo annullamento della decisione inappellabile lesiva del diritto europeo sovranazionale, quale condizione preliminare per proporre l'azione di risarcimento del danno cagionato dalla violazione di una norma dell'Unione commessa da un organo di ultimo grado.

Nel caso di specie, in verità, il Supremo Tribunal de Justiça aveva ritenuto di non dover sollevare alcun rinvio pregiudiziale volto a richiedere un'interpretazione autentica della nozione di "trasferimento di uno stabilimento"[35] sul presupposto dell'esistenza di una già vasta e consolidata giurisprudenza in materia sia nazionale che dell'Unione[36].

Per i fini utili alla nostra indagine, va osservato che il giudice di ultima istanza, prima di pronunciarsi, aveva considerato anche la giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema, e sulla scorta della stessa, unitamente a quella interna, aveva valutato non necessario richiedere l'ausilio dei giudici di Lussemburgo, non ritenendo sussistente alcun dubbio rilevante ai fini della corretta interpretazione della noma.

Sennonché, come evidenziato dall'Avvocato generale, la giurisprudenza in materia di trasferimento di impresa non è affatto univoca, dipendendo essa in gran parte dalle (differenti) valutazioni dei dati di fatto della fattispecie in esame[37]; né quella dell'Unione considerata dal giudice di ultimo grado portoghese è risultata essere aggiornata, atteso che in un precedente della Corte di giustizia[38] l'argomento per escludere la sussistenza di un trasferimento di uno stabilimento spiegato dalla

che richiede come fondamento della pretesa di risarcimento esercitata contro lo Stato la previa revoca della decisione lesiva" (punto 22).

35 Indicato nell'art. 1, par. 1, della direttiva 2001/23/CE.

36 Si legge nelle conclusioni dell'Avvocato generale Bot dell'11 giugno 2015, punto 20: "Il Supremo Tribunal de Justiça ha sottolineato, inoltre, che 'la Corte [aveva] stabilito una vasta e consolidata giurisprudenza sulla problematica dell'interpretazione delle norme [del diritto dell'Unione] che fanno riferimento al "trasferimento di uno stabilimento", al punto che l[a] direttiva (...) riflette già il consolidamento delle nozioni enunciate in forza di tale giurisprudenza, nozioni che vengono formulate ora con chiarezza in termini di interpretazione giurisprudenziale (comunitaria e nazionale), che, nella presente causa, dispensa dalla previa consultazione della Corte'".

37 E ciò perché le decisioni sul tema sono grandemente condizionate da valutazioni di fatto, che variano da caso a caso. Per accertare la sussistenza di un "trasferimento di impresa", infatti, numerosi sono i fattori che dovranno esser presi in considerazione: il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Ne discende che il giudice nazionale non solo deve tenere in particolare considerazione tutte le circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di trasferimento di impresa di cui trattasi, ma graduerà in modo diverso da caso a caso l'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri su indicati in funzione dell'attività esercitata, o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento in questione.

38 Il precedente cui si fa riferimento è la sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2009, causa C-466/07, *Dietmar Klarenberg*, la quale, per la verità, risulta essere stata emessa solo due settimane prima di quella resa dal giudice di ultimo grado portoghese (essendo quest'ultima datata 25 febbraio 2015).

parte convenuta nel procedimento principale era identico a quello accolto dal Supremo Tribunal de Justiça[39].

La Corte dichiara anche che, al fine di eliminare il rischio di un'errata interpretazione del diritto dell'Unione, il Supremo Tribunal de Justiça era tenuto a sottoporle una domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione della nozione di "trasferimento di uno stabilimento", sia perché si trattava di un giudice avverso le cui decisioni non sarebbero stati esperibili ulteriori ricorsi giurisdizionali di diritto interno, sia perché sull'interpretazione di tale nozione vi erano state non solo decisioni discordanti da parte di talune istanze giurisdizionali di grado inferiore, ma anche ricorrenti difficoltà d'interpretazione nei vari Stati membri.

I giudici dell'Unione europea, aditi dal giudice chiamato a decidere sul risarcimento del danno, hanno chiarito inequivocabilmente che il diritto dell'Unione osta alle disposizioni portoghesi in materia di risarcimento del danno derivante da fatto illecito degli organi giurisdizionali poiché la legislazione nazionale richiede, come previa condizione, l'annullamento della decisione lesiva emessa da tale organo, e un simile annullamento è, in pratica, escluso[40].

5. In controtendenza, da ultimo, si registrano segnali incoraggianti di una diversa e più sensibile coscienza e cultura giuridica: con grande plauso meritano di essere segnalati tre provvedimenti emanati a distanza di poco tempo e da giurisdizioni apicali di Paesi diversi che sebbene tra loro molto eterogenei attestano una nuova e più consapevole apertura al diritto dell'Unione europea da parte delle Corti interne di ultimo grado.

Segnatamente, degne di attenzione sono le pronunce rese rispettivamente dalla Corte di Cassazione francese nel maggio 2015, dalla nostra Corte di Cassazione nel successivo giugno, e dal Tribunale costituzionale spagnolo nel novembre dello stesso anno.

Nel primo caso[41], dalla scarna narrativa in fatto, sembra di capire che la prima sezione della Corte di Cassazione francese ha accolto il ricorso per risarcimento dei danni proposto da un lavoratore contro il proprio avvocato, il quale nelle difese svolte a favore del proprio cliente in un giudizio per illegittimo pensionamento aveva del tutto omesso di portare a fondamento della richiesta di reintegro la pertinenti norme dell'Unione ed i precedenti giurisprudenziali della Corte di giustizia in materia, che, se correttamente invocati, avrebbero determinato un diverso esito del giudizio; tanto più che la stessa Corte di legittimità parigina già li aveva posti a fondamento di una sua (di poco) precedente pronuncia vertente su un caso analogo.

La Cour de Cassation spiega che la responsabilità del procuratore costituito sussiste per il fatto che, senza la negligenza e/o l'imperizia del legale, il risultato atteso

[39] Tale parte sosteneva, infatti, che l'"entità economica", definita all'art. 1, par. 1, lett. b), della direttiva, conserva la sua identità solo se viene mantenuto il nesso organizzativo che unisce l'insieme delle persone e/o degli elementi. Per contro, l'entità economica ceduta non conserverebbe la sua identità nell'ipotesi in cui, a seguito della cessione, perda la sua autonomia dal punto di vista organizzativo, in quanto le risorse acquisite vengono integrate dal cessionario in una struttura integralmente nuova.

[40] Punto 60 della sentenza. La conclusione è ulteriormente avvalorata dal richiamo da parte dell'avvocato Generale Bot al ruolo dei giudici nazionali *ex* art. 19 TUE.

[41] Cour de cassation, 15 mai 2015, n. 14-50058.

dal ricorrente sarebbe stato conseguito. A tale risultato il giudice giunge attraverso una valutazione prognostica: atteso che la responsabilità del prestatore di opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone la prova del danno e del nesso causale tra la condotta del professionista ed il pregiudizio del cliente, in particolare, trattandosi dell'attività dell'avvocato, l'affermazione della responsabilità per colpa professionale ha implicato una valutazione oltremodo positiva circa il probabile esito favorevole dell'azione giudiziale che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente seguita[42].

Più nel dettaglio si legge nel provvedimento francese che il ricorrente avrebbe avuto l'80% di possibilità di vincere il giudizio contro il datore di lavoro che lo aveva posto automaticamente a riposo al compimento del cinquantaseiesimo anno di età, se solo l'avvocato difensore avesse avuto scrupolo di verificare che la posizione giuridica del suo assistito era tra quelle tutelate dalla legislazione e dalla giurisprudenza dell'Unione europea. Si trattava di invocare la corretta applicazione al caso di specie del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78/CE[43], e di richiamare la univoca giurisprudenza della Corte di giustizia espressa nei noti casi *Mangold*[44], *Félix Palacios de la Villa*[45], *Age Concern England*[46], *Petersen*[47], *Seda Kücükdeveci*[48].

---

[42] "Attendu que la perte de chance soufferte par M. X. d'obtenir la cassation de l'arrêt ayant rejeté ses demandes et leur satisfaction devant la juridiction de renvoi, doit être évaluée à 80%, pour tenir compte à la fois de la très forte probabilité de la censure de la décision déférée à la Cour de cassation et de la faible éventualité de voir la cour d'appel, statuant sur renvoi, estimer, sur le fondement de l'article 6, paragraphe 1, de la directive, que la discrimination résultant de la mise à la retraite d'office d'un agent EDF actif à 100 % âgé de plus de 55 ans était justifiée par des objectifs légitimes de politique sociale, tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle".

[43] 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, (c.d. direttiva "quadro") e recepita dal nostro legislatore con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216.

[44] Sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in cui, come si ricorderà, la Corte aveva affermato (tra l'altro) che il diritto comunitario e, in particolare, l'art. 6, n. 1, della direttiva "quadro" "devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, la quale autorizza, senza restrizioni, salvo che esista uno stretto collegamento con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato stipulato con lo stesso datore di lavoro, la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore abbia raggiunto l'età di 52 anni. È compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto".

[45] Sentenza del 16 ottobre 2007, causa C-411/05.

[46] Sentenza del 5 marzo 2009, causa C-388/07.

[47] Sentenza del 12 gennaio 2010, causa C-341/08.

[48] Sentenza del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Kücükdeveci* c. *Swedex GmbH & Co. KG*, in cui la Corte ribadisce con maggiore chiarezza l'idoneità del principio di non discriminazione in base all'età ad esplicare effetti diretti orizzontali. In particolare, nel caso di specie veniva richiesto alla Corte se una normativa nazionale come quella controversa nella causa principale – la quale prevedeva che i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento del suo venticinquesimo anno di età non fossero presi in considerazione ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento – costituisse una disparità di trattamento in base all'età vietata dal diritto dell'Unione, in particolare dal diritto primario o dalla direttiva 2000/78/CE. La Corte ha dapprima dichiarato che non è la direttiva a sancire il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro, trovando il principio la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati

L'avvocato, invece, aveva formulato nei suoi scritti difensivi un unico diverso motivo di doglianza che era stato rigettato nel giudizio di primo e secondo grado; la sua responsabilità professionale risulta aggravata dal fatto che in sede di appello non avesse citato neanche la giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione francese favorevole al suo assistito (in verità solo di qualche mese precedente) che richiamava e applicava correttamente la norma dell'Unione su richiamata e la giurisprudenza a corredo; il medesimo orientamento era stato altresì confermato in una seconda sentenza di poco successiva a quella di condanna de ricorrente.

Significativo, ai nostri fini, appare il passaggio in cui la Corte stigmatizza l'ignoranza dell'avvocato il quale "ne pouvait ignorer (…) la primauté du droit communautaire et la nécessité de se conformer au principe de l'égalité de traitement prohibant les discriminations fondées sur l'âge, principe général du droit de l'Union affirmé par la directive 2000/ 78 qui était entrée en vigueur le 2 décembre 2000 et que le juge communautaire appliquait depuis 2005, rappelant que devait être laissée inappliquée toute disposition nationale contraire à ce principe et à la directive (…)".

Di conseguenza "l'application de la directive, imposée par la nécessaire mise en œuvre uniforme du droit communautaire, à laquelle la Cour de cassation a procédé à partir du 11 mai 2010, ne constituait ni un revirement ni même une expression imprévisible de la jurisprudence". Da qui la responsabilità professionale del difensore costituito, condannato a pagare i danni ad un ricorrente ostinato nella ragionevole certezza di aver subìto una sentenza ingiusta.

Certo qualche perplessità suscita il fatto che anche i giudici (di primo grado, di appello e di cassazione) investiti del contenzioso in materia di lavoro avrebbero, al pari del difensore, dovuto e potuto tutelare il diritto del ricorrente alla luce degli insegnamenti del diritto dell'Unione, e tuttavia, l'esemplare condanna per negligenza professionale inflitta all'avvocato appare essere una novità che sensibilizza notevolmente verso una maggiore attenzione all'ordinamento dell'Unione europea.

6. Su un altro versante la sentenza della nostra Cassazione resa nel caso *Cargest*[49], è testimonianza di una non comune attenzione verso gli insegnamenti dell'Unione, questa volta, in tema di concorrenza.

---

membri, e costituendo lo stesso un principio generale del diritto dell'Unione altresì richiamato all'art. 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali. Conseguentemente ha affermato che la direttiva ha il solo obiettivo di stabilire, in dette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali rientra l'età. E, per quel che interessa ai nostri fini, ha ricollegato all'adozione della direttiva (e al fatto che il termine per la sua attuazione fosse scaduto nel momento in cui i fatti della controversia si erano verificati) l'importante conseguenza di poter far rientrare la fattispecie in discussione "nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione" (v. in particolare i punti 23 e 25). Per un ampio commento si rinvia a L. Iannuzzi, *La sentenza sul caso Kücükdeveci: la Corte di giustizia applica la Carta dei diritti fondamentali nel suo valore vincolante*, in *Studi sulla integrazione europea*, 2011, p. 163 ss.

[49] Sentenza della Cassazione del 4 giugno 2015 n. 11564, *Soc. Comi* c. *Soc. Cargest srl*; per note e commenti si vedano, tra tanti, M. Casoria, R. Pardolesi, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, in *Il Foro Italiano*, 2015, I, c. 2752, in senso critico sul ruolo del giudice nel contenzioso *antitrust*; A. Geraci, *Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevate*, in *Il Diritto Industriale*, 2015, p. 537 ss.; A. Toffoletto, E. De Giorgi, *L'implementazione della Direttiva da parte del legislatore italiano ed il difficile obbiettivo di assicurare un* level playing filed *tra ordinamenti nazionali*, in A. Bennacchio, M.

Nel caso di specie la Corte di legittimità ha accolto il ricorso proposto da un gruppo di grossisti agroalimentari verso una sentenza resa della Corte di appello di Roma – quale giudice di prime cure – in materia di violazione del divieto di abuso di posizione dominante.

L'aspetto controverso riguardava la dimensione del mercato rilevante geografico[50], atteso che la Corte di appello aveva rigettato la domanda ritenendo che gli attori non avessero dato prova di tale definizione e quindi della posizione dominante della società convenuta. La Corte Suprema, diversamente, ha ritenuto che il Collegio di appello non avesse svolto una adeguata attività istruttoria e non si fosse avvalso di tutti i suoi poteri (anche ufficiosi) di acquisizione della prova previsti dal codice di rito. Secondo la Corte di Cassazione, cioè, la Corte di merito, senza svolgere una compiuta attività istruttoria, aveva erroneamente fatto meccanica applicazione del principio generale *onus probandi incumbit ei qui dicit* nell'ambito di una procedura volta ad ottenere il risarcimento del danno per illecito anticoncorrenziale (c.d. *private antitrust litigation*) non preceduta da un accertamento o da una decisione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

Senza addentrarci nel dettaglio della vicenda, basti qui considerare che i giudici di legittimità hanno sottolineato come, attesa la peculiarità delle controversie come quella di cui è causa[51], il giudice non possa limitarsi ad applicare *sic et simpliciter* le regole generali dettate per la ripartizione dell'onere della prova, ma debba, invece, rendere effettiva la tutela giurisdizionale, anche attraverso una interpretazione "funzionalizzata" delle norme processuali esistenti. La Suprema Corte ha quindi riconosciuto la necessità di creare un regime speciale di accesso alle prove per le azioni antitrust, e ancor più speciale sembrerebbe di capire per le azioni *stand alone*[52].

La pronuncia richiama copiosamente e puntualmente i consolidati orientamenti giurisprudenziali espressi dalla Corte di giustizia (e dalle Corti statali) in materia di *relevant market*, senza omettere i riferimenti alle linee interpretative suggerite dalla Commissione europea[53]; l'*iter* argomentativo è poi ulteriormente arricchito da una ampia disquisizione sulle differenti finalità del c.d. *public enforcement* e del c.d. *private enforcement*, e sui diversi poteri istruttori che nel primo caso spettano alla

---

Carpagnano (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, Napoli, 2015, p. 85 ss., spec. p. 103.

50 Che gli attori ritenevano coincidere con la Provincia di Roma.

51 In questo tipo di giudizi c.d. *stand alone* (a differenza di quelli introdotti a seguito di un accertamento o di una decisione della medesima Autorità o della Commissione europea detti *follow-on actions*) sono particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a fronte di fatti complessi di natura economica (come ad esempio quello del "mercato rilevante") che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito. I ricorrenti, infatti, non disponendo dei poteri ispettivi e coercitivi riconosciuti alle autorità pubbliche di vigilanza, si trovano nella oggettiva impossibilità di accedere ai documenti ed alle informazioni che sono nella esclusiva disponibilità della controparte. Tali difficoltà sono acuite inoltre sia dalle ingenti spese necessarie per l'acquisizione degli elementi indispensabili per il compimento di indagini tecnico economiche – che difficilmente sono alla portata dei singoli –, sia dalla necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da comparare con ciò che è avvenuto nella realtà.

52 In tale regime il principio dispositivo verrebbe in qualche modo superato attraverso l'attribuzione di poteri d'ufficio al giudice ma anche, sembra di capire, al consulente tecnico.

53 Si veda la Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza.

Autorità amministrative nazionali, anche di ufficio, e nel secondo, invece, solo al giudice, limitatamente ai mezzi indicati dal codice di rito.

Il fenomeno dei diversi meccanismi di tutela della libera concorrenza è l'occasione, poi, per rileggere (e soprattutto riaffermare a livello statale) quali sono gli strumenti di contrasto degli illeciti *antitrust* indicati dagli articoli 101 e 102 TFUE e dal regolamento CE 1/2003; per rimarcare con chiarezza quale è lo spirito che muove il legislatore dell'Unione, le conseguenze dell'effetto diretto delle norme comunitarie di riferimento, l'importanza e la complementarità del ruolo svolto dalle giurisdizioni nazionali rispetto al ruolo delle autorità garanti della concorrenza.

Il richiamo pertinente ed esaustivo alla disciplina dell'Unione europea è strumentale per il Collegio per una corretta e più autentica interpretazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale nella materia del diritto della concorrenza. Sul presupposto che la normativa dell'Unione concernente gli illeciti concorrenziali sia improntata al principio di effettività della tutela ed imponga una cooperazione tra le autorità europee e quelle statali, nonché tra le autorità giudiziarie e quelle amministrative, la sentenza in commento non trascura da ultimo una lunga digressione sulla direttiva 2014/104[54] ad oggi non ancora recepita dal nostro Paese. Quest'ultima è ampiamente illustrata, con una attenta ricostruzione dei tratti più salienti in tema di onere probatorio e pertinenti richiami alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Le conclusioni cui giunge il Collegio sono nette: "(…) l'efficacia diretta delle norme (comunitarie e nazionali) a tutela della concorrenza è garantita mediante strumenti omogenei di *public* e *private enforcement*: nell'ambito di questi ultimi, 'il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell'Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale richiede che ciascun Stato membro disponga di norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto. La necessità di mezzi di ricorso procedurali efficaci deriva anche dal diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, come previsto all'articolo 19 paragrafo l, secondo comma, del Trattato sull'Unione europea e all'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea' (è il quarto considerando della Direttiva n. 104/2014). In questo scenario il giudice è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza (nelle ipotesi di cui agli artt. 2 ss. della legge n. 287 del 1990), tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, anche mediante un'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza"[55].

---

[54] Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

[55] Si legge di seguito nel provvedimento che: "È un obiettivo che può essere perseguito valorizzando, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni (v. anche l'art. 15 del Reg. CE n. 1/2003) e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, nel

Ne consegue l'esigenza di cassare la pronuncia di merito e di valorizzare il ruolo del giudice quale soggetto deputato a rendere effettiva, mediante un'interpretazione a maglie larghe degli strumenti legislativi nazionali ed europei, la tutela del privato danneggiato da violazioni del diritto della concorrenza.

Per i fini della nostra riflessione non si può non considerare esemplare la pronuncia in commento, atteso che non solo il Collegio, ed in particolare il giudice relatore, dà prova di una non comune conoscenza ed attenzione ai principi ed agli strumenti comunitari in materia di concorrenza, ma anche perché rappresenta una "sorta di *lectio magistralis* sulla possibilità di conferire effettività al *private enforcement* prima di qualsiasi mutamento del quadro disciplinare"[56], attraverso la piena valorizzazione del ruolo del giudice comune, chiamato a rendere una "giustizia correttiva" anche ricorrendo alla interpretazione estensiva delle norme processuali nazionali[57]. Pur cogliendo a pieno l'impellente necessità del recepimento della direttiva del 2014, l'impressione è che l'approccio operato dal Collegio sia corretto, ed anzi, a noi sembra che il principio di leale cooperazione che lega anche le autorità giudiziarie statali all'Unione trovi il suo più profondo significato in provvedimenti come quello reso dal nostro giudice di legittimità, il quale, mosso da un apprezzabile ruolo di supplenza normativa, ricostruisce nuovi canoni interpretativi attraverso la lente del diritto dell'Unione europea.

7. Esempio non meno significativo del rapporto di alleanza che lega proficuamente i giudici statali di ultimo grado all'ordinamento dell'Unione europea è la sentenza resa dalla Corte costituzionale spagnola[58] su un ricorso *de amparo*[59] promosso

rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio (v. l'art. 2 del Reg. CE n. 1/2003) di indicare in modo sufficientemente 'plausibile' seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale".

[56] Così M. Casoria, R. Pardolesi, *op. cit.*

[57] In senso critico M. Casoria, R. Pardolesi, *op. cit*., osservano che la pronuncia altro non sarebbe se non "il tentativo di modificare, al di fuori di una specifica copertura legislativa, le regole del gioco esistenti in materia di enforcement privato, trasformando il giudice in una sorta di paladino dei diritti del singolo, capace, con le sue sole virtù ermeneutiche e passando per la cruna di un'interpretazione funzionalizzata delle norme processualcivilistiche, di dare corretta attuazione ai cardini del mix competition-tort law."

[58] Sentenza del Tribunal Constitucional n. 232/215 del 5 novembre 2015, reperibile *online*.

[59] Il c.d. *recurso de amparo* è un meccanismo di ricorso previsto dall'ordinamento spagnolo – ed in termini analoghi anche da quello austriaco e tedesco – diretto al Tribunale costituzionale che consente a persone fisiche o giuridiche di adire direttamente l'organo giurisdizionale investito di funzioni di giustizia costituzionale, lamentando una violazione di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti che trovi la propria origine in un'azione ovvero un'omissione dei pubblici poteri. Più precisamente, il ricorso per *amparo* costituzionale può essere presentato al fine di impugnare atti amministrativi, decisioni giudiziali, o provvedimenti normativi – con la sola eccezione delle leggi – previo esperimento di tutti i mezzi di impugnazione statali disponibili. Sul tema *amplius* si rinvia a T. Groppi, Il *ricorso di amparo in Spagna: caratteri, problemi e prospettive*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, p. 4340 ss.; E. Carmona Cuenca, *La crisis del recurso de amparo: la protección de los derechos fundamentales entre el poder judicial y el tribunal constitucional*, Alcala, 2005. Da lungo tempo anche la dottrina costituzionalistica italiana s'interroga sulla necessità, o quanto meno sull'opportunità, di introdurre anche nel nostro ordinamento il ricorso diretto individuale dinanzi alla Corte costituzionale, lamentando una più efficace tutela nei confronti delle azioni e delle omissioni dei pubblici poteri, tutela che – si

da un docente di scuola secondaria non di ruolo, cui non era stata riconosciuta ai fini amministrativi ed economici una maggiorazione corrispondente agli scatti di anzianità prevista, invece, in un allegato alla direttiva 1999/70/CE[60], per i docenti di ruolo. Il Tribunal Constitucional ha riconosciuto una violazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva per la mancata applicazione, da parte del giudice di ultimo grado, di una norma comunitaria già esaminata dalla Corte di giustizia in un contesto materialmente identico. Secondo la Corte, la mancata applicazione del diritto dell'Unione, senza fornire motivazioni riguardo all'opportunità o meno di porre una nuova questione pregiudiziale al giudice europeo, ha condotto anche ad una violazione del principio del primato del diritto dell'Unione rispetto al diritto interno.

Ripercorrere le tappe del lungo *iter* giudiziario è utile per meglio comprendere la decisone: il ricorrente aveva in primo luogo avanzato la sua istanza all'autorità amministrativa regionale, esplicitamente invocando la applicazione delle norme interne spagnole e della norma dell'UE su richiamata.

Egli, ritenendo che il silenzio dell'Amministrazione equivalesse ad un diniego, aveva presentato ricorso alla Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Madrid reclamando il proprio diritto, in qualità di "funcionario interino" a non esser discriminato rispetto ai "funcionarios de carrera". Il ricorso fu respinto sulla base della sola applicazione del diritto nazionale.

Avverso la decisione amministrativa fu proposto appello dinnanzi alla autorità giudiziaria competente (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Superior de Justicia de Madrid) che annullò parzialmente l'atto impugnato e si limitò a riconoscere al professore il seennio di attività svolta, senza quantificare l'ammontare della indennità dovuta. La pronuncia era fondata sulla applicazione della legge spagnola di riferimento, così come interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in un caso analogo[61].

Contro tale provvedimento fu proposto appello dall'avvocato dello Stato dinanzi al giudice di ultimo grado (la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid): questi eccepiva che la sentenza era viziata giacché non si sarebbe potuto in alcun modo invocare l'equiparazione tra i "funcionarios de

---

sostiene – il solo accesso in via incidentale, a causa delle sue "strettoie" procedurali, non sarebbe in grado di fornire in maniera soddisfacente. La previsione del ricorso diretto individuale, dunque, servirebbe a completare, chiudendolo, il nostro sistema di giustizia costituzionale, similmente ad altri Paesi, non soltanto europei.

60 Per la precisione si trattava della clausola 4 dell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, che testualmente recita: "I criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive".

61 Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*; in tale provvedimento si chiariva che l'accordo quadro, in particolare la sua clausola 4, ha l'obiettivo di dare applicazione al divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, al fine di impedire che un rapporto di impiego di tale natura sia utilizzato da un datore di lavoro per privare i lavoratori "interini" di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato. Il medesimo principio è stato successivamente ribadito negli stessi termini anche nella sentenza del 22 dicembre 2010, cause C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro Gavieiro* e *Iglesias Torres*, nonché nell'ordinanza del 18 marzo 2011, causa C-273/10, *Montoya Medina*.

carrera" e quelli "interinos", perché secondo la legge spagnola alle persone nella stessa posizione giuridica del ricorrente della causa principale doveva essere riconosciuta una indennità integrativa per un periodo di tre anni e non per uno di sei.

Nelle proprie memorie difensive l'insegnante non solo impugnava e contestava l'appello proposto, ma per fugare ogni dubbio circa l'esattezza della pronuncia resa in suo favore dal giudice di appello allegava per opportuna conoscenza del Collegio di ultima istanza anche una nuova pronuncia[62] resa dalla Corte di giustizia nelle more delle proprie vicende processuali, in un caso identico al suo[63].

Sennonché il giudice di ultimo grado, richiamando solo la propria giurisprudenza pregressa, accoglieva i motivi di vizio indicati in appello e confermava la sentenza amministrativa resa in primo grado.

Avverso tale provvedimento il tenace docente propose una azione (*incidente excepcional de nulidad*) tesa a far dichiarare nullo il provvedimento del giudice amministrativo di ultimo grado lamentando la violazione dei diritti fondamentali quali i principi di non discriminazione e della certezza del diritto, nonché il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, il diritto di difesa, il diritto al rispetto delle garanzie processuali, e la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. Tale ricorso fu respinto.

Non vinto il professore ha presentato, da ultimo, un ricorso *de amparo* lamentando la violazione dei suoi diritti costituzionalmente garantiti.

Attento ed esaustivo è il provvedimento della Corte costituzionale, che in via preliminare svolge approfondite considerazioni circa la "especial trascendencia constitucional" del ricorso[64], considerato che il rispetto dei canoni di convincimento dei giudici impone loro di tenere in considerazione tutte le fonti dell'ordinamento, e tra queste anche le norme dell'Unione europea, che a tutti gli effetti fanno parte del sistema giuridico spagnolo. Ribadito il principio della primazia del diritto dell'U-

---

62 Ordinanza del 9 febbraio 202, causa C-556/11, *Lorenzo Martínez.*

63 Sempre in relazione alla clausola 4 dell'accordo quadro/direttiva in questione, l'ordinanza comunitaria senza incertezze dichiarava contraria alla norma comunitaria invocata la legge spagnola che consentiva un trattamento diverso, ai fini del supplemento di retribuzione per l'attività svolta, per i due profili professionali su indicati: "osta ad una normativa nazionale (…) che riserva, senza giustificazioni con motivazioni oggettive, il diritto di ricevere l'indennità dei sessenni per formazione continua unicamente ai dipendenti di ruolo inquadrati nella funzione pubblica docente, escludendone l'attribuzione a coloro che sono dipendenti temporanei, quando, sotto il profilo della percezione dell'indennità in discussione, le due categorie di lavoratori si trovano in situazioni analoghe".

64 Si vedano i paragrafi da 3 a 11 del provvedimento ed in particolare il par. 2: "En el presente caso, este Tribunal decidió admitir este recurso de amparo porque, en primer lugar, sus circunstancias podían permitir desarrollar nuestra doctrina sobre la relevancia constitucional del incumplimiento del derecho de la Unión Europea [supuesto a) de los enunciados en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2], y además, en segundo lugar, porque esas mismas circunstancias permitían a este Tribunal valorar si procede mantener o matizar nuestra doctrina acerca de la proyección del derecho a la igualdad entre situaciones funcionariales, y en concreto entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos, establecida desde la STC7/1984, de 7 de enero [supuesto b) de la STC 155/2009, FJ 2, antes citada]. Lo cual no significa necesariamente que esos dos factores relevantes para decidir la admisión del recurso deban trasladarse al núcleo de nuestra razón de decidir sobre el fondo del recurso, pues como ya tuvimos ocasión de aclarar en la STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3, la estructura del razonamiento, el orden conforme al cual han de estudiarse las quejas ante nosotros esgrimidas u otras razones pueden impedirlo".

nione su quello nazionale, la Corte esamina solo la violazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva, ritenendo in esso assorbiti anche gli altri motivi di ricorso.

Dopo aver lungamente illustrato la necessità di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in caso di dubbio interpretativo, il Collegio considera che nel caso di specie ben si sarebbe potuto derogare alla regola dell'obbligo di rinvio per il giudice di ultimo grado in virtù della dottrina dell'atto chiaro, atteso che l'interpretazione autentica della clausola 4 della direttiva 1999/70/CE, di cui alla controversia, era stata oggetto di costante ed univoca giurisprudenza comunitaria.

Quel che risulta in special modo riprovevole per il giudice costituzionale è la particolare "chiusura" del giudice amministrativo di ultimo grado, il quale reiteratamente ha omesso di considerare la giurisprudenza comunitaria, ignorando sia quella antecedente alla pronuncia del giudice di appello, sia quella intervenuta nella more del giudizio di ultimo grado, in un caso identico, correttamente e scrupolosamente allegata dal ricorrente privato[65].

Di conseguenza, si legge, nel provvedimento: "(…) con tal decisión (y motivación), la Sala dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada, como era la existencia de ese precedente dictado en un caso idéntico al que era objeto de resolución y proveniente además del Tribunal de Justicia de la Unión Europea encargado de resolver de manera vinculante las dudas sobre la interpretación de la Directiva invocada por la parte; y al no hacerlo, resolvió además el recurso de apelación con una 'selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso' (STC 145/2012, FJ 6), en la medida en que prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante (STC 145/2012, FJ 5) vulnerando con ello el principio de primacía del derecho de la Unión Europea".

Pertanto, in conclusione, la decisione del giudice spagnolo, maturata in spregio del rispetto dei principi del primato del diritto dell'Unione europea, e di leale cooperazione (che imporrebbe l'obbligo di non discostarsi dalla interpretazione della norma comunitaria resa da parte della Corte dell'Unione europea) è risultata essere irragionevole e arbitraria, lesiva degli standard di garanzia di un equo processo, e quindi in violazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

8. Orbene, l'analisi fin qui svolta è strumentale per svolgere qualche considerazione conclusiva di più ampio respiro: in primo luogo le pronunce sopra indicate testimoniano una rinnovata consapevolezza dei giudici di ultimo grado verso i pro-

[65] Punto n. 6, lettere a) e b), del Fundamentos jurídicos: "Frente a todo ello, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (i) ni cita ni valora la jurisprudencia del TJUE mencionada, (ii) ni, lo que es verdaderamente relevante, cita o valora el Auto Lorenzo Martínez de 9 de febrero de 2012, sino que se limita a remitirse a un pronunciamiento anterior de la Sección 3a de la misma Sala (de 16 de enero de 2010) y a motivar así, por referencia o remisión, que no consideraba discriminatoria la denegación de los sexenios acordada por la Administración por la singularidad de los funcionarios interinos respecto a los de carrera, cuando esa circunstancia había sido ya precisamente excluida por el Tribunal de Justicia como una 'razón objetiva' válida para el trato diferente permitido bajo ciertas condiciones por la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE".

fili applicativi dell'ordinamento dell'Unione europea, ed una maggiore attenzione al ruolo cruciale attribuito alle istanze giudiziarie avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso interno per la tutela concreta delle posizioni giuridiche individuali.

Ben oltre il dialogo con la Corte di giustizia *ex* art. 267 TFUE e il richiamo al principio di leale cooperazione, i casi su riportati sono esempio di quanto importante e proficua possa essere l'alleanza delle Corti nazionali di ultimo grado con la Corte di giustizia per realizzare pienamente un sistema integrato e multilivello di garanzia e quanto il loro apporto sia indispensabile per favorire nella giurisdizione, intesa in senso lato, la cultura del rispetto dei diritti di matrice comunitaria.

In secondo luogo, le stesse sentenze, sebbene tra loro eterogenee per i temi trattati, sono promettenti e univoci segnali di una chiara volontà di incitare tutti gli operatori giuridici (avvocati e magistrati) a standard di professionalità sempre più elevati.

Obsoleta ed intollerabile sembra infatti la prospettiva secondo cui il giudice interno amministri la giustizia esclusivamente secondo parametri propri dell'ordinamento nazionale e della giurisprudenza statale, atteso che il diritto dell'Unione europea nel suo complesso considerato, inclusivo quindi – ed anzi soprattutto – della giurisprudenza di Lussemburgo, sono a tutti gli effetti parte integrante dei sistemi giuridici statali[66]. Non meno discutibile sembra l'operato di chi, per ignoranza o per pigrizia, cade nella tentazione di attingere al sistema nazionale per delineare l'ambito e la portata della norma utile per dirimere la controversia[67]. Parimenti ingiustificabile appare l'operato del difensore non adeguatamente attento e preparato anche rispetto alle norme dell'Unione e alle pronunce della Corte di giustizia.

Il punto è che al giudice comune (ma anche all'avvocato) viene richiesta una specifica competenza nel fare corretta applicazione del diritto dell'Unione europea e dunque uno specifico obbligo di conoscenza ed aggiornamento del diritto scritto sopranazionale e, soprattutto, del diritto vivente della Corte di giustizia, dei meccanismi che caratterizzano il suo operato, delle modalità che devono essere prescelte nel farne applicazione e nell'interpretare il diritto interno alla luce del diritto sopranazionale, eventualmente sperimentando lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Sembra giunto il tempo che il giudice di ultima istanza imponga al magistrato comune di accostarsi al diritto dell'Unione ed alla normativa interna che su esso incide con un atteggiamento nuovo rivolto, per un verso, a cogliere gli aspetti salienti della legislazione di settore e, per altro verso, ad interpretarli in maniera conforme ai principi generali dell'ordinamento comunitario, in un processo assai simile

---

[66] Prefigura il passaggio dal tradizionale "giudice funzionario" ad un "giudice di tipo professionale" N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Atti S.I.S.Di.C*., 2, *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, II, *Rapporti civili. Rapporti etico-sociali*, Napoli, 2007, p. 179 ss. Analogamente R. Conti, *op. cit*., p. 1528, che discorre del giudice quale "protagonista assoluto" del processo di osmosi tra diritto nazionale e comunitario.

[67] Per correttezza è doveroso segnalare, tra gli esponenti della nostra magistratura, la particolare sensibilità di R. Conti, il quale nell'incentivare un mutamento di prospettiva della magistratura esprime posizioni di avanguardia. Si veda *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, Relazione introduttiva alla sessione civile del *workshop* in diritto europeo organizzato da Area Europa presso la Corte di Cassazione nei giorni 12 e 13 novembre 2015, pubblicato sul periodico telematico *Consultaonline*, 2015 , fasc. III., nonché *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, in *Europeanrights.eu*, 31 maggio 2013, reperibile *online*.

a quello cui il giudice nazionale è tenuto alla stregua dei canoni dell'interpretazione costituzionalmente conforme.

Ancor oggi le difficoltà di un simile operare appaiono evidenti, se solo si considera che la ricerca dei principi costituzionali è certamente più semplice rispetto a quella dei principi generali del diritto dell'Unione europea, non ancora (purtroppo) pienamente ed automaticamente avvertiti come principi di ordine interno dotati di analoga precettività per i giudice nazionale.

In siffatto scenario, è di tutta evidenza il ruolo cruciale attribuito agli organi giurisdizionali nazionali di ultima istanza, che dovranno diffondere "la cultura comunitaria" anche sanzionando l'operato degli operatori del diritto che, arroccati nel recinto nazionale, non abbiano correttamente applicato, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni dell'ordinamento europeo, né abbiano palesato i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Ma il punto cruciale sul quale occorre insistere è quello della doverosità di tale *modus operandi*, per fare in modo che l'azione di responsabilità a carico dello Stato (per la colpevole inosservanza dell'obbligo di rinvio e più in generale del non corretto operato del giudice interno), o a carico dell'avvocato in proprio (per negligenza professionale), restino un mezzo di reazione eccezionale e non diventino un percorso alternativo per l'impugnazione di decisioni definitive lesive dei diritti dei privati così come tutelati dall'ordinamento dell'Unione europea.

Abstract

New Trends on the Role of the National Highest Courts in the Correct Application of EU Law

This essay focuses on the implementation of EU law by lawyers and domestic courts and on the new role of the highest Courts in the spread of EU law. Throughout the analysis of three recent decisions of the French Cour de cassation, the Spanish Constitutional Court and the Italian Corte di Cassazione, there seems to be a new trend emerging, an hermeneutical approach that refers to EU law and to the ECJ's case-law for solving the decision at stake.

The decisions, which deal with different matters, are equally relevant in the way they represented and implemented EU law, imposing considerably high standards of professional expertise on practitioners. Both lawyers and judges cannot plainly ignore any reference to the Court of justice's case law when it has solved a series of identical cases, nor keep on with their own "traditional" approach based only on the national law and jurisprudence.

The analysis suggests that national high courts are becoming key players in EU law, besides the preliminary reference to the Court of Justice.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 377-390

Nicola Neri*

74 giorni: il conflitto delle Falklands e la politica della Comunità economica europea

Sommario: 1. L'origine del conflitto. – 2. La politica dei Dieci. – 3. La Francia: l'appoggio incondizionato. – 4. La Germania Federale: disciplinata fedeltà all'alleato da una posizione delicata. – 5. L'Italia: il difficile equilibrio tra politica estera ed interna. – 6. L'Irlanda: l'ombra lunga delle difficili relazioni con il Regno Unito. – 7. Il Belgio, la Danimarca, l'Olanda e la Grecia. – 8. Considerazioni conclusive.

1. All'alba del 2 aprile 1982 scattava l'operazione "Rosario". Dopo lunghi e infruttuosi negoziati bilaterali che si trascinavano da decenni, la giunta militare argentina, presieduta dal generale Leopoldo Galtieri, decideva di ricorrere alla forza e di invadere le isole Falkland, ubicate nell'Atlantico del Sud, prospicienti alla costa argentina e sotto sovranità britannica. L'Argentina attraversava un periodo di grave crisi economica e di scontento politico e sociale, ed il riscatto su di un argomento che sollecitava potentemente l'orgoglio nazionale sembrava un espediente efficace alla leadership politico-militare allo scopo di riconquistare consenso. La politica del fatto compiuto, inoltre, sembrava poter essere vincente, e utile al fine di scoraggiare i britannici dall'intervenire nelle isole che gli argentini chiamano Malvinas[1].

Sebbene quella delle Falklands sia stata una guerra tutta "occidentale", combattuta fondamentalmente nel rispetto del diritto delle operazioni militari, egualmente fu un conflitto condotto con tenacia nonché ferma e determinata volontà di raggiungere il successo da entrambe le parti. Questo significò che lo spazio utile per la diplomazia, una volta inviata la forza di spedizione e iniziata la riconquista, fu veramente ridotto, e ciò non sorprende quando i protagonisti di una contesa deci-

* Ricercatore di Storia delle relazioni internazionali nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

[1] Per la narrazione dettagliata degli eventi militari si veda la storia ufficiale britannica sul conflitto: L. Freedman, *The Official History of the Falklands Campaign*, II, *War and Diplomacy*, London, 2007; nonché L. Freedman, F. Gamba-Stonehouse, *Signals of War*, London, 1989, e H. Bicheno, *Razor's Edge: The Unofficial History of the Falklands War*, London, 2006. Vi è una ricca memorialistica militare e, in minor misura, politica. Tra tutte le testimonianze val la pena naturalmente di ricordare: M. Thatcher, *The Downing Street Years*, London, 1993. L'unico lavoro scientifico in italiano sull'argomento, di taglio politologico, è: R. Sala, *Il conflitto delle Falkland/Malvinas: un'analisi sistemica*, Milano, 1996.

dono, come fecero entrambi i contendenti da subito, che preferiscono comunque la vittoria alla pace.

Il 3 aprile, quindi in tempi più che rapidi, il Consiglio di Sicurezza dell'ONU approvò la risoluzione n. 502, con dieci voti favorevoli, quattro astenuti ed uno contrario. In essa si chiedeva il ritiro delle truppe argentine dall'arcipelago e l'immediato cessate il fuoco[2]. Ad essa sarebbe seguita, il 26 maggio, la risoluzione n. 505, con la quale il Consiglio di Sicurezza dell'ONU si proponeva di esplorare una soluzione diplomatica, ma per mezzo di un cessate il fuoco che la Gran Bretagna non avrebbe più a quel punto accettato[3].

Lo scopo britannico dichiarato, e a tutt'oggi riconfermato, dell'operazione militare fu quello di liberare gli abitanti delle isole e di permettere che essi continuassero a vivere come desideravano, cioè da cittadini britannici[4]. Posizione in seguito mai più modificata.

2. La Gran Bretagna era un membro della Comunità economica europea (CEE) e dunque il conflitto bussava alle porte dell'organizzazione stessa. Anzi, era la prima volta che il territorio di un membro della Comunità veniva attaccato. Tale evento costituì dunque un test formidabile per la tenuta di quest'architettura politica relativamente recente e, comunque, in divenire.

L'iniziativa diplomatica fu mantenuta soprattutto dagli Stati Uniti, coinvolti per diverse ma evidenti ragioni, di alleanza e di contiguità geopolitica, con entrambi i contendenti, ma la CEE fu pure chiamata a svolgere un ruolo diplomatico[5]. Non come *unicum* – i tempi non erano, e ancora non lo sono, maturi per questo –, ma almeno nel senso di esprimere delle posizioni più coordinate possibili.

In quegli anni era attiva la Cooperazione politica europea che, più che uno strumento, era un'intenzione, e indubbiamente essa continuò a essere percepita come laterale rispetto alle politiche estere nazionali. Era ancora più che altro un "processo" che si arricchiva di nuove pratiche ed esperienze man mano che esse si producevano, e si perfezionava sulla loro scorta[6]. Si poteva certo parlare di politica estera dei Dieci, ma soprattutto è appropriato ragionare di sommatoria delle politiche estere dei singoli Paesi. La Cooperazione politica europea veniva quindi

---

[2] Cfr. risoluzione 502 (1982), adottata dal Consiglio di Sicurezza il 3 aprile 1982, Foreign and Commonwealth Office (d'ora in poi FCO) 7/4874, British National Archives, (d'ora in poi BNA), Kew. Sull'argomento: A. Sinagra, *Sovranità contesa: autodeterminazione e integrità territoriale dello Stato. A proposito di una controversia irrisolta da 165 anni*, Milano, 1999, p. 113 ss., e L. Freedman, *op. cit*., p. 41 ss.

[3] Cfr. risoluzione 505 (1982), adottata dal Consiglio di sicurezza il 26 maggio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.

[4] Cfr. Pym a Giffard, Goodison e Ure, Londra, 29 luglio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.

[5] Sul ruolo diplomatico degli Stati Uniti nella crisi delle Falklands: D. Gompert, *American Diplomacy and The Haig Mission*: *An Insider's Perspective*, in A. R. Coll, A. C. Arend (eds.), *The Falklands War: Lessons for Strategy, Diplomacy and International Law*, London, 1985; G. Makin, *Nature of Anglo-American Diplomacy, 1980-1990*, in A. Danchev (ed.), *A Matter of Life and Death: International Perspectives on the Falklands Conflict*, Basingstoke, 1991; L. Richardson, *When Allies Collide: Anglo-American Relations During the Suez and Falklands Crisis*, New York, 1996.

[6] Cfr. C. Hill, *Introduction: The Falklands War and European Foreign Policy*, in S. Stavridis, C. Hill (eds.), *Domestic Sources of Foreign Policy. Western European Reactions to the Falklands Conflict*, Oxford, 1996, p. 12.

nuovamente messa alla prova dopo l'esperienza della guerra dello *Yom Kippur* del 1972, e le sue conseguenze nel campo petrolifero[7].

La Comunità dei Dieci, a differenza della singola Gran Bretagna, era il più grande mercato per l'Argentina, per cui l'adozione di sanzioni economiche contro di essa avrebbe avuto un grande significato, non in tempi brevi, per ovvie ragioni tecniche, ma di grande valore politico nell'immediato, soprattutto in termini di pressione sull'opinione politica internazionale, e in particolare di quella statunitense. L'Argentina, d'altro canto, era stato il primo Paese latino americano ad avviare negoziati e poi concludere accordi economici con la CEE, il primo dei quali nel 1971[8]. È da ricordare però che l'Argentina era comunemente considerata in Europa un Paese "in via di sviluppo", con il relativo ricorso agli strumenti concettuali dell'anticolonialismo e del terzomondismo, da parte di sodali ed avversari, che proponevano, o opponevano, le ragioni di un Paese emergente che cercava di completare la propria unità ed indipendenza, a fronte di una potenza che non aveva abbandonato il retaggio imperialista.

La Gran Bretagna, certo, seppe però sfruttare con abilità la politica intra-europea per polarizzare così a suo favore le posizioni degli Stati membri[9]. Non vi era dubbio per nessuno che l'atteggiamento dei Paesi più grandi, tuttavia, rappresentasse il valore politico di riferimento per la condotta militare e strategica britannica.

Sebbene l'esperienza della Cooperazione politica europea fosse molto recente, la principale reazione dei Dieci furono le sanzioni all'Argentina, in pratica pronunciate solo una settimana dopo l'invasione delle isole. Il 10 aprile, infatti, la CEE approvò le misure economiche contro il Paese sudamericano per la durata di un mese. La crisi si sovrapponeva a un momento delicato della vita comunitaria dei Dieci. Si era, infatti, prodotto un corto circuito tra il rifiuto britannico di accettare i prezzi agricoli ed il mancato rimborso al Regno Unito dell'eccedenza del suo contributo[10]. Le sanzioni, tuttavia, divennero operative dal 17 aprile per la durata di un mese, e il 17 maggio si esaurirono. Fu la breve durata della crisi, però, a non consentire l'emergere di ulteriori dissensi all'interno europeo e a permettere una presa di posizione nel complesso coerente ed unitaria.

La posizione dei Dieci al principio fu certamente compatta, ma in realtà tutti erano convinti che la crisi si sarebbe risolta con dei negoziati, e comunque ben prima che le relazioni con l'America latina ne risultassero seriamente danneggiate[11]. Al termine delle operazioni militari in seno alla Comunità si poteva tuttavia riconoscere che questa preoccupazione, il danno alle relazioni con l'America latina, era stato in definitiva fortemente limitato[12].

---

7 *Ibidem.*

8 Cfr. A. Bucci, *Comparazione e rapporti tra Comunità Europea e Mercosur*, Roma, 2005, p. 193.

9 Cfr. L. L. Martin, *Institutions and Cooperation. Sanctions During the Falkland Islands Conflict*, in *International Security*, 1992, p. 143.

10 Sull'argomento v. G. Rulli, *Le conseguenze del conflitto anglo-argentino*, in *La Civiltà Cattolica*, 1982, p. 605 ss.

11 Cfr. Marsden a Young, Londra, 5 luglio 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew.

12 Cfr. *European Political Cooperation: Political Committee*, Copenaghen, 12/13 luglio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.

Il punto di stallo caratterizzante che si produsse fu l'incoraggiamento che i Dieci, e l'Italia in particolare, continuarono a dare alle iniziative negoziali che, però, impattavano con la questione della sovranità. Per gli argentini negoziare significava negoziare sulla sovranità, cioè l'unica cosa che i britannici non potevano consentire, almeno contro la volontà degli isolani. L'insistenza europea sul dialogo tra Argentina e Regno Unito cominciò persino a indisporre i britannici[13], che giunsero a definire l'insistenza negoziale europea sulla cosa come "irresponsabile"[14].

Al momento del rinnovo delle sanzioni i britannici sapevano bene che avrebbero potuto esserci delle difficoltà. Il segretario di Stato agli esteri britannico Francis Pym chiese al suo omologo statunitense Haig di esercitare pressioni presso le capitali europee, dove in molti casi la situazione era sul "filo del rasoio", specialmente in Italia e in Irlanda, sebbene qualche dubbio si avesse anche rispetto alla Germania. Sugli altri Paesi si era abbastanza tranquilli, ma ciò che davvero si temeva era l'effetto domino che avrebbe eventualmente potuto scompaginare la posizione unitaria europea[15].

L'abbandono degli inviti a negoziare, il loro appoggio negli sviluppi all'interno delle Nazioni Unite, e il mantenimento dell'embargo sulle armi era ciò che i britannici chiedevano ai Dieci[16]. Gli argentini, dal canto loro, continuarono sempre a dichiarare di non comprendere perché l'Europa dei Dieci avesse dovuto adottare una posizione, peraltro contraria ad essi, su una disputa di sovranità territoriale che non li riguardava per nulla[17].

In generale, comunque, si può ritenere che la rapidità con cui i Dieci approvarono le sanzioni era in vista di produrre un'alternativa economica convincente e non un supporto alle operazioni militari[18]. Purtuttavia un risultato più squisitamente politico, quello di consolidare un profilo di politica estera "europea", nel complesso fu conseguito.

3. Rispetto alle stesse isole Falklands la Francia vantava un remoto segmento che l'aveva legata ad esse, e di cui era rimasta traccia anche nella denominazione delle stesse, sempre adoperata anche nella corrispondenza ufficiale: le "Malouines"[19].

Mitterrand si affiancò sin da subito, senza indugi e senza distinguo, alla Gran Bretagna, e rimase sostanzialmente il suo *partner* europeo più stabile. La Francia era anche, naturalmente, suo alleato nell'ambito della NATO, e, come il Regno Unito, membro permanente del Consiglio di Sicurezza. Il Presidente francese intendeva

---

13 Cfr. *European Political Cooperation: Meeting of Foreign Ministers*, Copenaghen: settembre 1982 (*Falklands/General Assembly*), e Flesher a Holmes, Londra, 24 agosto 1982, FCO 7/4875, BNA, Kew.

14 Cfr. *Secretary of State's Briefing for European Correspondents in London Falkland Islands. Policy*, FCO 7/4875, BNA, Kew.

15 *Telegram From Secretary of State Haig to the Department of State*, Ankara, 13 maggio 1982, Foreign Relations of the United States (d'ora in poi FRUS), 1981-1988, vol. XIII, "Conflict in the South Atlantic, 1981-1984", n. 258, p. 541.

16 Cfr. *The Falklands and the EC*, Londra, 20 agosto 1982, FCO 7/4875, BNA, Kew.

17 Cfr. Hervay a Fearn, L'Aja, 13 agosto 1982, FCO 7/4875, BNA, Kew.

18 Cfr. L. L. Martin, *op. cit.*, p. 158, e L. Freedman, *op. cit*., p. 503 ss.

19 Sulle vicende coloniali delle Falklands tra Francia, Spagna e Gran Bretagna in età moderna si veda: L. Freedman, *The Official History of the Falklands Campaign*, I, *The Origins of the Falklands War*, London, 2007, p. 1 ss.

dimostrare di serbare gratitudine per l'aiuto britannico dato nel secondo conflitto mondiale, sottolineare che esso non era stato dimenticato, e che il suo governo socialista era un affidabile membro dell'area occidentale[20]. Pure, nell'ambito del Ministero degli esteri francese, vi era qualche perplessità sulle relazioni con l'America latina e sulla relativa possibile estensione dell'influenza sovietica su di esse[21]. Era, questa, una preoccupazione peraltro diffusa in molti ambienti occidentali.

Naturalmente che la Francia socialista di Mitterrand appoggiasse una "guerra coloniale" fu un argomento sfruttato da molti ambienti, cominciando da quelli argentini. Proprio il desiderio di smentire chi giudicava la Francia socialista come un inaffidabile membro del campo occidentale, spinse Mitterrand a una posizione così chiara e ferma[22]. Una frazione del suo partito, tuttavia, giudicava questa guerra come una forma di "neocolonialismo" volto a rassicurare la "decadente" Gran Bretagna sulle sue capacità ancora vitali di potenza militare[23]. Il ministro della cultura Jack Lang, peraltro, pur stigmatizzando l'azione militare argentina, e professando debito e dovere di gratitudine ed alleanza nei confronti della Gran Bretagna, definiva la sua azione militare come un anacronistico atto coloniale[24].

Nello stesso periodo, inoltre, la Francia non si era preoccupata di mostrarsi anche molto dura con il Regno Unito sul problema dei prezzi agricoli, sfruttando anzi artatamente questa situazione e minacciando di aprire una crisi sulla sua natura stessa di Membro della CEE. Per questa ragione era scrupolo britannico di esserle riconoscenti, ma nello stesso tempo attenti, a che la Francia non cercasse di far maturare un eccessivo credito di gratitudine[25]. La Gran Bretagna, infatti, al termine del conflitto, si sentì sicuramente grata alla Francia per l'immediato appoggio fornito da Mitterrand, ma rimase persuasa che, se il conflitto si fosse prolungato, l'industria delle armi avrebbe di sicuro esercitato pressioni sul governo francese perché modificasse il suo incondizionato sostegno, e certo non le sfuggì che se la Francia condannò l'aggressione argentina, pure tenne sempre distinta la questione della sovranità[26].

La Francia, oltretutto, era la fornitrice degli aerei da combattimento Mirage, Super Etendards e dei missili Exocet in dotazione alle forze argentine, per cui la sua adesione all'embargo rivestiva un particolare significato militare[27]. Essa, infatti, era stata la principale fornitrice di armi all'Argentina negli ultimi cinque anni prima dell'invasione delle Falklands[28]. Parigi, tuttavia, non esitò a fornire ai britannici una

---

20 Cfr. S. Stavridis, *The Converging National Reactions (I): The Big States-France and Germany*, in S. Stavridis, C. Hill (eds.), *op. cit.*, p. 58, e L. Freedman, *The Official History*, II, cit., p. 497.

21 Cfr. L. Freedman, *The Official History*, II, cit., p. 497.

22 Cfr. Fretwell a Pym, *"Falklands French Performance"*, Parigi, 30 giugno 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew.

23 *Ibidem.*

24 Cfr. *"Falkland Islands: Views of the French Minister of Culture"*, 29 luglio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.

25 Cfr. Fretwell a Pym, *"Falklands French Performance"*, Parigi, 30 giugno 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew.

26 *Ibidem.*

27 Cfr. D. George Boyce, *The Falklands War*, New York, 2005, p. 93.

28 Cfr. E. Kolodziej, *Making and Marketing Arms: The French Experience and its Implications for the International System*, Princeton, 1987, p. 387.

serie di dettagli tecnici sulle armi vendute all'Argentina, nonché consigli ai piloti su come contrastare i Mirage[29].

Inoltre la Francia, come gli Stati Uniti, possedeva territori oltremare, come l'isola di Mayotte e come quelli nell'Oceano Indiano, nonché basi militari sparse nel mondo, e sarebbe risultato di dubbia coerenza assumere un atteggiamento critico nei confronti della Gran Bretagna e della sua "guerra coloniale"[30]. Nonostante l'apparente incongruenza, però, alcuni piccoli Paesi di recente indipendenza, come il Belize, o Trinidad e Tobago, si schierarono dalla parte britannica, pensando invece alla loro stessa incolumità rispetto ai potenti vicini[31].

Quando il 18 maggio Mitterrand si recò a Londra per l'incontro annuale anglo-francese, rimarcò l'incondizionato appoggio della Francia, rilevando come un'azione di forza, quella compiuta dall'Argentina all'origine del conflitto, non avrebbe in nessun caso potuto ricevere una qualunque forma di legittimazione[32]. La difesa del diritto internazionale e il rispetto delle risoluzioni delle Nazioni Unite rimasero comunque sempre la linea ufficiale della politica francese[33].

Ciò che fu chiaro, anche nel corso della crisi, era che Parigi si riservava di riprendere la sua libertà di posizione politica al termine delle ostilità, cioè del recupero delle isole da parte britannica. Ciò che le stava a cuore era naturalmente appoggiare un alleato e un *partner* europeo, ma sullo sfondo vi era l'ipotesi di potersi trovare un giorno nella stessa situazione, al termine della quale, però, essa avrebbe ripreso la sua libertà di azione, cioè ovviamente il recupero dei rapporti con l'America latina[34]. Come chiarì il ministro degli esteri Claude Cheysson a Pym nel settembre 1982, il quadro europeo doveva essere il contesto nel quale recuperare l'insieme delle relazioni dopo la crisi nel Sud-Atlantico. Nondimeno la Francia decise di riprendere i suoi contratti di fornitura di armamenti, sebbene in maniera prudente e progressiva[35]. Al termine delle ostilità, infatti, Parigi dispose unilateralmente di considerare decaduto l'embargo sulle armi. Questo dispiacque ai britannici che, allora, ritenevano che gli argentini non avessero per nulla messo da parte l'ipotesi di un nuovo ricorso alla forza laddove l'occasione si fosse ripresentata, naturalmente dopo aver riequipaggiato le proprie forze[36].

Al termine della crisi la Francia traeva alcune fondamentali lezioni strategiche potenzialmente riverberanti sulla politica di sicurezza europea: un Paese in via si sviluppo, come l'Argentina, era in grado di portare gravi danni a una potenza militare, come il Regno Unito. Questo significava che, grazie agli armamenti moderni, le distanze militari potevano essere significativamente ridotte. Inoltre si confermava la necessità, in termini di sicurezza nazionale e occidentale, della presenza navale

[29] Cfr. Holmes a Coles, *"Falklands: Briefing for Versailles Summit"*, Londra, 3 giugno 1982, Annex 4, France, FCO 7/4873, BNA, Kew.
[30] Cfr. Arbuthnott a Pym, Parigi, 15 luglio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.
[31] Cfr. C. Hill, *op. cit*., p. 17.
[32] Cfr. G. Edwards, *Europe and the Falkland Islands Conflict*, in S. Stavridis, C. Hill (eds.), *op. cit.*, p. 50.
[33] S. Stavridis, *op. cit.*, p. 59.
[34] Cfr. Bullard a Goodison e Ure, Londra, 5 luglio 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew.
[35] Cfr. Cheysson a Pym, Parigi, 3 settembre 1982, FCO 7/4875, BNA, Kew.
[36] Cfr. Pym, *"UK Policy on the Falklands"*, 25 agosto 1982, FCO 7/4875, BNA, Kew.

francese nell'Oceano Indiano[37]. Parigi, in ogni caso, rispettava la vittoria militare, e non vi era dubbio che la reputazione britannica ne fosse uscita molto accresciuta[38].

L'impressione definitiva britannica fu che il conflitto delle Falklands avesse certamente rafforzato le relazioni franco-britanniche, e che persino Giscard d'Estaing non avrebbe fatto quello che aveva fatto Mitterrand. La sua ferma e chiara posizione aveva consentito anche alla stessa Comunità di mantenersi abbastanza solida di fronte alla crisi, contenendo delle divergenze che, altrimenti, sarebbero potute emergere e divenire fonte di confronto[39].

4. Con la Francia la Germania Federale avrebbe esercitato il ruolo di "avanguardia europeista" a favore della Gran Bretagna, per l'intera durata della crisi del Sud-Atlantico[40]. Sullo sfondo della posizione della Germania occidentale insisteva la specialissima situazione della città di Berlino ovest e la sua tetragona politica europeista. Su tutto, però, prevalevano le considerazioni dell'offesa arrecata al diritto internazionale dall'intervento militare argentino. Essa era la prima potenza commerciale in Argentina, ma da quest'ultima traeva un volume d'affari nel complesso del tutto residuale, e che si collocava tra lo 0,4 e lo 0,5% dell'intero scambio commerciale del Paese[41].

Bonn garantì il suo supporto per tutta la durata del conflitto, aderì senza condizioni alle sanzioni e in corso d'opera s'impegnò strenuamente a mantenere l'Italia al loro interno. Tuttavia l'appoggio tedesco si indebolì dopo l'affondamento, il 2 maggio, dell'incrociatore argentino "General Belgrano", con il conseguente alto numero di vittime, nonché dopo il fallimento dei negoziati in seno alle Nazioni Unite e lo sbarco britannico sulle isole[42].

Il cancelliere Schmidt chiarì che la posizione tedesca non voleva essere una cambiale in bianco alla politica militare britannica che avrebbe comunque dovuto continuare ad essere "proporzionata". Inoltre nella Germania Federale si aveva l'impressione che, nonostante l'inequivocabile buona volontà britannica, i negoziati fossero stati abbandonati troppo presto. Il Regno Unito, tuttavia, spiegava questi distinguo con l'avversione tedesca per la guerra. Anch'essa teneva alle buone relazioni con tutta l'America latina, e comunque era preoccupata da un eccessivo prolungamento delle sanzioni economiche[43]. La Germania Federale, infatti, aveva un contratto con l'Argentina per la costruzione di quattro fregate e la prima di esse avrebbe dovuto

---

37 Cfr. Marsden a Young, Londra, 5 luglio 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew.

38 Cfr. Fretwell a Pym, *"Falklands French Performance"*, Parigi, 30 giugno 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew.

39 Cfr. Wood a Fretwell, Parigi, 7 luglio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.

40 Cfr. G. Edwards, *Europe and the Falklands Crisis 1982*, in *Journal of Common Market Studies*, 1982, p. 295 ss.

41 Cfr. E. Regelsberger, *Germany and the Falklands Conflict*, in S. Stavridis, C. Hill (eds.), *op. cit.*, p. 72.

42 Sull'episodio molto controverso dell'affondamento del "Belgrano" v. D. Rice, A. Gavshon, *The Sinking of the Belgrano*, London 1984; P. Rogers, *The Belgrano Enquiry, The Unnecessary War*, London, 1988.

43 Cfr. Holmes a Coles, *"Falklands: Briefing for Versailles Summit"*, Londra, 3 giugno 1982, Annex 5, Germany, e *"Record of Anglo-German Talks on UN Matters"*, Bonn, 1° luglio 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew.

essere consegnata entro l'anno[44]. Inoltre, dopo la resa di Port Stanley, il capoluogo delle Falklands, i tedeschi cercarono di affrettare la fine delle sanzioni economiche europee, e nel complesso la politica di Bonn ispirò nei britannici il sospetto che a volte essi privilegiassero i loro interessi anche a spese dei principi[45].

La gran parte dell'opinione pubblica tedesca e molta parte dei media, in effetti, non comprese e fondamentalmente non accettò l'uso della forza britannico come replica all'uso della forza argentino[46]. Un sondaggio condotto dal Wickert Institute di Tubinga, il 26 maggio, aveva rivelato che il 93% degli intervistati avrebbe voluto un immediato "cessate il fuoco", e che l'80% riteneva che la Germania Federale avrebbe dovuto rimanere strettamente neutrale tra Argentina e Gran Bretagna[47].

Agli occhi dell'ambasciatore britannico a Bonn, John Taylor, i tedeschi erano "pieni di complessi" e, naturalmente, uno di essi era il nazionalismo, dovuto alle note memorie del secondo conflitto. La grande carica patriottica che il Regno Unito aveva messo nelle operazioni militari di riconquista, e l'ondata nazionalista che era seguita alla vittoria, avevano sconcertato e spaventato i tedeschi, che ormai provavano ripugnanza per ogni conflitto armato[48].

Quest'attitudine dell'opinione pubblica generò persino qualche perplessità sull'affidabilità combattiva tedesca in caso di conflitto con l'Unione Sovietica, ma generalmente i diplomatici e la *leadership* politica britannici respinsero sempre con forza questo timore. Coloro che, invece, si aspettavano molto di più dai tedeschi, mettendoli nel numero degli amici, e che rimasero profondamente delusi dalla loro fedeltà alla linea europea, furono ovviamente gli argentini[49].

A differenza della Francia, come emerse nel colloquio bilaterale anglo-tedesco tra Pym e Gensher, della fine di agosto, Bonn avrebbe desiderato una posizione dei Dieci europei sull'embargo delle armi che fosse stata condivisa. D'altra parte se non si fosse raggiunta un'intesa il governo federale si sarebbe trovato in difficoltà con le aziende tedesche e argentine che avrebbero ovviamente reclamato una compensazione[50]. Nel nuovo incontro bilaterale anglo-tedesco della fine di novembre, tuttavia, Khol riaffermò ancora la necessità di mantenere un atteggiamento comune europeo nei confronti della questione delle Falklands[51].

5. La posizione dell'Italia era tra le più delicate. Essa era *partner* europeo e alleato atlantico del Regno Unito, e Paese di origine di circa la metà della popolazione

[44] Cfr. Holmes a Coles, *"Falklands: Briefing for Versailles Summit"*, Londra, 3 giugno 1982, Annex 4, France, FCO 7/4873, BNA, Kew.
[45] Cfr. Wood a Hard, Belstead, Onslow, Bullard, Wright, Giffard, Goodison, Gillmore, Ure e Hannay, Berlino, 13 luglio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.
[46] *Ibidem.*
[47] Cfr. Hunter a Wood, Bonn, 12 agosto 1982, FCO 7/4875, BNA, Kew.
[48] Cfr. Taylor a Pym, Berlino, 13 luglio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.
[49] *Ibidem.*
[50] Cfr. Pym a Paris, Rome, Washington, Copenaghen, Brussels, New York, Bonn, 31 agosto 1982, FCO 7/4875, BNA, Kew.
[51] Cfr. *"Anglo-German Summit, 28/29 November"*, FCO 7/4877, BNA, Kew.

argentina. Circa un milione di argentini avevano passaporto italiano e diritto di voto e costituivano, dunque, un importante bacino di utenza elettorale[52].

Lo scambio commerciale di natura militare tra Italia e Argentina era di tutto rispetto. L'Italia riforniva l'aeronautica argentina di aerei da caccia, gli Aermacchi MB 339, ed elicotteri, nonché le forze di terra dell'obice da 105 mm della Oto Melara, peraltro adoperato nelle operazioni militari delle Falklands[53].

Il tratto caratterizzante della posizione italiana fu il mancato rinnovo delle sanzioni. In esso giocò un ruolo prevalente la concreta possibilità di una crisi politica e di governo. Il partito socialista era fortemente determinato a non rinnovare le sanzioni e su questo minacciava una crisi di governo. L'opinione personale del Presidente del Consiglio Spadolini, tuttavia, sarebbe stata incline al rinnovo. Alla decisione non furono estranee naturalmente valutazioni di natura economica e in effetti, per esempio, accadde che la costruzione di una diga già appaltata alla Francia fosse senz'altro girata all'Italia[54]. Di particolare rilievo fu anche la considerazione che, se lo scopo delle sanzioni era stato quello di scongiurare il conflitto armato, nel momento in cui esso era scoppiato non si ravvisava più la ragione di confermarle[55].

Le sanzioni, peraltro, potevano essere considerate per un verso di dubbia efficacia, e per un altro un involontario mezzo di *escalation* del conflitto, cosa che, al di là del pericolo in sé, avrebbe potuto aprire spazi all'Unione Sovietica in America latina[56].

Allo scopo di attirare la maggior misura possibile di consenso dell'opinione pubblica italiana, l'ambasciata britannica a Roma raccomandava in patria di lavorare molto su radio e televisione per dare l'immagine del Regno Unito che si voleva dare, poiché relativamente pochi italiani leggevano i quotidiani, e questi si erano molto divisi sulla questione[57].

La *leadership* politica italiana decise di rassicurare informalmente i britannici, ma ufficialmente non si stancava dall'indicare e raccomandare la via del negoziato. Molti uomini politici italiani, quindi, espressero all'ambasciatore britannico il loro personale appoggio, nonostante la posizione ufficiale dei due principali partiti di governo, socialista e democristiano, non favorevoli al rinnovo delle sanzioni. I tre partiti più piccoli, liberale, repubblicano e socialdemocratico, non avevano deflesso dalla linea di appoggio al Regno Unito, ma le ragioni di governo avevano prevalso[58].

---

52 Sull'argomento: L. Mechi, A. Chiampan, *Des intérêts difficilement conciliables: l'Italie, l'Europe et la crise des Falkland (avril-juin 1982)*, in *Guerres mondiales et conflits contemporains*, 2012, n. 245, p. 115 ss.

53 Cfr. G. Edwards, *Europe and the Falkland Islands Conflict*, cit., p. 41.

54 Cfr. Fretwell al FCO, Parigi, 12 luglio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew. Per ulteriori dettagli sul volume di scambi economici e commerciali v. L. Mechi, A. Chiampan, *op. cit*., p. 119.

55 Cfr. L. L. Martin, *op. cit.*, p. 163.

56 Cfr. Holmes a Coles, *"Falklands: Briefing for Versailles Summit"*, Londra, 3 giugno 1982, Annex 6, Italy, FCO 7/4873, BNA, Kew.

57 Cfr. *"Italy and the Falklands"* British Embassy, Roma, 1° luglio 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew. Sul problema della guerra delle Falklands e dei media v. V. Adams, *The Media and the Falklands Campaign*, London, 1986; Y. Cohen, *Media Diplomacy: The Foreign Office in the Mass Communications Age*, London, 1986; e R. Harris, *Gotcha: The Government, Media and the Falklands Crisis*, London, 1994.

58 *Ibidem.*

Anche il Presidente della Repubblica Pertini rilasciava dichiarazioni pubbliche molto equilibrate, ma in privato si pronunciava certamente a favore della Gran Bretagna[59].

I britannici cominciarono a ritenere incomprensibile l'atteggiamento italiano per il quale qualunque problema si sarebbe potuto risolvere con il negoziato. Nella loro opinione gli italiani sembravano sempre più propensi ad aggirare gli ostacoli alla ricerca di un compromesso accettabile piuttosto che affrontarli[60]. Essi avevano una naturale tendenza al negoziato e alla mediazione, e in caso di crisi avrebbero sempre cercato una via compromissoria[61].

Gli americani cercarono di convincere gli italiani che il mancato rinnovo delle sanzioni avrebbe incoraggiato gli estremisti e scoraggiato i moderati argentini, ma la pressione degli Stati Uniti non sortì alcun effetto. Anzi i politici italiani dichiararono alla stampa che gli americani avevano cercato di esercitare una forte pressione su di loro. Dal punto di vista statunitense era stato un doppio fallimento: non erano riusciti a convincere gli italiani e tutti sapevano che avevano cercato di farlo[62]. Neanche l'intervento personale del Segretario di Stato Haig presso Colombo riuscì a produrre argomenti differenti da quelli già noti: il rischio di una crisi politica in Italia, l'*escalation* militare in atto nel Sud-Atlantico dopo l'affondamento del "General Belgrano", i milioni di argentini di origine o con passaporto italiano[63].

L'atteggiamento italiano, tuttavia, non lasciò strascichi, e il passo indietro compiuto sulle sanzioni generò perplessità e discussioni più all'interno che nei confronti del Regno Unito. Il *summit* anglo-italiano del 7 luglio 1982 si svolse in un'atmosfera del tutto cordiale. I britannici si sforzarono di dimostrare che le ragioni dell'Italia, sebbene avessero causato dispiacere, erano state comprese[64]. Essi manifestarono il desiderio che il livello delle relazioni bilaterali fosse dello stesso profilo e livello di quelle con la Francia e con la Germania Federale, e comunque, sulla scorta del precedente fornito dalla proposta Genscher-Colombo, di voler tendere a migliorare il processo decisionale della CEE in materia di politica estera[65]. Colombo si astenne dal formulare qualunque critica o commento al comportamento britannico in seguito alla riconquista delle isole, cosa che non passò inosservata, e anzi sottolineò l'interesse comune a rilanciare i rapporti della Comunità con l'America latina[66].

---

59 *Ibidem.*

60 Cfr. Holmes a Coles, *"Falklands: Briefing for Versailles Summit"*, Londra, 3 giugno 1982, Annex 6, Italy, FCO 7/4873, BNA, Kew, e cfr. L. Freedman, *The Official History*, II, cit., p. 499.

61 Cfr. *"Italy and the Falklands"* British Embassy, cit.

62 Cfr. *"Memorandum From Roger W. Fontaine and Dennis C. Blair of the National Security Council Staff to the President's Assistant for National Security Affairs (Clark)"*, Washington, 17 maggio 1982, FRUS, 1981-1988, "Conflict in the South Atlantic, 1981-1984", vol. XIII, n. 270, p. 566.

63 Cfr. *"Telegram From Secretary of State Haig to the Department of State"*, 18 maggio 1982, FRUS, 1981-1988, vol. XIII, "Conflict in the South Atlantic, 1981-1984", n. 268, p. 562. Sul punto v. anche *Message From the Embassy in Luxembourg to the White House*, Lussemburgo, 17 maggio 1982, FRUS, 1981-1988, vol. XIII, "Conflict in the South Atlantic, 1981-1984", n. 269, p. 564.

64 Cfr. *"Anglo-Italian Summit, 7 July 1982"*, Londra, 24 giugno 1982, Annex A, e *"Record of a Meeting between dr. Bauer and mr. Goodison at the Austrian Federal Ministry of Foreign Affairs at 10.00 hrs on 2 July 1982"*, FCO 7/4873, BNA, Kew.

65 Cfr. *"Anglo-Italian Summit, 7 July 1982"*, cit.

66 Cfr. Fall a Richardson, Londra, 7 luglio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.

Il Ministro degli esteri italiano si disse molto imbarazzato e infastidito dalla fine dell'embargo dichiarata unilateralmente dalla Francia che, peraltro, lo aveva colto nel mezzo del suo viaggio in America latina, cioè in Perù, Brasile e Argentina nella prima metà di agosto. In esso egli aveva voluto riaffermare il ruolo dell'Italia come ponte tra l'Occidente e l'America meridionale e inteso incoraggiare l'Argentina al ritorno alla democrazia. Gli argentini dichiararono a Colombo che essi non avrebbero rinunciato alla loro pretesa di sovranità sulle isole Falklands, perseguendo la via negoziale, ma non in modo bilaterale con la Gran Bretagna, e preferibilmente in seno alle Nazioni Unite. Su questo il capo della diplomazia italiana espresse il suo dissenso, non ritenendo, peraltro, che la posizione argentina sarebbe riuscita ad aggregare molto consenso[67].

D'altro canto, in un colloquio bilaterale del settembre tra Pym e Colombo, il Segretario agli affari esteri britannico ribadì che non si poteva praticare un accanimento negoziale, poiché negoziare con gli argentini significava negoziare solo sulla sovranità sulle isole, cioè la ragione principale per la quale il Regno Unito aveva intrapreso l'azione militare e sopportato delle perdite: il diritto di autodeterminazione degli isolani, un principio dal quale non era possibile per i britannici discostarsi[68].

6. Spagna e Irlanda erano i due Paesi europei che avevano delle dispute territoriali con la Gran Bretagna. La prima non era ancora entrata nella Comunità, ma era in predicato di compiere questo passo.

La crisi delle Falklands si produsse in un momento particolarmente critico nelle relazioni anglo-irlandesi, sfondo che certo non contribuì a stabilire una posizione condivisa. Sebbene l'opinione pubblica irlandese, fino al 2 aprile, simpatizzasse con la causa argentina di rivendicazione territoriale, dopo l'azione militare montò un'ondata di solidarietà nei confronti della Gran Bretagna, per la disapprovazione diffusa generata dall'uso della forza da parte di uno sgradevole governo militare. Il governo irlandese non ebbe esitazioni nell'approvare la risoluzione n. 502 del Consiglio di sicurezza ed ebbe solo qualche breve indugio nel votare le sanzioni della CEE[69]. Gli interessi economici tra Irlanda e Argentina, peraltro, erano di scarso volume[70].

Questo capitale di simpatia, tuttavia, cominciò a erodersi man mano che il corpo di spedizione britannico si avvicinava alle isole e procedeva alle operazioni di sbarco e di riconquista. Questo generò la perplessità sul fatto che le sanzioni, anziché contribuire a moderare e spegnere, potessero alimentare il conflitto. Così come una parte dell'opinione pubblica cominciò a ritenere le sanzioni incompatibili con lo *status* di neutralità dell'Irlanda.

L'accidentale affondamento, da parte di un sottomarino britannico, di un motopeschereccio irlandese, lo "Sharelga", il 18 aprile, e l'affondamento del "General

---

67 Cfr. Richardson a Jackson, Roma, 19 agosto 1982, e Richardson a Jackson, Roma, 12 agosto 1982, FCO 7/4875, BNA, Kew.

68 *"Secretary of State's Meeting with the Italian Foreign Minister: Tuesday 7 September"*, FCO 7/4875, BNA, Kew.

69 Cfr. Figg a Pym, *"The Falklands Crisis and Anglo-Irish Relations"*, Dublino, 22 giugno 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew.

70 Cfr. B. Tonra, *The Internal Dissenter(II): Ireland*, in S. Stavridis, C. Hill (eds.), *op. cit.*, p. 139.

Belgrano", orientarono decisamente il governo irlandese per il non rinnovo delle sanzioni. L'opinione pubblica comunque, così come la stampa, soprattutto dopo l'affondamento, il 4 maggio, del cacciatorpediniere inglese "Sheffield", sostanzialmente si divise tra i simpatizzanti della causa britannica e coloro che ne prendevano le distanze o restavano indifferenti.

Naturalmente, eccetto che per la comunità argentina di origine irlandese, di circa 300.000 persone, la vicenda delle Falklands non riguardava per nulla gli interessi irlandesi, ma, com'è noto, le relazioni anglo-irlandesi rivestivano da sempre un carattere di speciale sensibilità, sempre pronta a urticarsi una volta esposta a sollecitazioni come quella della crisi del Sud-Atlantico. Gli irlandesi, che si percepivano come l'ex-colonia originaria, erano stupiti dell'appoggio offerto alla Gran Bretagna da parte di Paesi come il Kenya, l'Uganda e la Guyana[71].

La condotta politica irlandese in seno alla CEE fu in un certo senso oscurata dalla posizione italiana, nei fatti analoga, ma, nel giudizio britannico, di gran lunga più sincera e meglio motivata[72]. Il capo del governo irlandese, Haughey, ebbe quindi una sponda ideale per poter dichiarare che l'Irlanda avrebbe confermato le sanzioni se tutti gli altri Membri europei lo avessero fatto. L'antica opinione per la quale una difficoltà britannica era un'opportunità per l'Irlanda non era per nulla sopita[73].

Anche la polarizzazione dell'opinione pubblica irlandese, però, rimaneva marcata. Il conflitto, infatti, aveva prodotto un balzo nelle domande di arruolamento degli irlandesi tra le file britanniche, come, peraltro, era accaduto nelle guerre precedenti. Ma, come nel caso dell'Italia, le ragioni di politica interna ebbero il sopravvento nella seconda fase della crisi[74].

7. Il Belgio supportò rapidamente e senza esitazioni la Gran Bretagna, e non ebbe tentennamenti in merito al rinnovo delle sanzioni, e sia Tindemans, il Ministro degli esteri, che lo stesso re Baldovino, che lo espresse direttamente all'ambasciatore britannico, non ebbero mai ripensamenti né in pubblico né in privato, così come, del resto, la gran parte della stampa e dell'opinione pubblica. Bruxelles, oltretutto, si adoperò moltissimo in seno alla CEE per il rinnovo delle sanzioni[75]. In un colloquio del settembre 1982 con Pym, Tindemans sottolineò che quello delle Falklands per il Belgio non era mai stato un problema. Esse erano isole britanniche e non c'era nulla da negoziare su questo[76].

A conflitto terminato Bruxelles raccomandò alla Gran Bretagna e all'Europa una pronta ripresa delle relazioni con l'Argentina ma, più in generale, con l'America latina, pur ammettendo che il conflitto non aveva poi significativamente danneg-

[71] Cfr. Whiteway a MacInnes, Fearn, Eyers, Fenn, Harrington e Blatherwick, *"The Falklands Crisis: Information Effort in Dublin"*, Dublino, 5 luglio 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew.
[72] Cfr. Figg a Pym, *"The Falklands Crisis and Anglo-Irish Relations"*, Dublino, 22 giugno 1982, FCO 7/4873, BNA, Kew.
[73] *Ibidem.*
[74] Cfr. B. Tonra, *op. cit*., p. 150.
[75] Cfr. Holmes a Coles, *"Falklands: Briefing for Versailles Summit"*, Londra, 3 giugno 1982, Annex 1, Belgium, FCO 7/4873, e Nott a Vreven, Londra, 12 luglio 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.
[76] Cfr. *"Secretary of State's Meeting with the Belgian Foreign Minister: Thursday 16 september 1982"*, FCO 7/4875, BNA, Kew.

giato i rapporti con essa, e non dimenticando di essere certo il Belgio, ma anche il Paese ospitante la CEE[77]. Poiché fornitore di armi leggere, poi, Bruxelles s'impegnava a mantenere l'embargo nell'esportazione delle armi in Argentina, sebbene quest'ultime non costituissero una vera preoccupazione per i britannici[78].

La Danimarca non esitò a condannare incondizionatamente l'invasione argentina. I legami con la Gran Bretagna erano antichi e preziosi. Quelli con l'Argentina sicuramente di più basso profilo, sebbene vi fosse una comunità di origine danese e lo scambio commerciale non fosse trascurabile. Essa non entrò nel merito delle ragioni sulla sovranità, ma il Ministro degli esteri Olesen dichiarò che nessun Paese poteva rivendicare un diritto con l'uso della forza. Il governo non esitò ad appoggiare la posizione della CEE, ma la reazione militare britannica, sin dalla riconquista della Georgia del Sud, il 25 aprile, raffreddò appena la posizione danese. Non poteva comunque esserci questione nell'appoggiare "un membro democratico della famiglia europea". L'unica divergenza danese si produsse su di una questione procedurale in merito alla pronuncia delle sanzioni[79].

L'Olanda, sebbene fosse perplessa sulla reazione britannica, ma condannando senz'altro l'invasione argentina, non fece mancare il proprio solido appoggio al Regno Unito nell'ambito della Comunità, così come nel contesto delle Nazioni Unite e dell'Alleanza Atlantica[80].

La solo apparentemente sorprendente posizione della Grecia, a favore della Gran Bretagna, può essere invece facilmente compresa considerando la miriade delle sue isole e, in particolare, di Cipro, nonché con i cordiali rapporti personali tra la Thatcher e Papandreou. La posizione greca fu alla fine di fiero europeismo, a dispetto di una tradizione non ortodossa in questo senso, sebbene anch'essa pronunciasse appelli alla pace e all'immediata sospensione delle ostilità[81].

8. La fiera determinazione a riscattare quella che era stata percepita come un'umiliazione nazionale, nonché ragioni di orgoglio ed amor proprio patriottico, ebbero in realtà, al di là delle inequivocabili ragioni di diritto internazionale e della volontà degli isolani di rimanere britannici, il peso prevalente nella decisione di ingaggiare un conflitto. La passione nazionale, per il bene e per il male, fu la spinta determinante all'azione militare e alla politica estera britannica. La ricerca di un punto di equilibrio e di compromesso con una politica estera "europea" rappresentò purtuttavia un evento senza precedenti nella storia della politica del "vecchio continente"[82].

---

77 Cfr. Lavers a Chase, Bruxelles, 9 agosto 1982, FCO 7/4874, BNA, Kew.

78 *Ibidem.*

79 Cfr. H. Larsen, *A Mixed Reaction: Denmark*, in S. Stavridis, C. Hill (eds.), *op. cit.*, p. 98 ss.

80 Cfr. C. Homan, *The Converging National Reactions (II): The Smaller States - Belgium, the Netherlands and Greece*, *The Netherlands and the Falklands Conflict*, in S. Stavridis, C. Hill (eds.), *op. cit.*, p. 86 ss.

81 Cfr. P. Tsakaloyannis, D. Bourantonis, *The Converging National Reactions (II): The Smaller States - Belgium, the Netherlands and Greece*, *Greece and the Falklands Conflict*, in S. Stavridis, C. Hill (eds.), *op. cit.*, p. 90 ss.

82 Sull'argomento: D. Monaghan, *The Falklands War: Myth and Countermyth*, Basingstoke, 1998.

Abstract

74 Days: The Falklands Conflict and the European Economic Community Policy

The first real test of political solidarity in building up a unified European foreign policy that was progressively taking shape after the Second World War is represented by the Anglo-Argentine conflict. For the first time the territory of a member country of the European Community was subjected to a military attack. Europe was divided between the political need to support an ally, Britain, the reluctance of public opinion opposed to the conflict, and the economic interests at stake with all the Latin America States. Overall the reaction was visibly both cohesive and consistent, also thanks to the relative brevity of the crisis.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 391-405

Gaspare Fiengo*

Quale spazio per il principio democratico nella *governance* economica europea?

Sommario: 1. Introduzione. – 2. *Soft law* e *governance* economica europea. – 3. Le complesse dinamiche interistituzionali. – 4. Sulla legittimità degli strumenti della *governance* economica europea: i difficili equilibrismi della Corte di giustizia – 5. *Segue*: la sentenza *Gauweiler*.

1. Il tema della democrazia rappresentativa nell'Unione europea assume particolare interesse nel momento in cui si accosta alla nozione di *governance* europea, e, soprattutto e più nello specifico, ai processi di *governance* economica dell'Unione[1]. Invero, la crisi della democrazia rappresentativa ingeneratasi a causa dei processi di *governance* economica dell'Unione rappresenta un'ulteriore estensione di quella già consumatasi sotto il riflettore dei più ampi processi di *governance* europea. La problematica investe inevitabilmente pure la tipologia degli strumenti regolativi della *governance* e per questo costringe a volgere lo sguardo verso la categoria concettuale del *soft law*[2], stante la prassi significativa delle istituzioni economiche europee

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa".

1 Cfr. U. Villani, *Prove tecniche di* governance *europea dell'economia*, in *www.sudineuropa.net*, dicembre 2011, p. 1 ss.; J.-V. Louis, *La nouvelle "gouvernance" économique de l'espace euro*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, 2012, p. 405 ss.; A. de Streel, *La gouvernance économique réformée*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, p. 435 ss.; F. Donati, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 337 ss.; O. Porchia (a cura di), Governance *economica europea*, Napoli, 2015; F. Fabbrini, *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford, 2016.

2 Cfr. A. Tammes, *Soft law*, in E. Radice Arbor, *Essay on international and comparative law in honour of judge Erades*, 1983, p. 187 ss.; K. C. Wellens, G. M. Borchardt, *Soft law in European Community law*, in *European Law Review*, 1989, p. 267 ss.; R. Dehousse, J. Weiler, *EPC and the Single Act: from soft law to hard law*?, in M. Holland (a cura di), *The future of European political cooperation*, London, 1991, p. 142 ss.; J. Klabbers, *Informal instruments before the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1994, p. 997 ss.; F. Snyder, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in *The Construction of Europe, Essay in Honour of Emile Noël*, 1994, p. 197; F. Beveridge, S. Nott, *A hard look at soft law*, in P. Craig, C. Harlow (a cura di), *Lawmaking in the European Union*, London, 1998, p. 285 ss.; A. D'Atena, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 592; L. Senden, *Soft law in European Community law*, Oxford, 2004; F. Ferraro, *Natura ed effetti degli atti atipici della Comunità europea*,

sempre più incline a forme di intervento informale realizzato attraverso l'utilizzo di tale tipologia di fonte del diritto dell'Unione.

Invero, l'inquadramento degli atti normativi dell'Unione europea non può prescindere da una considerazione di ordine generale in merito all'organizzazione stessa del sistema delle fonti. Concepito per consentire alle sue istituzioni, nell'esercizio delle relative competenze, di ricorrere ad un numero ristretto di strumenti, tipicamente individuati nell'art. 288 TFUE[3], esso si è in concreto manifestato tale solo per un lasso di tempo assai limitato[4]. Nel corso degli anni, infatti, il sistema normativo si è andato via via snaturando, finendo per assumere contorni indefiniti a causa dell'atteggiamento delle istituzioni, le quali sono intervenute in diversi ambiti ricorrendo ad una pluralità di differenti atti non sempre riconducibili a quelli indicati nello stesso art. 288 TFUE. Il fenomeno, senz'altro consistente, si è sviluppato a mano a mano che il processo di integrazione europea è andato progredendo. In tale contesto, tutte le istituzioni – ma fra queste, la Commissione in misura maggiore delle altre, presumibilmente in ragione del particolare ruolo che il Trattato le ha assegnato – non hanno esitato ad adottare atti non riconducibili a nessuno di quelli indicati e definiti nell'art. 288 TFUE. In tali casi, nemmeno la procedura prevista per la loro adozione è stata quella che il Trattato prescrive per l'approvazione degli atti menzionati nello stesso art. 288 TFUE.

L'indubbia interconnessione tra lo sviluppo del processo di integrazione europea e l'intensificarsi del fenomeno di cui si discorre induce a ritenere che il secondo scaturisca, almeno in linea di principio, dall'esigenza avvertita dalle istituzioni di far fronte – al meglio possibile, dal punto di vista sostanziale – ad alcuni dei molteplici e delicati problemi che occorreva risolvere nel perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea. Al fine anzidetto, il ricorso ad uno degli atti contemplati dall'art. 288 TFUE, avvalendosi delle procedure all'uopo prescritte dal Trattato[5], non veniva ritenuto funzionalmente appropriato e, da qui, spesso la scelta di adottare atti tipologicamente – oltre che dal punto di vista nominale – diversi da quelli ivi menzionati.

---

in G. Guzzetta (a cura di), *Le forme dell'azione comunitaria nella prospettiva della Costituzione europea*, Padova, 2005, p. 63 ss.; S. Lefevre, *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, 2006; G. Fiengo, *Gli atti atipici della Comunità europea*, Napoli, 2008; P. De Luca, *Gli atti atipici dell'Unione europea*, Torino, 2012.

[3] P. Mori, *Art. 288 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, II ed., 2014, p. 2249 ss.

[4] Cfr. U. Iaccarino, *Gli atti delle Comunità Europee*, Napoli, 1970; A. Bassu, *Gli atti atipici della Comunità europea e l'ordinamento comunitario*, in *Rivista giuridica sarda*, 1991, p. 889; A. Tizzano, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 57 ss.; C. Pinelli, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, *ivi*, 1999, p. 729 ss.; E. Cannizzaro, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, *ivi*, 2005, p. 651 ss.; L. Marini, *Osservazioni in tema di atti comunitari atipici*, in *Rivista di diritto europeo*, 1998, p. 517 ss.; R. Adam, *Le fonti comunitarie. Il diritto comunitario nell'ordinamento giuridico italiano*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, I, Torino, 2006, p. 42 ss.; O. Porchia, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008; P. Mori, *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea: Il diritto primario*, Torino, 2010.

[5] Cfr. P. Acconci, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 253 ss.; P. Mori, *Art. 289 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione*, cit., p. 2269 ss.

Originariamente più contenuto, il fenomeno ha assunto ormai dimensioni notevoli e un carattere talmente eterogeneo da divenire causa di grave incertezza, soprattutto in considerazione del fatto che tali strumenti non di rado sembrano produrre apparenti "regole di condotta" dalla dubbia natura giuridica. Del resto, uno scenario così composito di atti di *soft law* persuade sull'attitudine di tali misure a mostrarsi inclini ad assecondare le vorticose dinamiche messe in moto dal processo di integrazione europea, le quali evidentemente non possono essere governate unicamente sulla base di uno schema preordinato di strumenti normativi. Ciò vale, a maggior ragione, su di un terreno impervio quale quello della *governance* economica europea, realizzata attraverso una maggiore integrazione nelle politiche economiche e di bilancio di competenza degli Stati membri e che rappresenta un passaggio ulteriore all'interno della generale *governance* europea[6].

Se, in principio, è stata dedicata poca attenzione al problema, tralasciando di trattare compiutamente quegli aspetti fondamentali legati all'individuazione della precisa natura ed efficacia giuridica degli atti in questione, in un secondo momento forti preoccupazioni sono state avvertite in dottrina[7], anche stimolata dalla prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi sulla legittimità o meno di simili atti[8].

2. Il quadro della *governance* economica europea si è andato progressivamente completando e rafforzando a fronte della crisi economico-finanziaria che ha afflitto il mondo occidentale a partire dal 2008, acuitasi – in particolare per l'Europa – dal 2010[9]. Qui, l'esistenza di un'Unione monetaria ha reso maggiormente evidenti la

[6] Cfr. F. Munari, *Da* Pringle *a* Gauweiler*: i tormentati anni dell'Unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 723 ss.; J. Ziller, *L'inquadramento giuridico della governance e degli strumenti d'azione dell'Unione economica e monetaria*, in O. Porchia (a cura di), Governance *economica*, cit., p. 13 ss.

[7] Cfr. A. Tizzano, *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 830; O. Porchia*, Il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea nella governance economica europea*, *ivi*, 2013, p. 596 ss.; G. Tesauro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, *ivi*, 2013, p. 485 ss.; F. Munari, *Crisi dell'euro e crisi delle regole:* rule of law *o ragion politica? Il diritto dell'Unione europea dinanzi a nuove sfide*, in O. Porchia (a cura di), *op. cit*., p. 33 ss.

[8] In dottrina, per un approfondito esame della giurisprudenza rilevante in materia, su tutti cfr. F. Munari, *Da* Pringle *a* Gauweiler, cit., p. 723 ss. In particolare, sul caso *Pringle*, v. anche, M. Bonini, *Il "BVerfG", giudice costituzionale o "signore dei trattati"? Fondo "salva-Stati", democrazia parlamentare e rinvio pregiudiziale nella sentenza del 12 settembre 2012*, in *Rivista AIC*, 2012, p. 15; P. Craig, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in *Maastricht Journal*, 2013, p. 3 ss.; F. Martucci, *La Cour de justice face à la politique économique et monétaire: du droit avant toute chose*. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, p. 243 ss.

[9] Cfr. A. M. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 961 ss.; R. Perez, *L'azione finanziaria europea nel tempo della crisi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 1042 ss.; D. Triantafyllou, *Les plans de sauvetage de la zone Euro et la peau de chagrin*, in *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 2011, p. 195 ss.; U. Draetta, *Quale futuro per l'Eurozona e l'Unione europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 23 ss.; G. M. Ruotolo, *La costituzione economica europea al tempo della crisi globale*, *ivi*, 2012, p. 432 ss.; M. P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Rivista italiana*

fragilità e l'interdipendenza delle economie degli Stati membri e la conseguente necessità di introdurre un sistema di coordinamento, sorveglianza e correzione delle politiche economiche e di bilancio più stringente.

Per questa ragione, la *governance* economica europea è andata implementandosi attraverso varie fonti di diritto internazionale, di diritto dell'Unione e di *soft law*. Questa diversità di fonti, se da un lato rappresenta il riflesso condizionato dell'originaria impronta funzionalista della Comunità europea e della sempre presente tensione tra anima intergovernativa e sovranazionale dell'Unione, dall'altro lato, ne riflette la crisi di identità[10]. In sintesi, la maggiore integrazione economica e di bilancio realizzatasi attraverso i meccanismi della *governance* economica europea rispecchia le difficoltà di inquadramento e qualificazione che, sin dall'origine, hanno connotato il processo di integrazione europea, non da ultimo il sempre lamentato *deficit* democratico[11].

Mette conto di rimarcare, infatti, che i nuovi processi decisionali su cui si basa la *governance* economica europea soffrono di rigidità, macchinosità e vischiosità e di una assai debole legittimazione democratica. Questo stato di cose è il risultato, tra l'altro, dell'improvvisazione con cui i principali strumenti sono stati adottati nel contesto della crisi dei debiti sovrani, che da un lato ha richiesto risposte molto rapide e dall'altro ha chiamato ad una reinterpretazione di alcune norme di base dell'UEM.

Prendendo le mosse proprio dalla questione dei processi decisionali, vale in questa sede ricordare che in principio gli strumenti di coordinamento delle politiche economiche hanno carattere *soft* in quanto basati su una competenza assai debole[12]. Tuttavia, nel corso della crisi essi sono stati arricchiti da forme di coordinamento rafforzate per i Paesi dell'area euro, basate in particolare sull'art. 136 TFUE, eventualmente in combinazione con altre basi giuridiche. Innanzitutto,

---

di diritto pubblico comunitario, 2013, p. 2 ss.; P. Tsoukala, *Euro Zone Crisis Management and the New Social Europe*, in *Columbia Journal of European Law*, 2013, p. 31 ss.; S. Montaldo, *L'ordine pubblico economico europeo e gli interessi economici degli Stati membri alla prova della crisi*, in O. Porchia (a cura di), *op. cit*., p. 57 ss.

[10] Cfr. F. Martucci, *Objectifs et compétences en Union économique et monétaire. Réflexions sur l'objectif de stabilité des prix*, in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 87 ss.; F. Munari, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 745; R. Streinz, *The Limits of Legal Regulation – Will the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union Have a Real Legal Effect?*, in P. M. Huber, W. G. Ringe (dir.), *Legal Challenges in the Global Financial Crisis*, Oxford, 2013, p. 239 ss.; A. Laget-Annamayer, J.-M. Sorel, *Le meccano de l'euro: les multiples contraintes d'une monnaie pas comme les autres*, in *Revue Général de Droit International Public*, 2013, p. 871 ss; J. Ziller, *op. cit*., p. 13 ss.

[11] Cfr. F. Donati, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 337 ss.; A. Maurer, *From EMU to DEMU: The Democratic Legitimacy of the EU and the European Parliament*, in *IAI Working Papers*, 2013, reperibile in www.iai.it.; A. Oddenino, *Sovranità monetaria, ruolo della BCE e principio democratico nell'UE*, in O. Porchia (a cura di), *op. cit*., p. 81 ss.; F. Munari, *Crisi dell'euro*, cit., p. 33 ss.

[12] Basti ricordare, a titolo esemplificativo la comunicazione, del 30 giugno 2010, rafforzare il coordinamento delle politiche economiche per la stabilità, la crescita e l'occupazione – Gli strumenti per rafforzare la governance economica dell'UE, COM(2010)367 def.; la comunicazione della Commissione, del 12 maggio 2010, rafforzare il coordinamento delle politiche economiche,COM(2010)250 def.

occorre ricordare che l'art. 136 TFUE istituisce una sorta di cooperazione rafforzata speciale tra gli Stati dell'area euro per il "coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio" e l'elaborazione di "orientamenti di politica economica". Nel corso della crisi, è stata tra l'altro introdotta una nuova procedura di sorveglianza – *Macroeconomic Imbalance Procedure* (MIP) –, nonché una forma di coordinamento delle decisioni di bilancio con calendario comune e basata su una varietà di atti, taluni di *soft law*, altri di *hard law*: il *semestre europeo*. In aggiunta, le regole di disciplina finanziaria sono state irrigidite. Risulta poi singolare che anche al di fuori del sistema dell'UE – ma in parte ribadendo norme che nel frattempo erano state introdotte nell'ordinamento dell'Unione –, sono state dettate regole riguardanti il comportamento degli Stati membri nell'ambito di talune procedure decisionali nel contesto dell'UEM, in particolare nell'ottica di favorire l'adozione da parte del Consiglio delle sanzioni proposte dalla Commissione nell'ambito della procedura per deficit eccessivi. Tale risultato è stato perseguito col c.d. *Fiscal Compact*, ovvero *Trattato per la stabilità, il coordinamento e la* governance *dell'Unione economica e monetaria* – il cui *cuore* è in realtà costituito da una serie di regole volte all'irrigidimento della disciplina di bilancio. È in effetti piuttosto bizzarra la scelta degli Stati membri di prendere impegni riguardanti il proprio comportamento nell'ambito delle procedure decisionali dell'UE con uno strumento formalmente estraneo a quell'ordinamento giuridico. È altrettanto inconsueto che gli Stati firmatari si siano impegnati a dare attuazione nel proprio ordinamento alle regole di disciplina fiscale contenute nel *Fiscal Compact* con disposizioni preferibilmente di carattere costituzionale. Sembra questo un *modus operandi* che lascia trasparire la volontà di aggirare il diritto dell'UE e dei canali attraverso cui esso ordinariamente viene recepito a livello nazionale (da tener presente però che Regno Unito e Repubblica ceca non hanno sottoscritto l'accordo, quindi allo stato non era possibile utilizzare mezzi *ordinari* di diritto dell'UE, salvo che, come detto nel testo, talune delle regole del *Fiscal Compact* esistevano già nell'ordinamento dell'Unione). Attraverso fonti di diritto derivato europeo, sono stati adottati sei strumenti legislativi (il c.d. *Six Pack*), in particolare cinque regolamenti ed una direttiva[13], con lo scopo di rendere più rigorosa sia la fase preventiva di coordinamento e sorveglianza delle politiche economiche che quella correttiva dei deficit eccessivi, introducendo, per la prima volta, un sistema di sorveglianza e correzione degli sbilanci macroeconomici; da ultimo, nel 2013 – ma lo scenario è in continua evoluzione – sono stati adottati due ulteriori

[13] Regolamenti (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011: n. 1173/2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro; n. 1174/2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro; 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; n. 1176/2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici; nonché regolamento n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 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; direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri. Tali atti legislativi sono andati ulteriormente a rafforzare i meccanismi preventivi di sorveglianza e quelli correttivi contemplati nei regolamenti (CE) n. 1466 e n. 1467 del 1997 che traducevano formalmente il Patto di Stabilità e Crescita previsto dalla risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam del 17 giugno 1997.

regolamenti (il c.d. *Two Pack*)[14], con efficacia limitata alla zona Euro, che implementano quanto in parte già disposto dal Trattato sul *Fiscal Compact*, rendendo più rigoroso il coordinamento delle politiche fiscali e di bilancio e la sorveglianza sui Paesi che hanno ottenuto aiuti finanziari[15].

Altri strumenti, di *soft law*, meno celebri e probabilmente meno controversi, vanno inoltre qui ricordati, come la Strategia di Lisbona 2020 per la crescita ed il lavoro adottato nel 2010 in seno al Consiglio europeo da ventitré Stati membri dell'Unione (con l'esclusione della Repubblica Ceca, del Regno Unito, dell'Ungheria e della Svezia) ed il Patto Euro Plus. In particolare, quest'ultimo fu proposto dall'Eurosummit – cioè dal consesso dei Capi di Stato o di governo dei Paesi dell'area euro – ed adottato dal Consiglio europeo del 20 aprile 2011. Il Patto Euro Plus contiene impegni di natura politica sottoscritti dai Capi di Stato o di governo dei Paesi dell'area euro e da quelli di Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia e Romania. Pur trattandosi di uno strumento di *soft law* e nel quale il rispetto degli impegni assunti è rimesso alla vigilanza tra pari, esso introduce nuove procedure, nuovi indici per il controllo del rispetto di tali impegni e nuove scadenze che si affiancano a quelle legate alle altre procedure di coordinamento. Considerando, inoltre, che si tratta di uno strumento a cui hanno aderito solo alcuni degli Stati dell'UE, il quadro complessivo delle forme di coordinamento istituite diviene sempre più complesso e articolato. L'aver qui ricordato il Patto Euro Plus, ed il fatto che esso fu proposto dall'Eurosummit e adottato dal Consiglio europeo, induce a considerare un altro importante aspetto del modo in cui le decisioni fondamentali sono state adottate nel contesto dell'elaborazione di risposte alla crisi economico-finanziaria. Si è detto decisioni fondamentali e si intendono anche quelle, si badi bene, non tradottesi poi soltanto in atti di *soft law*, ma anche in atti vincolanti, o che comunque hanno dato un'impronta a profonde trasformazioni dell'ordinamento dell'UE. A fronte dell'esiguità ed inconsistenza di competenze dell'UE e della insufficienza del livello nazionale a far fronte alla crisi, si è andata consolidando una posizione dominante dei consessi intergovernativi nell'assunzione delle maggiori decisioni, a cui hanno fatto seguito azioni degli Stati membri e/o delle istituzioni dell'UE. Queste ultime in più di un'occasione hanno agito al di fuori del quadro giuridico dei Trattati istitutivi, destando perplessità riguardo ad un abbandono di fatto, in molti contesti, del *metodo comunitario* e del rispetto sostanziale del principio democratico.

3. Da quanto finora descritto emerge un quadro in cui la disciplina dei processi decisionali appare frastagliata e ricostruibile solo con una certa difficoltà. Di ciò risentono anche i processi decisionali a livello nazionale, in particolare quelli riguardanti le scelte di bilancio, stanti, da un lato, la necessità di inserirli nel circuito del

[14] Regolamenti (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013: n. 472/2013 sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria; e n. 473/2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro.

[15] Cfr. F. Martucci, *Six Pack, two Pack, TSCG: la discipline budgétaire au service de la stabilité financière dans l'Union monétaire*, in R. Hertzog et al. (dir.), *La crise financière et budgétaire en Europe*, Nancy, 2013, p. 154 ss.

semestre europeo, e, dall'altro, di allineamento alle priorità stabilite in tale contesto (ciò che avviene non senza difficoltà e con non poche ambiguità). D'altro canto, la ricostruzione delle competenze esercitabili dagli Stati membri, da un lato, e dall'UE, dall'altro, diviene opera sempre più difficile. All'indefinitezza e debolezza delle competenze UE in questo campo fa infatti da contraltare un loro arricchimento in via di prassi che sarebbe stato difficilmente prevedibile prima dell'esplosione della crisi finanziaria.

Sotto il profilo dell'equilibrio istituzionale europeo, la *governance* economica ha comportato alcune modifiche[16]. Risulta per certi versi rinforzata la componente sovranazionale, attraverso il ruolo assegnato alla Commissione e attraverso l'introduzione della maggioranza qualificata inversa per alcune delibere del Consiglio adottate su proposta della Commissione, tra cui l'irrogazione di sanzioni amministrative (sotto forma di depositi fruttiferi o infruttiferi o ammende) e l'approvazione delle raccomandazioni nella procedura per squilibri macroeconomici eccessivi.

Oltre al ruolo della Commissione ne escono rafforzati lo stesso Consiglio, l'Eurogruppo e il Vertice Euro creato dall'art. 12 del *Fiscal Compact*, mentre il ruolo del Parlamento europeo trova sviluppo nell'ambito del dialogo economico con le altre istituzioni europee (attraverso audizioni e dibattiti presso la commissione competente dei presidenti di Consiglio, Commissione, Consiglio europeo ed Eurogruppo), nella possibilità di interloquire con lo Stato membro destinatario di raccomandazioni, nell'essere destinatario di flussi informativi da parte delle altre istituzioni, nell'essere perno della cooperazione interparlamentare nell'Eurozona.

Quanto ai contenuti, la *governance* economica europea può essere scomposta in una parte di puro coordinamento, costituita da indirizzi di massima e raccomandazioni che lasciano aperta una certa discrezionalità decisionale degli Stati membri nella scelta delle politiche economiche e di bilancio da adottare; ed una parte che imbriglia maggiormente quest'ultime all'interno di parametri finanziari ed indicatori economici, il cui mancato rispetto può comportare l'irrogazione di sanzioni e che cerca di rendere più obiettivi e uniformi i dati contabili e statistici dei singoli Paesi per favorirne un attendibile confronto e verifica in sede europea.

Il coordinamento delle politiche economiche interviene nel corso del semestre europeo e segue le procedure tipiche del metodo aperto di coordinamento. In questa fase (*preventiva*) gli indirizzi di massima elaborati da Consiglio e Consiglio europeo su raccomandazione della Commissione (art. 121, par. 2, TFUE) e gli orientamenti in materia di occupazione (elaborati dal Consiglio seguendo le conclusioni del Consiglio europeo e su proposta della Commissione, oltre che previa acquisizione dei pareri previsti dall'art. 148, par. 2, TFUE) devono essere presi in considerazione dagli Stati membri nei Programmi di stabilità o di convergenza e nel Piano nazionale delle riforme che sono presentati al Consiglio ed alla Commissione entro aprile di ogni anno.

Alla sorveglianza preventiva può far seguito la fase successiva e correttiva degli squilibri. Quanto al mancato rispetto delle regole finanziarie relative a *deficit* e debito, il Consiglio su proposta della Commissione decide se esiste un disavanzo eccessivo (art. 126, par. 6, TFUE) ed avvia la relativa procedura che comporta la

[16] Cfr. J. Ziller, *op. cit*., p. 13 ss.

presentazione di un *programma di partenariato economico* da parte dello Stato alla Commissione ed al Consiglio (art. 9, regolamento 473/2013). La violazione delle raccomandazioni rivolte allo Stato membro dal Consiglio su raccomandazione della Commissione nell'ambito della procedura per disavanzo eccessivo può comportare l'applicazione di misure sanzionatorie (art. 126, paragrafi 9-11, TFUE). Quanto, invece, alla valutazione degli squilibri macroeconomici, se la Commissione li reputa eccessivi il Consiglio, su sua raccomandazione, adotta, a sua volta, una raccomandazione che accerta l'esistenza dello squilibrio macroeconomico eccessivo (art. 7, par. 2, regolamento 1176/2011) ed impone allo Stato membro di presentare a Commissione e Consiglio un *piano d'azione correttivo* (art. 8, regolamento 1176/2011).

La previsione di sanzioni, nella fase correttiva degli squilibri finanziari e macroeconomici, introduce un elemento spurio nella *soft law* che solitamente qualifica i processi di *governance*; al contrario, il programma di partenariato economico, così come il piano d'azione correttivo, introducono modalità contrattuali (tra Stato membro, Commissione e Consiglio) ben note nei processi di *governance*.

In definitiva, questo quadro dominato da una serrata tempistica e da un massimo rendimento in termini di risultati da perseguire mal si concilia con la discrezionalità politica e le esigenze dibattimentali dei Parlamenti nazionali e, per converso, incrina ulteriormente i connotati tipici della democrazia rappresentativa e della legittimazione democratica.

Se già la *governance* europea disorienta chi è abituato a ragionare seguendo le categorie tradizionali del diritto interno, maggiore difficoltà si avverte a fronte dei processi di *governance* economica europea. Quest'ultima comporta, nella sostanza, non solo una programmazione economica e di bilancio eterodiretta a livello europeo, ma altresì incapsulata all'interno di *benchmarks* ed indicatori che, seguendo l'indirizzo insistentemente sollecitato dai Bollettini mensili della BCE, tendono ad essere applicati in modo sempre più automatico, erodendo progressivamente lo spazio della discrezionalità politica. Così, la *governance* economica europea oltre a replicare, anche se in un ambito specifico (quello economico e di bilancio, appunto), il ridimensionamento che la *governance* europea ha prodotto soprattutto sul ruolo dei Parlamenti nazionali, aggiunge un giro di vite alla discrezionalità politica di quest'ultimi, incrinandola ulteriormente attraverso indicatori e parametri numerici oggettivi che, nell'ordinamento interno, contribuiscono a ridurre l'elasticità dell'equilibrio finanziario. La forza dei numeri elaborati dalle scienze economiche, finanziarie e statistiche e mutuati all'interno delle procedure di sorveglianza e correzione finisce per sovrastare i Parlamenti nazionali ai quali sono presentati sotto forma di una serie di complesse interdipendenze ed inevitabilità da accettare quale conto da pagare per potere uscire dalla crisi economico-finanziaria.

A fronte di questo inesorabile scenario risulta tuttavia riscontrabile che, analogamente a quanto accaduto nei più generali processi di *governance* europea, anche nello specifico ambito della *governance* economica, l'ordinamento europeo è andato sviluppando una certa sensibilità verso i parlamenti nazionali, attraverso l'apertura di collegamenti diretti con la Commissione europea.

In particolare, l'esigenza di coinvolgere i Parlamenti nazionali nella *governance* economica è stata recepita per la prima volta dall'art. 13 del Trattato sulla stabilità,

sul coordinamento e sulla *governance* nell'UEM (di seguito TSCG) che prevede l'instaurarsi di una cooperazione interparlamentare[17], quale strumento essenziale per la democratizzazione delle relative procedure. Anche il *Two Pack*, insinuandosi nella breccia aperta dall'art. 13 TSCG ha, a sua volta, riservato un occhio di ulteriore riguardo verso i Parlamenti nazionali e, andando oltre la cooperazione interparlamentare, ha previsto canali comunicativi diretti con la Commissione europea.

Pertanto, in coerenza con la traiettoria già percorsa da altre disposizioni dell'ordinamento europeo, anche nella *governance* economica europea si è, dapprima, posto l'accento sulla cooperazione interparlamentare, per istituire, poi, un dialogo diretto tra i Parlamenti nazionali e la Commissione europea. Ciò, anche attraverso un *modus operandi* inedito, sul piano squisitamente giuridico, quello cioè della c.d. "relazione dei 5 Presidenti" (ossia il presidente della Commissione, il presidente del Vertice euro, il presidente dell'Eurogruppo, il presidente della Banca centrale europea e il presidente del Parlamento europeo), al cui punto 5 – rubricato "controllo democratico, legittimità e rafforzamento istituzionale" – si illustrano le principali tappe necessarie per completare l'UEM al più tardi entro il 2025, ponendo l'enfasi non solo sulla necessità di rilanciare la competitività e la convergenza strutturale, completare l'Unione finanziaria, attuare e mantenere politiche di bilancio responsabili a livello sia nazionale che di zona euro, ma anche sulla necessità di rafforzare il controllo democratico.

4. Nel paragrafo che precede si è dato conto tanto delle regole contenute nel TUE e nel TFUE riguardo alle questioni economiche e monetarie, quanto e soprattutto delle "altre" norme affrettatamente concepite nella fase acuta dell'emergenza della crisi dell'euro. Queste ultime, per loro natura, hanno comportato l'uscita, almeno parziale, dal sistema costituzionale dell'Unione europea: i Trattati *Fiscal Compact* e MES sono infatti, notoriamente, esterni ai Trattati UE e FUE[18]. Inoltre, il contenuto di queste regole, almeno per quanto valgono i comportamenti degli Stati interessati, ma anche delle stesse istituzioni, risulta tuttora assai poco sedimentato: ciò è dimostrato da reiterate richieste di modificare queste regole, nell'ottica dichiarata di una loro rilettura, implicante una rinegoziazione dei loro contenuti, ipotesi peraltro che progressivamente sta maturando in un crescente numero di Stati membri e istituzioni europee. Ancora, e forse soprattutto, perché gli effetti ultimi di questo nuovo assetto dell'Unione e dell'UEM sono tuttora alquanto incerti e forse non così lineari.

In particolare, a fronte di una assenza di previsioni normative per un intervento a sostegno dei bilanci nazionali da parte della BCE in caso di crisi, vi è nel TFUE una chiara opzione di principio a favore della competenza delle istituzioni politiche

[17] L'art. 13 TSCG, dispone: "il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali delle parti contraenti definiranno insieme l'organizzazione e la promozione di una conferenza dei rappresentanti delle pertinenti commissioni del Parlamento europeo e dei rappresentanti delle pertinenti commissioni dei parlamenti nazionali ai fini della discussione delle politiche di bilancio e di altre questioni rientranti nell'ambito di applicazione del presente trattato". Cfr. R. Baratta, *Legal Issue of the Fiscal Compact – Searching for a mature democratic governance of the euro*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 647 ss.; L. S. Rossi, *Fiscal Compact e Trattato sul meccanismo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, *ivi*, p. 293 ss.

[18] Cfr. J. Ziller, *op. cit*., p. 13 ss.

– Consiglio *in primis* – tanto nella gestione delle crisi (articoli 122 e 136 TFUE)[19], quanto nella sorveglianza sui bilanci nazionali (articoli 121 e 126 TFUE[20], più tutti i regolamenti che nel tempo si sono succeduti a completamento del Patto di stabilità e di crescita[21], da ultimo il c.d. 6+2 *Pack*). In tutte queste previsioni normative dal carattere marcatamente intergovernativo – come tutto il capitolo macroeconomico del TFUE – la responsabilità ultima delle deliberazioni è in capo al Consiglio ed al Consiglio europeo, mentre i poteri di vigilanza sui bilanci nazionali appartengono alla Commissione. La Banca centrale europea gode, invece, di un margine d'azione precisamente circoscritto e le si richiede di motivare la propria attività come funzionale all'obiettivo della stabilità dei prezzi. La prassi dimostra come essa l'abbia sfruttato al massimo, interpretando, in senso estensivo, le norme che ne precisavano la portata. Ma di ciò si darà conto diffusamente più avanti.

Al di là di ogni considerazione sulla carenza di legittimazione democratica del sistema, ormai è chiaro a tutti che l'ordinamento si è evoluto nel senso che quelle norme sul coordinamento delle politiche economiche, di cui al sistema UEM, hanno un ambito di applicazione fino a quando la situazione si mantiene stabile e non sconfina in una crisi. Quando uno Stato membro si trova invece a dover accedere a forme di assistenza finanziaria, si esce dall'UEM e si entra in un differente sistema che mette in moto meccanismi che di fatto limitano fortemente la sovranità di quello Stato membro.

Quanto finora detto, seppur con sfumature differenti, trova conferma pure nelle due più significative pronunce – *Pringle*[22] e *Gauweiler*[23] – in cui la Corte di giustizia dell'Unione è stata chiamata a misurarsi con lo spinoso tema della legittimità degli strumenti normativi in questione[24]. A dire il vero, se ai giudici di Lussemburgo si

[19] Recita l'art. 122, par. 2, TFUE: "Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa". A tale previsione si aggiunge quella concordata in sede di Consiglio europeo il 16 dicembre 2010, ovvero un terzo paragrafo aggiunto all'art. 136 TFUE, che recita: "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. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità".

[20] Il primo dei due articoli è il cardine del coordinamento delle politiche economiche nell'Unione e nell'eurozona, prevede l'adozione annuale degli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione e la possibilità di indirizzare raccomandazioni a quegli Stati che se ne discostano, il secondo prevede il divieto di *deficit* e debiti eccessivi e tutti i passaggi essenziali che consentono di sanzionare quegli Stati che vengono meno a tali previsioni. Protagonista assoluto delle due disposizioni di carattere fortemente intergovernativo è il Consiglio, che delibera senza la partecipazione del Parlamento su documenti predisposti dalla Commissione, i paragrafi finali di entrambi contengono le basi giuridiche su cui si è edificato il Patto di stabilità.

[21] Dapprima i regolamenti (CE) n. 1466/97 e n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, poi emendati dai regolamenti (CE) n. 1055/2005 e n. 1056/2005 del Consiglio, del 27 giugno 2005.

[22] Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle* c. *Irlanda* e *a*.

[23] Sentenza della Corte di giustizia del 10 giugno 2015, in causa C-62/14, *Gauweiler* e *a*.

[24] Cfr. P. Craig, *op. cit.*, p. 3 ss.; F. Martucci, *La Cour de justice face à la politique*, cit. p. 243 ss.; F. Munari, *Da* Pringle *a* Gauweiler, cit., p. 723 ss.

chiedeva di inerpicarsi su di un terreno non propriamente congeniale, dovendo rintracciare soluzioni che fuoriescono largamente dalla sfera del diritto, alcune forzature di ordine giuridico imposte al fine di confermare la legittimità degli strumenti normativi coi quali si era concepito il salvataggio dell'UEM e della stessa Unione europea, possono considerarsi ampiamente giustificate.

In ambedue i casi, infatti, si trattava di acquisti di titoli di Stato sui mercati secondari subordinatamente al rispetto di un programma di aggiustamento macroeconomico, potendosi sostanzialmente rilevare identità, di fatto, del programma di operazioni di mercato aperto (le c.d. *outright monetary transactions*[25], in seguito OMT) con l'attività del MES, eccezion fatta per la distinzione – puntualmente rilevata e sottolineata dalla Corte – che un programma OMT può essere attuato soltanto nella misura necessaria al mantenimento della stabilità dei prezzi, mentre quello del MES mira invece a preservare la stabilità della zona euro, obiettivo quest'ultimo che non rientra nella politica monetaria.

Nella prima delle due pronunce passate in rassegna, nel caso *Pringle*, la Corte giunge implicitamente ad escludere che il MES possa considerarsi il meccanismo di stabilità di cui all'art. 136, par. 3, TFUE, qualificandolo anzi come estraneo alla UEM[26]. Questo approdo investe il generale tema delle competenze esterne degli Stati membri, e in particolare sulla loro facoltà di concludere, al di fuori del sistema dell'Unione, accordi internazionali *inter se* vertenti su materie già disciplinate dal diritto UE[27]. Seppur non proprio in linea rispetto alla teoria del parallelismo delle competenze interne ed esterne affermato nella sua celebre sentenza *AETS*, la Corte al fine di impedire che il MES fosse colpito dalla censura di invalidità per essere venuto in essere in violazione delle competenze dell'Unione, è costretta a riconoscere la competenza a stipulare accordi internazionali tra Stati membri sovrapponibili a competenze dell'Unione ma esterni ad essa, a condizione che gli obblighi scaturenti da tali accordi rispettino il diritto UE.

In estrema sintesi, la Corte finisce per delineare due livelli paralleli ed interdipendenti, uno interno all'UEM, l'altro esterno ad essa, ambedue compatibili e suscettibili di coesistere senza modificare l'assetto delle competenze dell'Unione né tantomeno quelle degli Stati membri, restando il sistema MES comunque e neces-

---

[25] Cfr. T. Beukers, *The Bundesverfassungsgericht Preliminary Reference on the OMT Program: In the ECB We Do Not Trust. What About You?*, in *German Law Journal*, 2014, p. 341 ss.

[26] Per un commento alla sentenza *Pringle*, in dottrina, cfr. D. Thym, M. Wendel, *Préserver le respect du droit dans la crise: la Cour de Justice, le MES et le mythe du déclin de la communauté de droit*, in *Cahiers de droit européen*, 2012, p. 733 ss.; E. Chiti, *Il Meccanismo europeo di stabilità al vaglio della Corte di giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 148 ss.; B. De Witte, T. Beukers, *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 805; E. Gambaro, F. Mazzocchi, *Le regole dell'Unione europea alla prova della crisi dei debiti sovrani: il caso Pringle*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 545 ss; P. Mengozzi, *Il trattato sul Meccanismo di stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Pringle*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 129 ss.; M. Nettesheim, *Europarechtskonformität des Europäischen Stabilitätsmechanismus*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, p. 14 ss.; P. A. Van Malleghem, *Pringle: A paradigm shift in the European Union's monetary constitution*, in *German Law Journal*, 2013, p. 141 ss.

[27] In tal senso, v. J. Ziller, *op. cit*., p. 13 ss.

sariamente coerente con le norme UE e non potendo gli Stati membri assumere obblighi contrastanti con queste.

5. Più di recente, ad analoga conclusione pervengono i giudici di Lussemburgo, *mutatis mutandis*, anche nel caso *Gauweiler*, in relazione a quanto anticipato in merito al margine d'azione circoscritto della BCE ed alla sua prassi volta ad interpretare estensivamente le norme che ne precisano la portata[28].

Come del resto testimonia la posizione pubblicamente sostenuta dal Presidente Draghi, la BCE gode di ampia discrezionalità nell'interpretare il mandato affidatole dal Trattato a garantire la stabilità dei prezzi e nel fare "whatever it takes" per garantirla. In gravi momenti di crisi, la sopravvivenza della moneta e la stabilità finanziaria dell'area monetaria vanno perseguite anche mediante ricorso a misure straordinarie e non convenzionali di politica monetaria, in quanto precondizioni alla stabilità dei prezzi. Ciò, in particolare, è avvenuto nella fase più acuta della crisi dei debiti sovrani, quando il Consiglio direttivo della BCE deliberava il varo del programma OMT, ovvero operazioni definitive monetarie, di fatto operazioni di acquisto, potenzialmente illimitato, di titoli di debito pubblico di Paesi dell'area euro in difficoltà, pronte a scattare in caso di richiesta da parte degli Stati.

In risposta ad una feroce polemica già in atto, l'istituto di emissione si preoccupava poi di spiegare la legittimità del proprio intervento e specificamente la sua compatibilità con l'art. 123 TFUE, che vieta il ricorso al finanziamento monetario del debito pubblico. Certo, l'acquisto dei titoli sul mercato secondario avrebbe potuto costituire un modo fin troppo semplice per aggirare tale divieto, tuttavia l'argomento sostanziale impiegato dalla Banca faceva perno sulla non contraddittorietà con lo spirito della norma stessa, finalizzata a evitare deviazioni politiche dall'obiettivo, come eventuali compromessi sull'indipendenza della BCE stessa o l'allentamento della disciplina di bilancio da parte degli Stati (ovvero il facile ricorso all'emissione di titoli di debito).

Tuttavia, la natura della misura, la sua atipicità, la sua dubbia compatibilità con la lettera del Trattato e la natura potenzialmente illimitata dell'intervento, aggiunte all'effetto-sorpresa, erano tali da rinfocolare le peggiori paure, soprattutto tedesche, e poco importa che la funzione del programma OMT si esaurisse all'epoca nell'effetto-annuncio – già di per sé sufficiente a ridurre lo *spread* – e la BCE non ne adottasse nemmeno la normativa di attuazione.

Nonostante le rassicurazioni della BCE, si alimentavano sempre più forti preoccupazioni sul fatto che l'acquisto di titoli di debito pubblico di Paesi in crisi tendesse a configurarsi come un tentativo surrettizio di comunitarizzazione del debito pubblico, un'acquisizione da parte dell'istituto di emissione del ruolo di prestatore di ultima istanza – non previsto dai Trattati – ed un rischio di contagio delle crisi attraverso la politica monetaria europea. Di qui, il rinvio pregiudiziale – il primo rinvio pregiudiziale inoltrato dalla Corte costituzionale tedesca alla Corte di giustizia

[28] Cfr. E. Denninger, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 261 ss.; nonché A. De Petris, *Un rinvio pregiudiziale sotto condizione? L'ordinanza del Tribunale Costituzionale Federale sulle Outright Monetary Transactions*, in *federalismi.it*, n. 4/2014; A. Di Martino, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, *ivi*.

dell'Unione europea – circa la legittimità del programma OMT proposto dalla BCE e la competenza di quest'ultima ad adottarlo. Si tratta dell'ultimo atto di un conflitto ideologico tra l'approccio più flessibile della BCE alla stabilità monetaria e una visione più rigida, dominante in Germania[29], che dalla dottrina economica tracima nella politica e ha determinato in passato ripetuti avvertimenti della Corte costituzionale tedesca e difficili equilibrismi della Corte di giustizia. Inoltre, la diretta contrapposizione tra un'istituzione europea e il giudice supremo di uno degli Stati membri è inedita nella storia del diritto dell'Unione europea, e in qualche modo infligge uno strappo profondo anche al principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, principio che naturalmente, dal punto di vista del Bundesverfassungsgericht, sarebbe la BCE a violare[30]. Sebbene la sentenza *Gauweiler* abbia legittimato il programma di OMT della BCE, pare indubitabile che, nello sforzo di salvaguardare l'UEM, gli stessi principi su cui si è costruito l'ordinamento dell'Unione in tutti questi decenni risultino in qualche misura indeboliti. Tuttavia, al di là dell'esito, le motivazioni della sentenza fanno propendere per una lettura della pronuncia nel senso che la Corte abbia coraggiosamente voluto fornire indicazioni di sistema e nel contempo abbia voluto porre un freno, forse definitivo – quantomeno dal proprio punto di vista – ai ripetuti tentativi di delegittimare e indebolire la BCE, e cioè l'istituzione che in questi anni si è maggiormente onerata del salvataggio dell'euro e dell'Unione, nella paralisi politica (e, anche giuridica) caratterizzante l'azione degli Stati membri.

Più in dettaglio, la Corte ha risposto, punto per punto, a tutti i quesiti postile dal giudice delle leggi tedesco, tracciando una linea di difesa strutturale sull'operato del SEBC, partendo innanzitutto dalla precisazione che non è consentito un sindacato giurisdizionale "forte" sulle iniziative assunte dal SEBC e dalla BCE, posta la loro assoluta autonomia e indipendenza rispetto a qualsiasi tipo di pressione politica, e quindi l'ampio margine di discrezionalità del quale esse godono quali soggetti cui spettano decisioni di natura tecnica. L'unico limite che essi incontrano nello svolgimento della propria missione è quello della motivazione delle proprie decisioni, sindacabile dal giudice solo allorché si integri il "manifesto errore di valutazione"[31]. In tal senso, saggi e apprezzabili appaiono i passaggi della motivazione nei quali, proprio a proposito della qualificazione degli obiettivi del programma OMT come rimedio alle perturbazioni del meccanismo di trasmissione della politica monetaria, la Corte dà atto che le valutazioni della BCE vanno rispettate anche se trattasi di misure selettive che hanno incidenze indirette sugli obiettivi di politica economica perseguiti da paralleli programmi di aggiustamento[32]. Posto un tale assunto, la Corte ha voluto cogliere l'opportunità per ribadire, in contrasto con la rigidità del giudice delle leggi tedesco, la doverosità – e la correttezza anche giuridica – di un approccio flessibile rispetto all'interpretazione delle norme che disegnano i poteri delle

[29] A tal proposito, cfr. T. Beukers, *The Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 341 ss.

[30] G. Di Plinio, *Sigfrido e il drago. Declinazioni (neo)germaniche dell'amicizia (tra i popoli): il punto di vista del Bundesverfassungsgericht*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 273 ss.

[31] Sentenza *Gauweiler*, punti 74 e 75.

[32] A. Pisaneschi, *Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario (OMT) della BCE*, in *federalismi.it*, n. 3/2015.

istituzioni, in particolare della BCE[33]. In questo, in piena coerenza col principio della leale collaborazione, che a sua volta sottende la necessità di consentire alla BCE di potersi assumere il ruolo e la responsabilità anche istituzionale che, in una congiuntura economica così delicata, la BCE stessa ha inteso fare. Inoltre, la Corte ha chiarito che, all'interno di programmi di acquisto di titoli del debito pubblico selezionati per Stati membri e per categorie di titoli da essi emessi (quale appunto il programma OMT), è possibile individuare già una natura "circoscritta e limitata" del programma; ciò rende quindi del tutto superfluo, e anzi sbagliato, "fissare un limite quantitativo precedentemente all'attuazione del programma stesso, tenendo presente che un limite siffatto è, del resto, suscettibile di indebolire l'efficacia del programma in questione"[34]. In conclusione, va sicuramente riconosciuto e sottolineato come il convincente percorso argomentativo seguito dalla Corte di giustizia sia riuscito a porre un freno ai tentativi di impedire l'attivazione di seri meccanismi di assistenza finanziaria per gli Stati in difficoltà, e di bloccare l'assistenza della BCE agli Stati membri in crisi. Naturalmente, ciò non comporta la legittimazione di qualunque misura che metta a rischio l'indipendenza e la capacità di azione della BCE e violi quindi l'art. 123 o l'art. 125 TFUE; ma certamente non può sfuggire l'assonanza tra quanto precisato dalla Corte e la summenzionata frase "whatever it takes" pronunciata dal Presidente della BCE in occasione dell'annuncio del varo del programma OMT per fronteggiare la speculazione sui debiti pubblici di alcuni Stati dell'eurozona. Così come pure, la valutazione in termini di proporzionalità compiuta dalla Corte assume un peso che va ben oltre il caso specifico e può aiutare a disegnare ulteriori strumenti di azione in capo alle istituzioni europee nelle more di una risistemazione complessiva dell'architettura dell'UEM.

In ultimo, va segnalato come, con sentenza del 21 giugno 2016[35], i giudici di Karlsruhe hanno respinto i rilievi dei ricorrenti tedeschi – allineandosi alla sentenza resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia – proprio sul presupposto che il programma OMT fosse in gran parte riconducibile alla politica monetaria dell'Unione. Peraltro, i giudici tedeschi hanno persino ventilato l'ipotesi di una partecipazione della Banca federale tedesca ad un futuro programma OMT, a condizione che i principi fissati in *Gauweiler* siano rispettati, ossia che gli acquisti non siano annunciati, il volume degli stessi sia previamente delimitato, sussista una differenza temporale minima tra l'emissione dei titoli pubblici e il loro acquisto, l'acquisto sia circoscritto ai titoli di Stati che hanno accesso ai mercati, i titoli siano detenuti fino alla loro scadenza solo in via eccezionale, gli acquisti cessino e i titoli siano rimessi sul mercato nel momento in cui l'intervento non sia più necessario.

---

[33] Cfr. A. Tizzano, *Il nuovo ruolo*, cit., p. 830; P. Mengozzi, *A European Partnership of Courts. Judicial Dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 701 ss.

[34] Sentenza *Gauweiler*, punto 88.

[35] Urteil vom 21. Juni 2016, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813; in dottrina, cfr. P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 431 ss.; nonché A. De Petris, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale Costituzionale Federale tedesco alla sentenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in *federalismi.it*, 2016, n. 13/2016.

Abstract

What Dimension to the Democratic Principle into the European Economic Governance?

The theme of the representative democracy in the European Union gets an important value when it is linked to the concept of European governance: the crisis of the former arose because of the development of economic governance in the European Union. This study aims to analyze the phenomenon of the economic governance and the tools used to regulate it.

Many times the European Union has resorted to acts belonging to soft law. For this reason it is worth understanding the context of the European legislative acts, in order to find out the importance and the connection of soft law into the European integration process.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 407-425

Nicola Ruccia*

Analogie, differenze e interazioni tra il Meccanismo europeo di stabilità e il Meccanismo di risoluzione unico

Sommario: 1. Tassi d'interesse, rischio bancario e rischio sovrano. – 2. Analisi comparata: ambito di applicazione. – 3. *Segue*: struttura, organizzazione e meccanismi di voto. – 4. *Segue*: obiettivi, risorse e strumenti. – 5. *Segue*: caratteristiche del prestito. – 6. Conclusioni.

1. La crisi economica che ha colpito l'Unione nel corso degli ultimi anni ha reso evidente come il mercato interno non fosse dotato degli strumenti necessari per fronteggiare le situazioni di *shock* e i relativi disequilibri[1].

Negli Stati membri particolarmente deboli dal punto di vista finanziario gli investitori istituzionali hanno dapprima evitato di impiegare nuove risorse e, successivamente, hanno iniziato a ritirare quelle precedentemente immobilizzate facendo lievitare i tassi d'interesse ed accrescendo la rischiosità delle relative transazioni. In ottemperanza al principio del *no bail out*, di cui all'art. 125 TFUE, la BCE non è

* Docente a contratto di Diritto europeo dell'ambiente nel Politecnico di Bari.

1 Sulla crisi finanziaria si indicano, senza pretese di completezza, i seguenti principali scritti: N. Moloney, *EU Financial Market Regulation After the Global Financial Crisis: "More Europe" or More Risks?*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1317 ss.; A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 962 ss.; A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al* Fiscal Compact, *ivi*, 2012, p. 322 ss.; J.-V. Louis, *Les réponses à la crise*, *in Cahiers de droit européen,* 2011, p. 353 ss.; F. Allemand, F. Martucci, *La nouvelle gouvernance économique européenne*, (I) e (II), *ivi*, 2012, p. 17 ss., p. 407 ss.; U. Draetta, *Quale futuro per l'Eurozona e l'Unione europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 23 ss.; G. Napoletano**,** *La risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell'unione economica e monetaria. Verso l'unione bancaria*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2012, p. 747 ss.; G. Peroni*, La crisi dell'Euro: limiti e rimedi dell'Unione Economica e Monetaria*, Milano, 2012; G. L. Tosato, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 681 ss.; E. Chiti, P. G. Teixeira, *The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 683 ss.; M. Starita, *Il Consiglio europeo e la crisi del debito sovrano*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 385 ss.; S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 79 ss.; C. Prieto, *Union bancaire, ou l'art de se payer de mots*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 3 ss.

intervenuta, diversamente da quanto presumibilmente avrebbero fatto, prima dell'istituzione dell'UEM, le banche centrali nazionali che in tali situazioni tenevano basso il costo del denaro acquistando titoli del debito pubblico[2]. Specularmente, negli Stati membri ritenuti forti il costo del denaro è diminuito. In definitiva, il tasso d'interesse nell'area dell'euro si è ampiamente diversificato, come si evince dai livelli dei singoli *spread*[3].

Nel mercato finanziario è stato necessario adattare il costo delle operazioni di raccolta effettuate dagli istituti di credito, i quali sono stati costretti al confronto con la concorrenza dei titoli del debito pubblico. Di conseguenza, la concessione di prestiti agli operatori economici privati, in alcuni Stati membri, è stata effettuata a prezzi più elevati, ovvero a tassi di interesse decisamente superiori rispetto a quelli imposti in altri Stati membri. Nel mercato dei cambi si è verificato il fenomeno inverso. Le imprese degli Stati membri più deboli, avendo costi di finanziamento superiori in confronto a quelle degli Stati membri più solidi, a parità di valore dei cambi hanno dovuto esportare i propri prodotti a prezzi più elevati con un'automatica perdita di competitività. Il principio del *no bail out* ha condotto, nella sostanza, ad una pluralità di euro e non ad uno avente il medesimo valore in tutta l'UEM. Negli Stati membri in cui la crisi si è manifestata in misura più acuta esso è stato implicitamente svalutato sul mercato finanziario, ma è stato altrettanto implicitamente rivalutato su quello dei cambi, con effetti totalmente distorsivi.

La conseguenza principale del fenomeno testé enunciato è stata la manifestazione, anch'essa nella sua dimensione più negativa, della stretta relazione che intercorre tra rischio bancario e rischio sovrano – consistenti, rispettivamente, nella capacità degli istituti di credito e degli Stati membri di rimborsare i debiti contratti attraverso la raccolta di risorse finanziarie sul mercato dei capitali. Per un verso, il salvataggio pubblico di taluni istituti di credito in crisi di liquidità ha implicato l'aumento del livello generale di indebitamento degli Stati membri che vi hanno provveduto, con i citati effetti sui tassi di interesse, sia dei titoli di Stato che di quelli privati. Per altro verso l'acquisto, da parte delle banche, di titoli di quegli Stati membri con eccessivi disavanzi ha indebolito la stabilità finanziaria delle banche medesime[4]. Si è così innescata una spirale che, a causa di un effetto di propagazione ed accelerazione, ha assunto una dimensione transfrontaliera compromettendo, in diverse circostanze, la fiducia nell'euro se non anche nell'intero processo di integrazione europea.

L'Unione, per frapporsi a tale spirale, ha avviato un'azione caratterizzata da due obiettivi paralleli e convergenti: la stabilità finanziaria degli Stati membri e quella

---

[2] Sul principio del *no bail out* cfr. J.-V. Louis, *The No-Bail Out Clause and the Rescue Packages*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 971 ss.; M. L. Tufano, *Il principio del* no bail out *nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 505 ss.

[3] Con tale termine si indica il differenziale tra il tasso di rendimento dei titoli decennali del debito di uno Stato membro e quello di un altro Stato membro, generalmente coincidente con la Germania. Sulla costruzione dello *spread* e sul suo andamento v. A. Dell'Atti, F. Miglietta, *Il sistema bancario e la crisi finanziaria*, Bari, 2014, p. 124 ss.

[4] C. Mathieu, H. Sterdyniak, *La crise des dettes souveraines en Europe: Vers la fin de l'euro?*, in *Les cahiers français*, 2012, p. 30 ss.; A. Buzelay, *De l'Union monétaire à l'Union bancaire en Europe*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2013, p. 466 ss.

dei relativi istituti di credito, entrambe necessarie per raggiungere la generale stabilità del sistema finanziario nel mercato interno.

Con riferimento al primo obiettivo, essa è intervenuta mediante numerosi strumenti, i più rilevanti dei quali – il *Meccanismo europeo di stabilità* (MES) ed il *Fiscal Compact* – sono stati adottati con il metodo intergovernativo[5].

Con riguardo al secondo, invece, l'intervento dell'Unione ha avuto luogo, sebbene solo apparentemente, col metodo comunitario ed ha condotto, in via progressiva e non esclusiva, all'istituzione della c.d. Unione bancaria, fondata su tre pilastri: i) il Meccanismo di sorveglianza unico (SSM, acronimo della locuzione *Single Supervisory Mechanism*)[6]; ii) il Meccanismo di risoluzione unico (SRM, acronimo della locuzione *Single Resolution Mechanism*), con il relativo Fondo di risoluzione unico (SRF, acronimo della locuzione *Single Resolution Fund*)[7]; iii) il Sistema europeo di assicurazione dei depositi (EDIS, acronimo della locuzione *European Deposit and Insurance Scheme*)[8].

Siffatti strumenti, pur essendo stati concepiti, ciascuno, per fronteggiare una sola delle due suddette tipologie di rischio – e, all'interno delle stesse, un'esclusiva e specifica problematica – potrebbero, in concreto, implicare effetti sull'altra tipologia di rischio. Potrebbe, pertanto, verificarsi l'ipotesi, nient'affatto remota, in cui essi, sebbene impiegati autonomamente e per il perseguimento delle rispettive finalità, pervengano, sotto il profilo sostanziale, al medesimo risultato. Ciò comporterebbe la loro potenziale sovrapposizione funzionale. All'uopo occorre infatti considerare che le operazioni di ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie – comunemente intese come istituti di credito – possono essere effettuate ricorrendo sia al MES che al SRM.

2. Il MES, nel Trattato che lo ha istituito, è espressamente qualificato come istituzione finanziaria internazionale[9]. Esso consiste, nella sostanza, in un'organizzazione regionale – concepita sulla base del FMI, di cui integra le attività – che ha

[5] Il Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità – c.d. MES – è stato firmato a Bruxelles dagli Stati membri la cui moneta è l'euro in una prima versione l'11 luglio 2011 ed in una seconda e definitiva stesura il 2 febbraio 2012. Il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria – c.d. *Fiscal Compact* – è stato firmato in occasione del Consiglio europeo dell'1-2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri dell'Unione ad eccezione del Regno Unito e della Repubblica ceca. Cfr. L. S. Rossi, *"Fiscal Compact" e Trattato sul meccanismo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 293 ss.

[6] Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

[7] Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010.

[8] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, sel 24 novembre 2015, che modifica il regolamento (UE) n. 806/2014 al fine di istituire un sistema europeo di assicurazione dei depositi, COM(2015)586 def.

[9] Art. 1, par. 1, Trattato MES. Cfr. S. Cafaro, *L'azione della BCE nella crisi dell'area dell'euro alla luce del diritto dell'Unione europea*, in G. Adinolfi, M. Vellano (a cura di), *La crisi del debito*

reso permanente un sistema di assistenza finanziaria agli Stati membri dell'UEM non previsto dai Trattati[10]. All'uopo è, pertanto, risultata necessaria una revisione di questi ultimi, operata mediante la procedura semplificata di cui all'art. 48, par. 6, TUE, che ha riguardato l'art. 136 TFUE, con l'introduzione del par. 3 il quale prevede l'opzione, per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, di "istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile" per salvaguardare l'equilibrio dell'eurozona nel suo insieme[11].

Il Trattato MES, quindi, è stato sottoscritto esclusivamente dagli Stati membri che adottano la moneta comune, circoscrivendo automaticamente il suo ambito di applicazione all'UEM senza possibilità alcuna di poter essere esteso. Sotto questo profilo occorre precisare che la previsione di tale meccanismo non incide sulla competenza esclusiva dell'Unione – *ex* art. 3, par. 1, lett. c), TFUE – nel settore della politica monetaria degli Stati membri che adottano l'euro. Parimenti, le disposizioni dei Trattati afferenti alla politica economica non conferiscono all'Unione una competenza specifica per la medesima previsione[12]. Pertanto, ai suddetti Stati membri è riconosciuta la competenza a concludere un accordo relativo all'istituzione del Meccanismo in questione, a condizione che esso, nel suo funzionamento, rispetti il diritto dell'Unione, con particolare riferimento alle misure adottate nell'ambito del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri[13].

Il regolamento 806/2014, istitutivo del SRM e del SRF, è stato emanato sulla base dell'art. 114 TFUE, che costituisce lo strumento per l'adozione, attraverso la procedura legislativa ordinaria, delle misure di ravvicinamento delle disposizioni nazionali aventi per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno[14].

Dal combinato disposto degli articoli 2 e 4, regolamento 806/2014, si evince come l'ambito di applicazione del SRM coincida con quello del SSM. Pertanto esso è circoscritto, *ipso facto*, ai 19 Stati membri che hanno adottato la moneta comune, ma può essere esteso a quelli che, pur mantenendo le proprie divise nazionali, aderiscono su base volontaria al SSM, avendo le rispettive autorità nazionali instaurato con la BCE una cooperazione stretta in materia di vigilanza prudenziale secondo quanto disciplinato dall'art. 7 regolamento 1024/2013[15]. La coincidenza dell'am-

sovrano degli Stati dell'area euro, Torino, 2013, p. 49 ss., p. 53; U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 415 s.

[10] F. Allemand, F. Martucci, *op. cit.*, p. 418.

[11] U. Villani, *op. cit.*, p. 60.

[12] Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/2012, *Thomas Pringle* c. *Government of Ireland, Ireland and The Attorney General*, punti 63-64. Cfr. P. Mengozzi, *Il Trattato sul Meccanismo di stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso* Pringle, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 129 ss., p. 142 s.

[13] Sentenza *Pringle*, punti 68 e 121. P. Mengozzi, *op. cit.*, p. 136 s.

[14] Sull'art. 114 TFUE v., *ex pluribus*, R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, III ed., p. 445 ss.; I. Maletić, *The Law and Policy of Harmonisation in Europe's Internal Market*, Cheltenham, 2013, p. 94 ss.; P. Van Cleynenbreugel, *Meroni Circumvented? Article 114 TFEU and EU Regulatory Agencies*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, p. 64 ss.

[15] V., sul punto, la decisione della Banca Centrale Europea del 31 gennaio 2014 sulla cooperazione stretta con le autorità nazionali competenti degli Stati membri partecipanti la cui moneta non è l'euro, BCE/2014/5.

bito di applicazione dei regolamenti istitutivi del SRM e del SSM è dovuta alla consapevolezza del legislatore europeo che il primo rappresenti, nella sostanza, un complemento del secondo, che quindi deve potersi applicare agli istituti di credito stabiliti negli Stati membri soggetti alla supervisione della BCE[16].

L'ambito di applicazione dei due meccanismi – MES e SRM – quindi, è sostanzialmente differente, così come differente è l'adesione e, per converso, la potenziale richiesta di assistenza ad essi. Il primo rappresenta un sistema "chiuso". Esso, infatti, è limitato agli Stati membri che hanno adottato la moneta comune. La relativa adesione, di conseguenza, è subordinata al rispetto dei parametri di convergenza ed alle relative valutazioni del Consiglio. Il secondo, invece, è un sistema "aperto" poiché concerne non solo gli Stati membri che adottano l'euro ma anche quelli che – su base volontaria ed indipendentemente dalle valutazioni del Consiglio – decidono di sottoporsi al sistema comune di vigilanza prudenziale. Al momento, comunque, tale ipotesi non si è verificata.

Occorre infine rammentare che il SRF è stato oggetto di un Accordo intergovernativo – stipulato il 21 maggio 2014 da tutti gli Stati membri con l'esclusione del Regno Unito e della Svezia – concernente il trasferimento, in capo ad esso, dei contributi raccolti a livello nazionale da utilizzarsi, esclusivamente, nella misura necessaria ad assicurare l'efficace applicazione degli strumenti di risoluzione per conseguire gli scopi del SRM[17]. Siffatto Accordo, in ogni caso, non incide sull'ambito di applicazione del medesimo SRM.

Poiché il 30 novembre 2015 un numero sufficiente di Stati membri – secondo quanto stabilito[18] – ha proceduto alla relativa ratifica, rendendo lo stesso pienamente operativo, il primo gennaio 2016 il SRM ed il SRF sono entrati in vigore.

3. Il MES è dotato di un Consiglio dei governatori e di un Consiglio di amministrazione oltre che di un direttore generale[19]. La sua *governance,* quindi, ha essenzialmente carattere politico.

Il Consiglio dei governatori si compone di un membro per ogni Stato partecipante al MES, che a livello nazionale ha la responsabilità esecutiva delle finanze. Siffatto Consiglio decide se essere presieduto dal Presidente dell'Eurogruppo oppure se eleggere, tra i suoi membri, un Presidente ed un vicepresidente i cui mandati, rinnovabili, hanno durata biennale. Alle sue riunioni possono inoltre partecipare, in qualità di osservatori, il Commissario europeo responsabile degli affari economici e monetari nonché il Presidente della BCE e – qualora già non lo presieda o non sia un governatore – il Presidente dell'Eurogruppo. I rappresentanti degli Stati membri che, pur non aderendo all'UEM, e quindi al MES, partecipano – su base volontaria e a fianco ad esso – ad un'operazione di assistenza finanziaria, sono altresì invitati ad assistere, in qualità di osservatori, alle relative riunioni. Il Presidente convoca e

16 V. *supra*, par. 1, e, soprattutto, M. Draghi, *Hearing at the Committee on Economic and Monetary Affairs of the European Parliament*, Bruxelles, 16 dicembre 2013, reperibile *online.* V. anche G. Napoletano, *op. cit.*, p. 757.

17 Art. 76, par. 1, regolamento 806/2014; *Agreement on the Transfer and Mutualisation of Contributions to the Single Resolution Fund (SRF IGA)*, stipulato il 14 maggio 2014.

18 *Ivi*, art. 11, par. 2.

19 Art. 4 Trattato MES.

presiede le riunioni del Consiglio dei governatori. Il Trattato MES elenca una lunga serie di decisioni di competenza del Consiglio stesso, accomunate dall'essere atti concernenti la strategia, gli indirizzi e la politica generale del MES[20].

Il Consiglio di amministrazione si compone di un numero di membri pari a quello del Consiglio dei governatori, poiché ciascuno di questi ultimi ne nomina uno tra persone dotate di elevata competenza in campo economico e finanziario. Il Commissario europeo responsabile degli affari economici e monetari, oltre che il Presidente della BCE, possono designare, ciascuno, un osservatore. Anche in quest'organo i rappresentanti di quegli Stati membri che, pur non aderendo all'UEM, partecipano, a fianco del MES, ad un'operazione di assistenza finanziaria sono invitati a prendere parte, in qualità di osservatori, alle relative riunioni. Questo organo è deputato alla gestione operativa del MES e, a tal fine, adotta le decisioni che gli competono in forza del Trattato e quelle che gli sono delegate dal Consiglio dei governatori[21].

Il Direttore generale è nominato dal Consiglio dei governatori fra i candidati aventi la nazionalità di un membro del MES, dotati di esperienza internazionale pertinente e di elevato livello di competenza in campo economico e finanziario. Il suo mandato ha durata quinquennale ed è rinnovabile una sola volta, ma può essere revocato dal Consiglio dei governatori. Egli partecipa alle riunioni di quest'ultimo, presiede quelle del Consiglio di amministrazione, sotto la cui direzione gestisce gli affari correnti del MES, del quale è il rappresentante legale, e non può esercitare la funzione di governatore o amministratore, né di governatore supplente o amministratore supplente[22].

Le delibere degli organi collegiali del MES sono adottate, a seconda delle materie, all'unanimità – sebbene l'astensione non impedisca il raggiungimento della stessa –, a maggioranza qualificata – che richiede l'80% dei voti espressi –, o a maggioranza semplice. In ogni caso è necessaria, per la loro validità, la presenza di un *quorum* di due terzi dei membri aventi diritto di voto che rappresentino almeno i due terzi delle quote di sottoscrizione delle azioni. Inoltre, è prevista una procedura di votazione d'urgenza – che richiede la maggioranza qualificata dell'85% dei voti espressi – cui ricorrere qualora la Commissione e la BCE reputino che la mancata adozione di una decisione urgente circa la concessione o l'attuazione di un'assistenza finanziaria minaccerebbe la sostenibilità economica e finanziaria nell'Unione economica e monetaria[23].

Per le decisioni a maggioranza qualificata il diritto di voto di ciascuno Stato membro è ponderato alle quote a questi assegnate a valere sul totale di capitale versato e prevede un minimo dello 0,07% per Malta ed un massimo del 27,14% della Germania, oltre al significativo 20,38% della Francia. Per l'Italia il valore è del 17,91%.

La previsione, in determinate circostanze, della regola della maggioranza qualificata, atteso che le decisioni più importanti devono essere adottate all'unanimità, rende leggermente più flessibile il *decision-making* nel MES. Inoltre, il Consiglio dei governatori può emendare alcune disposizioni del relativo Trattato attraverso

[20] Art. 5, paragrafi 1-4 e 6-8, Trattato MES.
[21] Art. 6, paragrafi 1-3 e 6, Trattato MES.
[22] Art. 7, paragrafi 1-3 e 5, Trattato MES.
[23] Art. 4, paragrafi 2-5 e 7, Trattato MES.

una procedura semplificata, senza dover ricorrere al procedimento di ratifica da parte degli Stati membri. Trattasi, fondamentalmente, dei casi di variazioni degli *stock* di capitale autorizzato e di modifica delle tipologie di strumenti di assistenza disponibili al suo interno[24]. L'obiettivo è di accrescere l'effettività del MES nell'assicurare la solvibilità dei suoi membri rispetto a quegli accordi, statici, che fissano il capitale disponibile e i relativi strumenti d'impiego in maniera definitiva. Se esso dovesse essere emendato dai suoi membri mediante gli ordinari processi di revisione e ratifica, la sua flessibilità sarebbe compromessa a detrimento della fiducia nella stabilità finanziaria dei suoi membri medesimi. Ciò non solo ne ostacolerebbe il funzionamento nelle situazioni di emergenza, ma ridurrebbe anche il suo effetto di calmiere dei tassi d'interesse per gli Stati membri più deboli[25].

Il meccanismo di voto del MES, in ogni caso, presenta non pochi profili problematici. Poiché le decisioni di concessione del prestito, del relativo tasso d'interesse e della sua condizionalità[26] sono adottate dal Consiglio dei governatori all'unanimità, ciascuno Stato membro detiene, almeno in via potenziale, un vero e proprio diritto di veto, che può finanche divenire distorsivo. Per esempio, quegli Stati membri in situazioni economico-finanziarie favorevoli potrebbero subordinare il loro consenso a determinate erogazioni a favore di uno Stato membro in difficoltà all'adozione di misure di politica economica per essi particolarmente vantaggiose[27]. Inoltre, nelle votazioni a maggioranza qualificata, che richiedono l'80% dei voti espressi, gli Stati membri i cui diritti di voto ponderati risultino superiori al 20%, ossia Germania e Francia, eserciterebbero un vero e proprio diritto di veto, in violazione del generale principio di eguaglianza tra i medesimi Stati membri[28].

Circa il ruolo della Commissione e della BCE nell'ambito del MES, occorre rammentare la regola generale secondo cui gli Stati membri, nei settori che non rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione – ed al di fuori dell'ambito della stessa – possono affidare alle sue istituzioni diversi compiti, purché questi ultimi non alterino le loro specifiche attribuzioni[29]. In ossequio a tale principio, le funzioni conferite alle suddette istituzioni rilevano sotto molteplici profili, tra i quali si annoverano la valutazione prodromica delle domande di sostegno alla stabilità e della loro urgenza oltre che la negoziazione dei protocolli d'intesa[30]. Orbene, siffatte funzioni, benché fondamentali nella *governance* del MES, non snaturano le attribuzioni proprie di tali istituzioni né, tanto meno, implicano un potere decisionale autonomo poiché impegnano esclusivamente il medesimo MES[31].

In particolare, i compiti assegnati alla BCE si conformano a quelli stabiliti dal TFUE e dal Protocollo SEBC il quale prevede la sua partecipazione alle organizzazioni

---

24 Articoli 8, par. 2, e 19, Trattato MES.

25 *Editorial comment*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1833 ss., p. 1835.

26 *Infra*, par. 4.

27 G. Peroni, *Il Trattato di Lisbona e la crisi dell'Euro: considerazioni critiche*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 971 ss., p. 993.

28 G. M. Ruotolo, *La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 433 ss., p. 458.

29 Cfr., da ultimo, il parere della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, n. 1/09, punto 75.

30 Articoli 4, par. 4, e 13, paragrafi 1 e 3, Trattato MES.

31 Sentenza *Pringle*, punti 161-162.

finanziarie internazionali[32]. Con riferimento all'autorità monetaria centrale occorre, infine, sottolineare come la sua menzionata partecipazione, in qualità di osservatore, agli organi decisionali del MES rappresenti un'ulteriore tappa del processo di intensificazione dell'interazione tra essa e gli interlocutori europei – soprattutto politici, ma anche tecnici – della recente crisi finanziaria. La medesima partecipazione le permette di prendere parte, infatti, sia alle decisioni afferenti all'erogazione di aiuti agli Stati membri, sia a quelle concernenti le relative richieste di riforme economiche[33].

Passiamo ora a considerare struttura, organizzazione e meccanismi di voto del SRM. L'art. 1 regolamento 806/2014 attribuisce l'esercizio delle sue funzioni al Comitato di risoluzione unico (c.d. SRB, acronimo della locuzione *Single Resolution Board*), appositamente istituito, congiuntamente al Consiglio, alla Commissione, alla BCE e alle autorità nazionali di risoluzione. Il SRB è un'agenzia dell'Unione ed è dotato di personalità giuridica[34]. Esso si compone di un Presidente e quattro membri permanenti nominati dal Consiglio con delibera a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, oltre che di un membro per ogni Stato membro partecipante in rappresentanza della rispettiva autorità nazionale di risoluzione[35]. I membri permanenti sono designati sulla base di una procedura di selezione aperta che rispetta i principi di equilibrio di genere, in considerazione dei meriti, delle competenze, della conoscenza delle questioni bancarie e finanziarie, nonché dell'esperienza in materia di vigilanza e regolamentazione finanziaria e di risoluzione bancaria.

Il SRB può riunirsi in due sessioni. La prima, quella esecutiva, è ristretta ai soli membri permanenti[36]. La seconda, quella plenaria, comprende anche i suddetti rappresentanti nazionali[37]. Ad entrambe le sessioni partecipano, inoltre, in qualità di osservatori, un rappresentante della Commissione ed uno della BCE.

Il *decision-making* nel SRB riflette il compromesso tra la necessità di adottare rapidamente le decisioni cui è preposto e quella di coinvolgere le competenti autorità nazionali a causa delle implicazioni fiscali proprie del SRM[38]. Pertanto, le suddette decisioni sono, generalmente, prese nella sua sessione esecutiva, alla quale partecipano anche i rappresentanti degli Stati membri in cui l'istituto di credito *de quo* è presente a livello di sede centrale e di filiazioni[39]. Tali decisioni sono adottate per *consensus* o, qualora non vi si pervenga, a maggioranza semplice[40]. Tuttavia, in altre specifiche ipotesi le delibere devono essere adottate in sessione plenaria[41]. Per quest'ultima il *quorum* è rappresentato dalla maggioranza semplice dei membri del

---

32 *Ivi*, punto 165; art. 6, punto 2, Protocollo SEBC.

33 T. Beukers, *The New ECB and Its Relationship with the Eurozone Member States: Between Central Bank Independence and Central Bank Intervention*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1579 ss., p. 1585 s.

34 Art. 42 regolamento 806/2014.

35 Art. 43 regolamento 806/2014.

36 Art. 53 regolamento 806/2014.

37 Art. 49 regolamento 806/2014.

38 N. Moloney, *European Banking Union: Assessing Its Risks and Resilience*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1609, p. 1638.

39 Art. 53, paragrafi 3 e 4, regolamento 806/2014.

40 Art. 55 regolamento 806/2014.

41 Art. 50, par. 1, regolamento 806/2014.

SRB che comunque deve essere pari ad almeno il 30% dei contributi se non anche dalla maggioranza dei due terzi dei membri che rappresentino, in ogni caso, almeno il 50 % dei contributi[42]. In tutti gli altri casi è sufficiente la maggioranza semplice. Occorre sottolineare che ogni membro votante dispone, sempre e soltanto, di un solo voto. Non sono, pertanto, previste ponderazioni.

Comparando i due meccanismi si osserva come la loro gestione sia demandata, per entrambi, ad organi altamente tecnici e competenti nel settore bancario nonché indipendenti dalla BCE. Evidenziando, invece, che il Consiglio dei governatori del MES corrisponde, praticamente, all'Eurogruppo, può affermarsi come soltanto il SRM si configuri quale soggetto effettivamente autonomo rispetto al quadro politico-istituzionale dell'Unione. Rammentando, infine, che il SRB si compone, in sessione plenaria, anche delle autorità nazionali di risoluzione degli Stati membri, può concludersi che il SRM risulta indipendente soltanto in misura relativa da queste ultime.

4. L'obiettivo del MES è di mobilizzare risorse finanziarie e fornire sostegno alla stabilità sia della zona euro nel suo complesso che di quei suoi Stati membri che già si trovano o che rischiano di trovarsi in gravi problemi finanziari[43]. In altri termini, esso è preposto a salvaguardare l'equilibrio finanziario nell'UEM, in ciò distinguendosi nettamente dall'obiettivo principale della politica monetaria dell'Unione, sancito dall'art. 127 TFUE, di mantenere la stabilità dei prezzi[44]. La sua azione, inoltre, ha natura precipuamente correttiva, poiché mira a gestire quelle situazioni di crisi finanziaria che potrebbero perpetrarsi nonostante siano state intraprese delle eventuali azioni preventive e di contenimento[45].

Il MES opera sulla base di una stringente condizionalità, diretta a garantire che esso, nel suo funzionamento, rispetti il diritto dell'Unione, comprese le misure adottate da quest'ultima nell'ambito del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri[46]. Siffatta condizionalità assume plurime configurazioni: da un programma di correzioni macroeconomiche al rispetto costante di presupposti di ammissibilità predefiniti[47].

La sua dotazione di capitale, suddivisa in quote sottoscritte dagli Stati membri dell'UEM – in parte versate ed in parte richiamabili – ammonta ad oltre 700 miliardi di euro[48]. La relativa contribuzione è basata sul modello di sottoscrizione del capitale della BCE da parte delle banche centrali nazionali degli Stati membri che lo compongono[49]. Tale dotazione, secondo osservazioni empiriche, appare sufficientemente adeguata a fronteggiare, nell'UEM, le conseguenze della crisi finanziaria di un istituto di credito di grandi dimensioni, riuscendo ad assorbirne i costi[50]. Occorre, tutta-

42 Art. 52, paragrafi 2 e 3, regolamento 806/2014.
43 Art. 3 Trattato MES.
44 Sentenza *Pringle*, punto 56.
45 *Ivi*, punto 59.
46 *Ivi*, punti 69 e 72.
47 Art. 12, par. 1, Trattato MES.
48 Art. 8 Trattato MES.
49 Art. 11, par. 1, TFUE.
50 Cfr. *Commission Impact Assessment on Deposit Guarantee Schemes*, SEC(2010)834/2.

via, sottolineare che essa, proprio per la sua notevole consistenza, difficilmente può essere utilizzata in un'unica soluzione. Piuttosto, il suo impiego deve essere ripartito in più operazioni di ricapitalizzazione, allo scopo di moltiplicarne gli effetti positivi.

Il capitale in questione può essere impiegato attraverso quattro strumenti: i) assistenza finanziaria precauzionale, sotto forma di linea di credito condizionale precauzionale, oppure sotto forma di linea di credito soggetta a condizioni rafforzate[51]; ii) prestiti agli Stati membri del MES, con l'obiettivo specifico di ricapitalizzare le loro istituzioni finanziarie[52]; iii) erogazione di prestiti nell'accezione tradizionale della locuzione[53]; iv) acquisto di titoli di Stato emessi sul mercato primario[54] e secondario[55]. Appare opportuno precisare che l'assistenza finanziaria concessa deve essere totalmente coperta mediante capitale liberato, oppure attraverso l'emissione di strumenti finanziari di raccolta[56].

Per quanto concerne il SRM occorre, preliminarmente, osservare che i suoi obiettivi, sebbene molteplici, sono limitati, a differenza di quelli del MES, alla sola salvaguardia della stabilità del settore bancario. Essi, infatti, consistono nel: i) garantire la continuità delle funzioni essenziali dell'ente creditizio interessato; ii) evitare effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria generale, con particolare riferimento alla prevenzione dei rischi di contagio sistemico; iii) salvaguardare le risorse pubbliche riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario straordinario delle stesse; iv) tutelare i depositanti e gli investitori oltre che i fondi e le attività dei clienti[57]. In linea generale, non vi è un ordine di priorità nel perseguimento di tali obiettivi. Essi rivestono importanza paritetica e sono ponderati a seconda della natura e delle circostanze di ogni singolo caso.

Il SRM dispone di risorse attraverso il SRF[58]. Quest'ultimo è finanziato attraverso contributi del settore bancario e costituito, progressivamente, durante un periodo transitorio di otto anni al termine dei quali la sua dotazione dovrebbe ammontare ad almeno l'1% dell'importo dei depositi protetti di tutti gli istituti di credito autorizzati negli Stati membri dell'Unione bancaria[59]. Esso, inizialmente, è suddiviso in comparti nazionali che verranno progressivamente fusi nel corso del suddetto periodo transitorio[60]. A regime, la sua capienza dovrebbe essere pari a 55 miliardi di euro. I contributi dovuti da ciascuna banca saranno calcolati sulla base del rapporto intercorrente tra le proprie passività e quelle aggregate di tutti gli enti creditizi autorizzati negli Stati membri partecipanti, entrambe calcolate escludendo i fondi propri ed i depositi protetti. Siffatti contributi, inoltre, saranno commisurati al livello di rischio assunto da ogni singolo istituto di credito[61].

51 Art. 14, par. 1, Trattato MES.
52 Art. 15, par. 1, Trattato MES.
53 Art. 16, par. 1, Trattato MES.
54 Art. 17, par. 1, Trattato MES.
55 Art. 18, par. 1, Trattato MES.
56 Sentenza *Pringle*, punto 96.
57 Art. 14, par. 2, regolamento 806/2014.
58 Art. 67, par. 1, regolamento 806/2014.
59 Art. 69, par. 1, regolamento 806/2014.
60 Art. 77 regolamento 806/2014.
61 Art. 70, paragrafi 1 e 2, lett. b), regolamento 806/2014.

Appare subito evidente come la limitata capacità finanziaria del SRF non sia suscettibile di eliminare, nella loro totalità, gli effetti negativi, inclusi quelli di contagio sistemico, derivanti dal potenziale fallimento anche di uno solo degli istituti di credito europei di maggiori dimensioni[62]. Piuttosto, esso rappresenta uno strumento, abbastanza efficace, destinato ad evitare che i cittadini sostengano le crisi bancarie, in ciò contribuendo al raggiungimento dell'originario obiettivo dell'Unione bancaria di frapporsi alla spirale tra rischio bancario e rischio sovrano[63]. Sotto questo profilo si osserva come il SRF sia privo di un supporto pubblico che, invece, potrebbe risultare fondamentale per la gestione di quelle situazioni di crisi in cui le sue risorse dovessero rivelarsi insufficienti. Siffatto supporto, infatti, potrebbe moltiplicarne la capacità d'intervento, consentendogli di affrontare, contemporaneamente e con successo, anche molteplici procedure di risoluzione. In merito a questa evenienza si ritiene che i fondi necessari potrebbero essere forniti, esclusivamente, dalla BCE, che rappresenta l'unico operatore del sistema avente accesso illimitato a risorse finanziarie[64].

Sarebbe, dunque, auspicabile che l'Autorità monetaria centrale disponga di una linea di liquidità appositamente designata che le permetta, nelle procedure di risoluzione, di erogare, all'occorrenza e rapidamente, i necessari finanziamenti. All'uopo, occorre comunque garantire che essa non subisca le eventuali perdite derivanti dalla conclusione negativa delle medesime procedure di risoluzione. In altri termini, il SRF potrebbe essere reso operativo attraverso la capitalizzazione del sostegno della BCE.

D'altro canto, occorre rammentare che il SRF rappresenta soltanto uno dei diversi strumenti di cui l'Unione bancaria dispone per prevenire e fronteggiare le difficoltà finanziarie degli istituti di credito (tra i quali si annoverano il SSM[65], la direttiva CRD IV[66] e la direttiva BRRD[67]) la cui azione congiunta dovrebbe rendere, per lo meno in via potenziale, il settore bancario europeo meno vulnerabile[68].

Considerando congiuntamente il MES, il SRM ed il SRF, appare possibile affermare come il primo finisca per rappresentare uno strumento di supporto tran-

---

62 J. N. Gordon, W.-G. Ringe, *Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What It Would Take*, in *ECGI Law Working papers*, n. 282, 2015, p. 41, reperibile *online*; G. S. Zavvos, S. Kaltsouni, *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing*, in M. Haentjens, B. Wessels (eds.), *Researching Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Cheltenham-Northampton, 2015, p. 117 ss., p. 139 ss.

63 K.-P. Wojcik, *Bail-in in the Banking Union*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 91 ss., p. 102. Sul punto. v. *supra*, par. 1.

64 M. Persson, R. Ruparel, *The Eurozone Banking Union: A Game of Two Halves*, in *Openeurope*, 2012, reperibile *online*, p. 11.

65 *Supra*, par. 1.

66 Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE.

67 Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012.

68 A. Admati, M. Hellwig (eds.), *The Bankers' New Clothes: What's Wrong with Banking and what to Do about It*, Princeton, 2013.

sitorio sino a quando il terzo raggiunga la sua dimensione definitiva[69]. Inoltre, la previsione di una linea di liquidità della BCE costituisce la forma più opportuna, proveniente dalla fonte più adeguata, di erogazione di risorse a favore degli istituti di credito in crisi. Essa, peraltro, non rappresenterebbe un mero duplicato del SRF il quale, invece, fungerebbe da supporto ad una linea di liquidità, appunto quella della BCE, mettendo quest'ultima al riparo dalle perdite che potrebbe subire. Tale combinazione – un fondo di risoluzione di dimensioni relativamente contenute e il finanziamento illimitato della banca centrale – potrebbe soddisfare la necessità di autorevolezza del SRM, garantendo anche il coinvolgimento del settore finanziario privato.

Occorre infine osservare che, prima di ricorrere al SRF, il SRM deve impiegare i suoi strumenti tipici. Questi, nella fattispecie, sono[70]: i) la vendita dell'attività d'impresa – ad un acquirente diverso da un ente-ponte – di titoli di proprietà oppure di attività, diritti e passività, nella loro totalità o singolarmente, di un istituto soggetto a risoluzione[71]; ii) la cessione – ad un ente-ponte – di titoli di proprietà oppure di attività, diritti e passività, nella loro totalità o singolarmente, di un istituto soggetto a risoluzione[72]; iii) la separazione delle attività, che consiste nella cessione di attività, diritti o passività di un ente soggetto a risoluzione o di un ente-ponte a una o più società veicolo per la gestione delle attività[73]; iv) il *bail-in*[74].

5. Come è noto, il MES può concedere prestiti agli Stati membri di appartenenza con l'obiettivo specifico di ricapitalizzare le relative istituzioni finanziarie[75]. Esso, tuttavia, non si fa né carico, né garante, dei debiti di tali Stati membri e quindi, nemmeno di quelli dei rispettivi enti creditizi. I medesimi Stati membri, oltre a restare responsabili, nei confronti dei loro creditori, degli impegni finanziari pregressi, contraggono, nei confronti del MES, un nuovo debito che dovrà essere rimborsato con un'adeguata maggiorazione[76].

Inoltre, l'intervento del MES è ammesso, almeno in linea generale, anche a fini precauzionali, allo scopo di evitare la concretizzazione di un rischio di instabilità potenziale. In ogni caso, non vi si può ricorrere qualora gli Stati membri che dovrebbero beneficiarne incontrino, esclusivamente, delle mere difficoltà nella raccolta di capitali sul mercato di riferimento[77].

Il supporto del MES alle istituzioni finanziarie dei suoi Stati membri si concretizza nello strumento di diretta ricapitalizzazione delle banche (DRI), la cui previsione, tuttavia, non ha avuto luogo mediante un atto normativo tipico[78]. Peraltro,

---

69 *Statement of Eurogroup and ECOFIN Ministers on the SRM backstop*, 18 dicembre 2013.
70 Art. 22, par. 2, regolamento 806/2014.
71 Art. 24 regolamento 806/2014.
72 Art. 25 regolamento 806/2014.
73 Art. 26 regolamento 806/2014.
74 Art. 27 regolamento 806/2014.
75 *Supra*, par. 4.
76 Sentenza *Pringle*, punti 138-139.
77 *Ivi*, punto 142.
78 *ESM Direct Bank Recapitalisation Instrument – Main Features of the Operational Framework and Way Forward*, 20 giugno 2013.

le modalità con cui esso è stato implementato sollevano diversi dubbi circa la sua importanza pratica[79].

In particolare, le relative *guidelines*[80] stabiliscono condizioni eccezionalmente complesse e restrittive per la sua attivazione[81]. Quest'ultima, infatti, può avere luogo esclusivamente nei confronti di quelle istituzioni finanziarie, di grandi dimensioni, la cui ricapitalizzazione con fondi pubblici è considerata indispensabile e che risultano: i) non in grado di soddisfare i requisiti patrimoniali stabiliti dalla BCE nella sua funzione di autorità preposta alla vigilanza prudenziale; ii) di importanza sistemica; iii) suscettibili di rappresentare, a causa del loro fallimento, una seria minaccia alla stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso o, almeno, di uno Stato membro del MES; iv) non in grado di attrarre nuovi sufficienti capitali dal settore privato; v) non in grado di coprire interamente il *deficit* stimato di capitale attraverso il *bail-in*[82]. L'impiego del DRI (e solo di esso) a fini precauzionali è, quindi, escluso[83]. Appare possibile affermare, di conseguenza, che l'assistenza pubblica precauzionale nei confronti di un istituto di credito ancora solvente, sotto forma di partecipazione al capitale o di erogazione di risorse finanziarie, dovrà avvenire esclusivamente sotto la responsabilità del governo nazionale di riferimento e a spese dello stesso.

Per l'attivazione del DRI è necessaria una richiesta di assistenza presentata da uno Stato membro del MES a sua volta non in grado di fornire, autonomamente, l'assistenza finanziaria necessaria per la banca in questione poiché, se lo facesse, metterebbe a repentaglio la propria sostenibilità fiscale piuttosto che il suo accesso continuo al mercato dei capitali[84].

All'uopo, dovrebbe tenersi in considerazione la possibilità, alternativa, di ricapitalizzazione indiretta delle istituzioni finanziarie di uno Stato membro, da parte del MES, per mezzo di un prestito al relativo governo nazionale. A meno che non sia considerata suscettibile di innescare, da sola, un drastico peggioramento delle prospettive fiscali del medesimo Stato membro del MES, tale forma di assistenza dovrebbe essere preferita al DRI. Appare possibile affermare, dunque, che quest'ultimo rappresenta uno strumento di ultima istanza cui ricorrere soltanto se lo Stato membro del MES che lo ha richiesto non è in grado di finanziare, autonomamente, il piano di salvataggio di un istituto di credito senza compromettere i propri conti. In tutti gli altri casi, il governo nazionale deve dotarsi di un proprio sostegno finanziario per la banca in difficoltà, reperendo le somme necessarie sul mercato dei capitali o, nel peggiore dei casi, accedendo ad un finanziamento del MES. Sotto questo profilo una parte della dottrina ha rilevato come gli Stati membri sarebbero, teoricamente, riluttanti nel richiedere l'attivazione del DRI poiché facendolo ammetterebbero, seppur in maniera implicita, una grave fragilità fiscale suscettibile

[79] C. Hadjiemmanuil, *Bank Resolution Financing in the Banking Union*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 6/2015, p. 29.
[80] *Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions*, 8 dicembre 2014.
[81] B. Van Roosebeke, *The ESM's Direct Recapitalisation of Banks: Looking Forward in Backstop-Questions*, in *CEP Policy Contribution*, 2014, p. 4.
[82] Art. 3, par. 1, *ESM DRI Guidelines*.
[83] *Ivi*, art. 8, par. 1.
[84] *Ivi*, articoli 4, par. 1, 2, par. 1, e 3, par. 2.

di innescare la menzionata spirale tra rischio bancario e rischio sovrano che l'unione bancaria si prefigge di impedire[85].

Il contributo del MES per la ricapitalizzazione di un'istituzione finanziaria deve essere erogato successivamente alla piena applicazione del regolamento 806/2014. In altri termini, il ricorso ad esso può avere luogo solo in seguito al finanziamento, da parte del settore privato – ovvero di investitori nell'istituto di credito in crisi e del sistema bancario generale – dell'intervento di stabilizzazione finanziaria per la somma di almeno il 13% delle passività totali della banca sottoposta a risoluzione. Solo dopo il superamento di questa soglia si ammette il ricorso al DRI[86].

Nonostante quest'ultimo rappresenti lo strumento di ultima istanza attraverso cui impedire, negli Stati membri fiscalmente più deboli, che la nota connessione tra rischio bancario e rischio sovrano possa spiegare i suoi effetti perversi, proprio i medesimi fragili Stati membri sono tenuti a contribuire al programma di assistenza finanziaria impiegando le proprie esigue risorse al fine di ottenerne altre in prestito. Sostanzialmente, lo Stato membro richiedente è, a sua volta, richiesto di dare un primo contributo alla ricapitalizzazione della banca in difficoltà, immettendo tutto il capitale necessario al soddisfacimento di determinati parametri di adeguatezza patrimoniale. Risulta, pertanto, evidente come, nonostante la piena operatività del meccanismo in questione, i governi nazionali restino responsabili, *prima facie*, del sostegno finanziario nei confronti dei propri istituti di credito. Ed anche quando – chiamati a finanziare la ricapitalizzazione delle proprie banche di rilevanza sistemica – manifestano la loro fragilità fiscale richiedendo, poiché indispensabile, il supporto esterno, gli Stati membri devono effettuare siffatta ricapitalizzazione generalmente per conto proprio.

In definitiva, con il DRI si procede alla ricapitalizzazione di un'istituzione finanziaria nella misura necessaria a colmare il divario intercorrente tra il parametro di adeguatezza patrimoniale previsto dal regolamento 806/2014 e quello prescritto dalla BCE nella sua funzione di autorità preposta alla vigilanza.

Occorre, comunque, sottolineare che le risorse proprie dello Stato membro richiedente possono essere inferiori a quelle testé indicate qualora esso non sia ritenuto in grado di contribuire, per motivi fiscali, all'operazione di ricapitalizzazione. All'uopo deve esprimersi il Consiglio dei governatori, atteso che il medesimo Stato membro deve impegnarsi a tenere indenne il MES da qualsiasi perdita attribuibile alla sua mancata contribuzione e deve accettare una determinata condizionalità[87].

Qualsiasi decisione di utilizzare il DRI comporta, infatti, specifiche condizioni, non solo per lo Stato membro richiedente, ma anche per l'istituto di credito beneficiario. In particolare, quest'ultimo deve essere ristrutturato sulla base di un piano elaborato dal MES congiuntamente ad esso stesso ed allo Stato membro, di concerto con la BCE – nella sua funzione di autorità preposta alla vigilanza prudenziale – e con il SRB[88]. L'obiettivo è di garantire il ritorno alla redditività della banca a seguito dell'operazione di ricapitalizzazione. Poiché siffatta operazione di ricapitalizzazione

85 C. Hadjiemmanuil, *op. cit.*, p. 31.
86 Art. 8, par. 3, *ESM DRI Guidelines*.
87 Art. 9, paragrafi 3 e 4, *ESM DRI Guidelines*.
88 *Ivi*, art. 4, par. 5.

è considerata una forma di assistenza pubblica, il relativo piano di ristrutturazione necessita, inoltre, dell'approvazione della Commissione europea in conformità agli articoli 107-108 TFUE[89].

Ulteriori condizioni, sia per la banca che per lo Stato membro, possono essere stabilite al di là di quanto previsto dalla normativa afferente agli aiuti di Stato ma pur sempre nell'ambito di quella del MES. Tali condizioni possono, peraltro, influenzare la gestione dell'istituto di credito e le sue politiche interne, per esempio, fissando limiti alla remunerazione del *management* ed ai dividendi. Pertanto, nonostante possa rivenirsi la volontà di esimere il MES dalla gestione ordinaria della banca[90], occorre constatare come lo stesso sarà in grado di influenzare gli aspetti chiave del futuro modello di *business* della banca medesima.

Se il MES si limita a fornire assistenza indiretta sotto forma di prestiti, il ricorso al DRI, in vista dei suoi rigorosi presupposti e termini, appare perseguibile soltanto in circostanze del tutto eccezionali. E finanche in tali circostanze, lo Stato membro dovrà condividere una parte considerevole degli oneri finanziari connessi all'operazione, nonostante esso non sia più responsabile della supervisione della banca in difficoltà.

L'implementazione dell'Unione bancaria ha messo rapidamente in evidenza come l'obiettivo di interrompere la spirale tra rischio bancario e rischio sovrano potesse, probabilmente, essere raggiunto senza l'ausilio del DRI o, al massimo, senza che quest'ultimo dovesse fornire fondi consistenti. In particolare, l'affermazione del principio del *bail-in* ed il contributo del SRF quali condizioni necessarie per il suo impiego hanno dirottato l'asse del potenziale finanziamento per le operazioni di ricapitalizzazione degli istituti di credito dal MES agli istituti di credito medesimi, congiuntamente agli investitori e creditori di questi ultimi. Il DRI, pertanto, è stato confinato ad un mero ruolo di supporto cui ricorrere soltanto in tre specifiche circostanze. La prima consiste nell'impossibilità degli accordi di ripartizione degli oneri di far tornare la banca alla redditività. La seconda, alquanto remota, è rappresentata dal simultaneo ricorso al fondo di un numero di istituti di credito tale da assorbire tutte le risorse disponibili. La terza si manifesta nell'impossibilità della ricapitalizzazione indiretta[91].

Il DRI finisce per rappresentare, dunque, un elemento marginale di un regime di risoluzione alquanto complesso, sostenuto da una pluralità di modalità di finanziamento ed al quale, quantomeno sotto il profilo formale, nemmeno appartiene. Le sue condizioni restrittive di ammissibilità suggeriscono che potrebbe non essere disponibile in tutti i casi pertinenti, anche quando le risorse finanziarie del governo nazionale di riferimento risultino insufficienti. In definitiva, il sostegno indiretto del MES per la ricapitalizzazione degli istituti di credito rimane un'alternativa più praticabile.

Per quanto attiene al SRF, si osserva come il suo obiettivo sia sostanzialmente diverso da quello del DRI e finanche del MES, consistendo nel garantire l'effi-

[89] *Ivi*, articoli 1, par. 3, e 4, paragrafi 4 e 11.
[90] *ESM FAQ on the ESM Direct Bank Recapitalisation Instrument*, 8 dicembre 2014, risposta al quesito n. 15.
[91] *Ivi*, risposta al quesito n. 3.

ciente applicazione degli strumenti e dei poteri della risoluzione[92]. Esso deve essere impiegato in conformità alle finalità della risoluzione[93] oltre che ai principi che la disciplinano, concernenti, tra l'altro, l'accollo delle perdite – *in primis* in capo agli azionisti ed in via subordinata ai creditori dell'ente soggetto a risoluzione secondo un ordine di priorità stabilito dal regolamento 806/2014 – e la piena salvaguardia dei depositi protetti[94]. In nessun caso le spese sostenute dal SRF o le sue perdite possono gravare sul bilancio dell'Unione o su quello degli Stati membri.

I piani di risoluzione delle banche in crisi possono presupporre, *prima facie*, l'impiego del SRF[95]. Essi, inoltre, devono identificare le modalità di finanziamento delle azioni di risoluzione di gruppo e – ove sia richiesto il ricorso al Fondo – devono stabilire i principi per la condivisione della responsabilità di tale finanziamento tra le fonti di finanziamento presenti nei diversi Stati membri[96].

A questo punto, appare possibile tracciare una sorta di percorso virtuale inerente al finanziamento delle risoluzioni degli istituti di credito, suscettibile di ovviare ai *deficit* di capitale che nel settore bancario potrebbero manifestarsi[97]. La prima tappa prevede che le banche stesse reperiscano autonomamente capitali, sia attraverso canali privati che con l'eventuale ricorso al *bail-in*. Qualora ciò dovesse rivelarsi insufficiente, si potrà ricorrere al SRF per finanziare, almeno parzialmente, l'operazione di risoluzione. Se, a sua volta, l'impiego del SRF risultasse insufficiente, gli Stati membri forniranno la necessaria ricapitalizzazione per gli istituiti di credito attraverso un sostegno finanziario pubblico soggetto alla disciplina sugli aiuti di stato. Laddove nemmeno il sostegno statale riuscisse a garantire, appieno, la gestione delle crisi, sarà possibile ricorrere al MES – nella forma di prestiti aventi lo specifico obiettivo di ricapitalizzare le istituzioni finanziarie – e, in condizioni eccezionali, finanche al DRI, nel rispetto, in entrambe le circostanze, degli articoli 107-108 TFUE.

Occorre, infine, rilevare quanto complessa appaia la previsione dei requisiti di capacità finanziaria e di dimensione effettiva del SRF, dato che essi possono essere effettivamente determinati dalla capacità dello strumento del *bail-in* di assorbire le prime perdite della banca. Ad ogni modo, può concludersi che il SRF dovrebbe avere accesso al MES in quanto strumento di sostegno finanziario nel caso di crisi sistemiche[98]. All'uopo, sembra essenziale che le istituzioni europee si attengano alle loro promesse del giugno 2012 concernenti la diretta ricapitalizzazione delle banche in difficoltà attraverso il MES considerato, peraltro, da esse come uno dei sistemi

92 Art. 67, par. 2, regolamento 806/2014.
93 *Supra*, par. 3.
94 Art. 15, par. 1, regolamento 806/2014.
95 *Ivi*, art. 8, par. 6, lett. a).
96 *Ivi*, art. 8, par. 11, lett. f).
97 Council of the EU, *Council statement on EU banks' asset quality reviews and stress tests, including on backstop arrangements*, in *Economic and Financial Affairs Council meeting*, 15 novembre 2013, par. 9.
98 D. Gross, D. Schoenmaker, *European Deposit Insurance and Resolution in the Banking Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2014, p. 529 ss.; J. Pisany-Ferry, G. B. Wolff (eds.), *The Fiscal Implications of a Banking Union*, Bruxelles, 2012.

maggiormente performanti per interrompere il circolo vizioso tra debito sovrano e debito bancario[99].

6. Il MES ed il SRM sono due dei numerosi strumenti predisposti dall'UEM per fronteggiare la recente crisi finanziaria. Tra i loro obiettivi vi è quello di interrompere il circolo vizioso tra rischio sovrano e rischio bancario.

La funzione del MES, istituito mediante un accordo intergovernativo, è di ricapitalizzare il sistema finanziario nel suo complesso, quindi con riferimento sia agli Stati membri dell'UEM sia alle loro principali istituzioni finanziarie. La sua previsione, pertanto, rientra nel settore della politica economica dell'Unione e non in quello della politica monetaria, anche se la sua azione, sebbene indirettamente, potrebbe implicare degli effetti su quest'ultima, con particolare riferimento alla stabilità dei prezzi[100]. La funzione del SRM, invece, introdotto attraverso un atto di diritto derivato, è concentrata sull'evitare il salvataggio pubblico delle istituzioni finanziarie di importanza sistemica, le cui perdite devono gravare sui rispettivi creditori – e quindi sul settore privato – e non sulla generalità dei contribuenti.

L'azione del MES è fondata su due elementi principali: la sua notevole capacità finanziaria e la stretta condizionalità che può essere imposta agli Stati membri beneficiari. Anche quella del SRM è basata su due elementi fondamentali. Il primo è la capacità di gestire, operativamente, la situazione di crisi della banca fornendo, all'occorrenza, un sostegno finanziario all'istituto di credito in difficoltà. All'uopo è deputato il SRF, previsto dal regolamento istitutivo del SRM, il cui conferimento di risorse, tuttavia, è stato regolato da un accordo intergovernativo. Il secondo elemento è rappresentato dalla ricapitalizzazione della banca in crisi attraverso una forma di auto-assicurazione, consistente nel *bail-in* sul suo debito non garantito.

Le decisioni in seno al MES sono adottate dai Ministri delle finanze degli Stati membri dell'UEM, mentre nel SRM sono demandate al SRB nelle sue due configurazioni. Pertanto, in termini politici, esiste una soglia molto più elevata di impiego del MES rispetto al SRF. Inoltre, il processo decisionale nell'ambito del MES – che richiede, praticamente, l'unanimità – rende il suo operato particolarmente lento rispetto a quanto ipotizzato in occasione della sua istituzione[101]. Diversamente, il SRB è tenuto ad adottare le proprie decisioni in tempi rapidissimi[102]. In conclusione, il MES, al contrario del SRF, appare una fonte improbabile di immediata liquidità massiccia. Occorre, inoltre, sottolineare come il primo non sarebbe in grado di fornire fondi agli Stati membri che, pur non adottando l'euro, hanno scelto di aderire all'Unione bancaria. Affinché ciò possa avere luogo dovrebbe procedersi ad una modifica del relativo Trattato istitutivo. Per poter beneficiare, almeno in linea potenziale, del supporto del secondo, gli Stati membri con deroga dovrebbero, molto più semplicemente, aderire al SSM instaurando con la BCE una cooperazione stretta in materia di vigilanza prudenziale[103].

---

99 *Euro Area Summit Statement*, 29 giugno 2012, p. 1.
100 Sentenza *Pringle*, punti 57 e 60.
101 Articoli 4, par. 3, e 15, par. 5, Trattato MES.
102 Art. 18 regolamento 806/2014.
103 *Supra*, par. 2.

Sia il MES che il SRM svolgono i propri compiti nel rispetto del diritto dell'Unione. Con riguardo al primo, infatti, occorre specificare che gli Stati membri sono liberi di istituire un meccanismo come quello in questione, a condizione che esso, nel suo funzionamento, rispetti il diritto dell'Unione con particolare riferimento alle misure concernenti il coordinamento delle loro politiche economiche[104]. In merito al secondo si rammenta che la sua autorità è esercitata dal SRB, ossia da un'agenzia dell'Unione e, quindi, secondo il diritto dell'Unione medesima[105].

Il sistema che deriva dall'interazione dei due strumenti, prevedendo l'intervento, in via ordinaria, del SRM – ed eventualmente del collegato SRF – ed in via straordinaria del MES, dovrebbe, quantomeno in linea teorica, ridurre al minimo i costi pubblici di salvataggio degli istituti di credito in crisi e rappresentare una valida barriera alla spirale tra il rischio bancario e quello sovrano.

Occorre, comunque, sottolineare che, se l'entità del SRF risulta, di per sé, modesta per raggiungere gli obiettivi cui è preposto[106], anche la possibilità che il MES, la cui dimensione finanziaria è di oltre un decuplo del SRF, sostenga effettivamente quest'ultimo nel corso di un'ampia crisi sistemica solleva qualche perplessità. Affinché tale sostegno possa avere luogo, infatti, il MES dovrebbe possedere i poteri propri dei prestatori di ultima istanza. Ad esso, tuttavia, al momento tali poteri non sono stati attribuiti.

Pertanto, nell'attuale configurazione dell'Unione bancaria, il sostegno alle crisi sistemiche di ampia dimensione finirebbe per essere offerto, come in effetti è stato offerto, dalla BCE la quale, essendo un'autorità bancaria centrale, può creare quantità illimitate di moneta per fornire le necessarie garanzie che devono essere prestate, quando la suddetta spirale è oramai innescata, ai possessori di titoli del debito pubblico[107].

A tale conclusione si giunge rapidamente osservando che la BCE, al fine di perseguire gli obiettivi del SEBC, può operare sui mercati finanziari acquistando e vendendo crediti e strumenti negoziabili[108]. Trattasi, infatti, di operazioni da condursi sui mercati secondari nel contesto delle operazioni di mercato aperto. In tal modo essa, lungi dall'accordare crediti agli Stati membri, fornirebbe liquidità ai titolari delle obbligazioni statali che generalmente corrispondono alle istituzioni finanziarie. Quando tali operazioni sono state, semplicemente, annunciate, mediante un comunicato stampa, dalla BCE, hanno prodotto degli effetti ampiamente positivi sui mercati finanziari[109]. Esse, successivamente, sono state sottoposte al vaglio della Corte di giustizia la quale, a seguito di un lungo, complesso ed articolato ragionamento – che in questa sede non è possibile esporre – le ha ritenute conformi alle

104 *Supra*, par. 4.

105 C. Bates, S. Gleeson, *Legal Aspects of Bank Bail-ins*, in *Law and Financial Markets Review*, 2011, p. 264 ss., p. 269.

106 *Supra*, par. 4.

107 P. De Grauwe, *The European Central Bank as Lender of Last Resort in the Government Bond Markets*, in *CESifo Economic Studies*, 2013, p. 520 ss.

108 Art. 18 Statuto SEBC. Sull'importanza degli obiettivi del SEBC v., su tutti, M. J. Herdegen, *Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 9 ss., p. 21.

109 BCE, *Technical features of Outright Monetary Transactions*, 6 settembre 2012.

norme dei Trattati afferenti alla politica monetaria, in particolare agli articoli 119, 123, par. 1, e 127, paragrafi 1 e 2, TFUE, oltre che al Protocollo sullo Statuto del SEBC e della BCE[110].

Le operazioni auspicate dalla dottrina ed annunciate dalla BCE non devono essere confuse con quelle, vietate, di acquisto diretto – da parte della medesima BCE – di titoli del debito pubblico[111]. Queste ultime, infatti, forniscono liquidità agli Stati membri ed implicano un finanziamento monetario al *deficit* di bilancio che non è ammesso ai sensi dell'art. 125 TFUE.

Se la BCE, nel corso degli ultimi anni, è intervenuta, a più riprese, nelle dinamiche del mercato finanziario dell'UEM svolgendo le funzioni caratteristiche del prestatore di ultima istanza, erogando agli istituti di credito considerevoli quantitativi di liquidità attraverso gli strumenti tipici a disposizione delle banche centrali, il MES, lungi dall'aver svolto siffatte funzioni, ha rivestito, e peraltro solo in parte, il ruolo di supporto finanziario al settore bancario. Sull'operato del SRM e del SRF, invece, è ancora troppo presto per esprimere valutazioni dato che essi sono diventati pienamente operativi soltanto lo scorso 1° gennaio.

In generale, comunque, appare possibile affermare che il sistema di sostegno alle crisi bancarie istituito dall'Unione, benché foriero di effetti positivi sul relativo mercato finanziario, non si configuri, al momento, come il più appropriato ad interrompere il circolo vizioso tra rischio sovrano e rischio bancario. Affinché ciò possa effettivamente avere luogo dovrebbe svilupparsi, contemporaneamente ad esso, una completa e profonda unione fiscale[112].

Abstract

Similarities, Differences and Interactions between the European Stability Mechanism and the Single Resolution Mechanism

This paper is devoted to grasp similarities, differences and interactions between the European Stability Mechanism and the Single Resolution Mechanism, with particular regard to the level of control on their activity and to the relationships between them and the EMU institutions. To this end, its analysis is conducted under a comparative profile. Firstly, it examines the ambit of application of these mechanisms, their organisation and decision-making processes. Secondly, it focuses on their goals, resources and tools. Thirdly, it explores the most important features of their loans. Finally, it seeks to evaluate their joint impact on resolution for banks in the EMU.

110 Sentenza del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Peter Gauweiler* e *a.* c. *Deutscher Bundestag*, punto 128. Sul punto v., *ex multis*, D. Adamski, *Economic Constitution of the Euro Area After the Gauweiler Preliminary Ruling*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1451 ss.

111 Art. 21 Statuto SEBC.

112 G. S. Zavvos, S. Kaltsouni, *op. cit.*, p. 141 ss.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 427-454

Pierluigi Simone*

I diritti derivati degli immigrati stranieri appartenenti a nuclei familiari "ricostituiti" o "ricomposti"

Sommario: 1. Le componenti sostanziali della famiglia ricostituita e il progressivo delinearsi di essa nel diritto della Comunità e dell'Unione europea: asilo, immigrazione e libera circolazione delle persone. – 2. Il nucleo familiare ricomposto alla prova delle garanzie fondamentali, tra concessione allo straniero del diritto di soggiorno per ricongiungimento e cittadinanza dell'Unione. – 3. L'(in)applicabilità della giurisprudenza *Ruiz Zambrano* e la funzione di bilanciamento affidata al giudice nazionale. – 4. La riorganizzazione del connubio affettivo al crocevia tra cittadinanza dell'Unione, politica di immigrazione, diritto al rispetto della vita familiare e ponderazione del superiore interesse del minore. – 5. L'"efficacia asimmetrica" dei diritti attribuiti ai familiari extraeuropei di cittadini di Stati terzi e ai familiari extraeuropei di cittadini dell'Unione dalle direttive 2003/86/CE e 2004/38/CE.

1. Gli effetti che i flussi di emigrazione e di immigrazione esercitano sulle caratteristiche e sulle dinamiche della struttura familiare, tanto negli Stati di partenza quanto in quelli di arrivo, sono molteplici e costantemente interrelati. Da tempo i sociologi sottolineano la necessità di porre la famiglia al centro dell'analisi delle reti e delle catene migratorie poiché all'interno dei nuclei familiari viene elaborata e costruita, con modalità spesso contrastanti, la decisione di partire; la famiglia diventa così un elemento fondamentale, destinato ad assumere un ruolo nevralgico in tutto il percorso che conduce al suo inserimento nel tessuto sociale dello Stato di destinazione[1].

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata".

1 V. S. F. Harbison, *Family Structure and Family Strategy in Migration Decision Making*, in G. F. De Jong, R. W. Gardner (eds.), *Migration Decision Making: Multidisciplinary Approaches to Microlevel Studies in Developed and Developing Countries*, New York, 1981, p. 225 ss.; C. H. Wood, *Equilibrium and Historical-Structural Perspectives on Migration*, in *International Migration Review*, 1982, p. 298 ss.; R. Torrealba Orellana, *Migratory Movements and their Effects on Family Structure: The Latin American Case*, in *International Migrations*, 1989, p. 319 ss.; W. A. Dumon, *Famiglia e movimenti migratori*, in E. Scabini, P. Donati (a cura di), *La famiglia in una società multietnica*, Milano, 1993, p. 27 ss.; H. Zlotnik, *Migration and the Family: The Female Perspective*, in *Asian and Pacific Migration Journal*, 1995, p. 253 ss.; C. de Gourcy, F. Arena, Y. Knibiehler (dirs.), *Familles en mouvement. Migrations et parentalité en Méditerranée*, Aix en Provence-Marseille, 2013.

Oggetto di una rinnovata e ricchissima riflessione scientifica in cui viene ovviamente coinvolto il mondo del diritto, l'aggregato familiare stimola il dibattito giuridico collegato ai temi dell'immigrazione anche con specifico riguardo alle grandi trasformazioni che lo stanno investendo e alle sue forme sempre più eterogenee. Accanto alla famiglia tradizionale, nella società contemporanea (in particolare, europea) sono emerse, progressivamente e frequentemente, quelle che vengono definite "nuove famiglie", espressive dei profondi cambiamenti di costume e di valori oramai intervenuti.

Tra queste va menzionata la famiglia "ricostituita" (o, secondo alcuni, "ricomposta"), creata da due persone che hanno deciso di intraprendere un percorso di vita comune sotto lo stesso tetto, nella quale entrambe o almeno una delle due sono reduci da un matrimonio, finito per divorzio o vedovanza, o hanno comunque sperimentato nel passato separazioni da altri *partner*[2]. La famiglia ricostituita (destinata a diffondersi, se si considera l'aumento delle separazioni e dei divorzi e il conseguente incremento di percorsi di riorganizzazione familiare che conducono a una molteplicità di intrecci relazionali) assume connotati di spiccata complessità qualora vi siano figli nati dalle precedenti unioni. Appartenendo alle abitazioni (intese come luoghi non solo logistici) in cui risiedono gli ex coniugi, essi transitano infatti tra i parenti del nucleo familiare originario e i componenti della nuova famiglia, restano coinvolti in ognuno di questi spazi emozionali e assorbono stili, comportamenti, concezioni e percezioni della vita familiare molto dissimili. A prescindere dalla complessità della sua strutturazione, la famiglia ricostituita combina dunque necessariamente vecchi e nuovi modi di coabitare e di rapportarsi[3].

L'evoluzione subita dall'istituto familiare non è ignota all'ordinamento giuridico internazionale. Pur in assenza di una disciplina precisa, non mancano infatti accordi adottati su base universale e regionale i quali, nel tutelare la famiglia (in generale e nei contesti legati al fenomeno delle migrazioni che qui interessa), prendono in considerazione, in modo espresso o sottinteso (spesso, magari, con un linguaggio non molto netto), anche le nuove tipologie esistenti, ivi compresi i nuclei venutisi a costituire all'esito di una disgregazione cui ha fatto seguito la ricomposizione di un legame affettivo[4].

---

[2] Cfr. G. B. Spanier, F. F. Fustenberg, *Remarriage and Reconstituted Families*, in M. B. Sussman, S. Steinmetz (eds.), *Handbook of Remarriage and the Family*, New York, 1987, p. 419 ss.; D. Le Gall, C. Martin, *Transitions familiales, logiques de recompositions et modes de régulation conjugale*, in M. T. Meulders Klein, I. Théry (dirs.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, 1993, p. 137 ss.; A. L. Zanatta, *Le nuove famiglie*, Bologna, 1997; I. Théry, *Le costellazioni familiari ricomposte: una questione sociale e culturale*, in S. Mazzoni (a cura di), *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte*, Milano, 2002, p. 13 ss.; G. Da Molin, *Famiglia*, in *Enciclopedia del Novecento*, *Supplemento*, III, Roma, 2004, p. 441 ss.

[3] C. Crouch, *Social Change in Western Europe*, Oxford-New York, 1999; G. C. Blangiardo, *Analisi demografica delle "nuove" forme familiari e delle forme di convivenza in Italia e in Europa*, in P. Donati (a cura di), *Identità e varietà dell'essere famiglia. Il fenomeno della "pluralizzazione"*, Settimo rapporto CISF sulla famiglia in Italia, Cinisello Balsamo, 2001, p. 120 ss.; S. Cadolle, *Entraide et solidarités dans les constellations familiales recomposées,* Rapport de recherche pour la CNAF, Paris, 2003; I. Corpart (dir.), *Familles recomposées. La couple, l'enfant, les parents, les beaux-parents, le patrimoine, le logement*, Rueil Malmaison, 2011.

[4] Cfr. l'art. 13, par. 2, della Convenzione OIL n. 143 sulle migrazioni in condizioni abusive e sull'incremento dell'uguaglianza di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti, approvata a

A livello regionale, in particolare, in un panorama normativo nel quale la centralità e l'importanza della famiglia vengono ribadite a più riprese[5], la posizione maggiormente avanzata sembra essere quella espressa in seno al Consiglio d'Europa. Nel catalogo previsto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950[6], la famiglia ricostituita inerisce al diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8, par. 1[7]. Sebbene, quando si tratti di immigrati, tale norma venga solitamente in rilievo laddove sia compromessa l'unità della famiglia nucleare[8], la famiglia ricomposta risalta nell'interpretazione data alla disposizione di cui sopra dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[9].

L'obbligo di protezione della famiglia e di rispetto della vita familiare consacrato nella CEDU ha ispirato altresì l'ordinamento della Comunità europea (perlomeno, dopo la "comunitarizzazione" del diritto di famiglia operata attraverso le competenze immesse nel Titolo IV TCE risultato dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997) e ispira quello dell'Unione europea sua erede[10]. Esso insiste sull'art.

Ginevra il 24 giugno 1975; gli articoli 5 e 10, par. 2, della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989; e gli articoli 4 e 44 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, pure essa fatta a New York il 18 dicembre 1990.

[5] V., per l'Organizzazione degli Stati americani, l'art. 17 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo (San Josè, 22 novembre 1969); per l'Unione africana, l'art. 18 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (Nairobi, 28 giugno 1981); e, per la Lega degli Stati arabi, l'art. 33 della Carta araba dei diritti dell'uomo (Tunisi, 23 maggio 2004).

[6] La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 è attualmente vigente in tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

[7] Cfr. in merito C. Pitea, L. Tomasi, *Commento all'art. 8*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 297 ss.

[8] V. Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 19 luglio 1968, *X* c. *Germania*, par. I, nonché Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 13 giugno 1979, *Marckx* c. *Belgio*, par. 45; del 9 ottobre 2003, *Slivenko* c. *Lettonia*, par. 94; del 3 ottobre 2014, *Jeunesse* c. *Paesi Bassi*, paragrafi 100-105; e del 16 febbraio 2016, *Soares de Melo* c. *Portogallo*, par. 88.

[9] V. la sentenza del 10 luglio 2014, *Senigo Longue* e *altri* c. *Francia*, par. 67, nella quale la Corte ha dichiarato sussistente la violazione dell'art. 8 di fronte al rifiuto prolungato, opposto dalle autorità consolari, al rilascio di visti di ingresso in Francia a scopo di ricongiungimento in favore dei figli minorenni che una immigrata camerunese, divenuta cittadina francese per matrimonio, aveva avuto prima delle nozze, asserendo come la protratta e forzata separazione dei figli suddetti dalla loro madre (e dal patrigno) avesse integrato gli estremi di una ingerenza illegittima perpetrata dallo Stato convenuto nell'esercizio del diritto di cui essi avrebbero dovuto beneficiare. La famiglia ricostituita era stata già tenuta presente, in modo molto più sfumato, anche nella sentenza del 31 gennaio 2006, *Rodrigues da Silva* e *Hoogkamer* c. *Paesi Bassi*, par. 42, allorché il rifiuto, da parte dello *Staatssecretaris van Justitie*, di concedere un permesso di soggiorno a una donna brasiliana, madre di una bambina nata nei Paesi Bassi e munita della cittadinanza olandese, dal quale sarebbero derivati il suo rientro obbligato in Brasile, la rottura dei legami con la figlia e l'impossibilità di mantenere contatti regolari con quest'ultima, fu ritenuto contrario all'art. 8 CEDU in considerazione del supremo interesse del minore valutato in riferimento a una famiglia che comprendeva anche il figlio nato da una precedente relazione della ricorrente.

[10] V. C. Ricci, *La "famiglia" nella giurisprudenza comunitaria*, in S. Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 91 ss.; L. Tomasi, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, *ivi*, p. 47 ss.; Id., *La tutela degli* status *familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007; E. Bergamini, *La famiglia quale oggetto di tutela nel diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico*

7 della Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (a sua volta corrispondente all'art. 8 della Convenzione di Roma, stando alle Spiegazioni concernenti la Carta medesima)[11], nonché, per quanto di rilievo ai fini della presente disamina, sulla necessità di un ravvicinamento delle legislazioni nazionali relative alle condizioni di ammissione e di soggiorno dei cittadini di Stati terzi (ai quali va garantito un trattamento equo, se legalmente residenti sul territorio degli Stati membri) che offra loro diritti e doveri comparabili a quelli dei cittadini dell'Unione. L'intento consiste dunque nel contribuire a una stabilità socio-culturale che faciliti l'integrazione e permetta di promuovere la coesione economica e sociale, obiettivo essenziale dell'Unione ora enunciato dall'art. 3, par. 3, co. 3, TUE[12].

I tratti distintivi della famiglia ricostituita affiorano dalla lettura di varie fonti di diritto derivato riconducibili sia alle politiche nei settori dell'asilo e dell'immigrazione, sia alla libera circolazione delle persone[13]. Per ciò che concerne l'asilo, indizi si ricavano dall'art. 15 della direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi[14]; dall'art. 2, lett. j), della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini

---

comparato ed europeo, 2010, p. 457 ss.; A. Adinolfi, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 5 ss.

[11] In relazione all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (del quale si tornerà a parlare *infra*, par. 2, nonché, soprattutto, par. 4 e nota 82, e par. 5), le Spiegazioni a essa allegate affermano che "[c]onformemente all'articolo 52, paragrafo 3 [della Carta], il significato e la portata di questi diritti sono identici a quelli del corrispondente articolo della CEDU. Le limitazioni che vi possono legittimamente essere apportate sono pertanto quelle autorizzate ai sensi del suddetto articolo 8 (…)". Cfr. C. Campiglio, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 279 ss.

[12] Cfr. su di esso, da ultimo, L. Fumagalli, *Commento all'art. 3 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 14 ss.

[13] In verità, anche alcuni atti esterni alle politiche dell'asilo e dell'immigrazione e alla libera circolazione delle persone includono le famiglie ricostituite nella loro sfera applicativa. Così, l'art. 2, par. 2, dell'Allegato VII dello Statuto dei funzionari delle Comunità europee, approvato con il regolamento n. 31/CEE e n. 11/CEEA del Consiglio, del 18 dicembre 1961, spesso emendato, e recante disposizioni relative alla retribuzione e ai rimborsi spese, dopo le modifiche introdotte dall'art. 1, n. 6, del regolamento (Euratom, CECA, CEE) n. 2278/69 del Consiglio, del 13 novembre 1969, considera figli a carico, ai fini del versamento degli assegni familiari, il figlio legittimo naturale o adottivo del funzionario o del coniuge purché sia effettivamente mantenuto dal primo. Analogo approccio si evince dal regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in virtù delle definizioni di "responsabilità genitoriale" e di "titolare della responsabilità genitoriale" (che trascende dalla figura del genitore biologico) di cui all'art. 2, numeri 7 e 8, e della rottura di qualsiasi nesso tra le decisioni sulla responsabilità genitoriale e quelle riguardanti la dissoluzione del matrimonio.

[14] L'art. 15 della direttiva 2001/55 considera facenti parte delle famiglie già costituite nello Stato di origine e separate a causa di circostanze connesse all'afflusso massiccio, i figli o le figlie minorenni non sposati del richiedente il ricongiungimento o del coniuge. V. C. Favilli, *La protezione internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 128 ss.

terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta[15]; dall'art. 2, lett. g), del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide[16]; e dall'art. 2, lett. c), della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale[17].

In merito alla politica dell'immigrazione, invece, l'art. 4, par. 1, co. 1, lettere c) e d), della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al ricongiungimento familiare[18], prescrive agli Stati membri di autorizzare l'ingresso e il soggiorno, tra gli altri, dei figli minorenni, compresi gli adottati, del soggiornante o del coniuge del soggiornante quando questi ne abbiano l'affidamento e siano responsabili del loro mantenimento[19]. Nello stesso senso, tramite espliciti richiami alla direttiva 2003/86, si esprimono la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti

[15] Art. 2, lett. j), della direttiva 2011/95: "Ai fini della presente direttiva, si intende per 'familiari' i seguenti soggetti appartenenti al nucleo familiare, già costituito nel paese di origine, del beneficiario di protezione internazionale che si trovano nel medesimo Stato membro in connessione alla domanda di protezione internazionale: (…) i figli minori delle coppie [formate dal beneficiario e dal suo coniuge o dal beneficiario e dal suo *partner*] o del beneficiario di protezione internazionale, a condizione che siano non sposati, indipendentemente dal fatto che siano legittimi, naturali o adottivi secondo le definizioni della normativa nazionale (…)".

[16] Secondo l'art. 2, lett. g), del regolamento 604/2013, la famiglia del richiedente è formata anche dai figli minori comuni delle coppie richiedente-coniuge e richiedente-*partner* nonché dai figli del solo richiedente.

[17] L'art. 2, lett. c), della direttiva 2013/33 ritiene appartengano alla famiglia del richiedente asilo sia i figli minori non coniugati che questi abbia in comune con il coniuge o con il *partner* cui è legato da una relazione stabile (qualora la legislazione o la prassi dello Stato membro interessato assimilino la situazione delle coppie di fatto a quelle sposate nel quadro della legge sui cittadini di Stati terzi), sia i figli minori non coniugati del solo richiedente. Del medesimo tenore era l'art. 2, lett. d), ii), della direttiva 2003/9/CE, abrogata dalla direttiva 2013/33 a partire dal 21 luglio 2015. V. L. De Bauche, *La vulnérabilité en droit européen de l'asile: une conceptualisation en construction. Étude en matière de conditions d'accueil des demandeurs d'asile*, Bruxelles, 2012.

[18] L'adozione della direttiva 2003/86 è stata motivata dalla necessità, riconosciuta dal Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 e riaffermata dal Consiglio europeo di Laeken del 14 e 15 dicembre 2001, di un ravvicinamento delle legislazioni nazionali relative alle condizioni di ammissione e soggiorno dei cittadini di Stati terzi (cfr. il 3° 'considerando' della direttiva in questione).

[19] Tale obbligo va adempiuto subordinatamente a quanto stabilito al Capo IV e all'art. 16 dell'atto citato (in merito al quale v. *infra*, nota 75), dedicati rispettivamente alle condizioni richieste per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare e alla disciplina delle ipotesi nelle quali gli Stati membri possono respingere la domanda di ingresso e di soggiorno ovvero ritirare o rifiutare il rinnovo del permesso di soggiorno di un familiare. All'art. 4, par. 1, si tornerà a fare riferimento *infra*, par. 5. Ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. b), della direttiva 2003/86, gli Stati membri possono inoltre autorizzare, per via legislativa o regolamentare, l'ingresso e il soggiorno dei figli adulti non coniugati del soggiornante o del suo coniuge, qualora obiettivamente non possano sovvenire alle proprie necessità in ragione del loro stato di salute.

di lungo periodo (art. 2, lett. e)[20] e la direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati (art. 2, lett. f)[21].

A proposito della libera circolazione delle persone (allacciando comunque il discorso al coinvolgimento di individui provenienti da Stati terzi), è appena il caso di rammentare che, ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri[22], sono ammessi a godere del diritto di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante, in qualità di "familiari", anche se non abbiano essi stessi la cittadinanza dell'Unione e purché accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo, i discendenti diretti (di età inferiore a ventuno anni o a carico) del solo cittadino dell'Unione ovvero del solo suo coniuge o del solo suo *partner* registrato[23].

Vale poi la pena ricordare l'atteggiamento estensivo manifestato dalla Corte di giustizia nel valutare le prerogative risultanti dalla cittadinanza dell'Unione, atte a ripercuotersi sia sui cittadini dell'Unione, sia sui cittadini di Stati terzi loro con-

---

[20] Su tale provvedimento, modificato dalla direttiva 2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2011 e menzionato anche *infra*, nota 105, si rinvia a E. Crespo Navarro, *La directiva 2003/109/CE del Consejo relativo al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 2004, p. 531 ss.; T. Kostakopoulou, *Long-Term Resident Third Country Nationals in the European Union: Institutional Legacies and Evolving Norms*, in R. Craufurd Smith (ed.), *Culture and European Union Law*, Oxford, 2004, p. 299 ss.; S. Peers, *Implementig Equality? The Directive on Long-Term Resident Third-Country Nationals*, in *European Law Review*, 2004, p. 437 ss.; S. Boelaert Suominen, *Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third Country Nationals who are Long-Term Residents: Five Places Forward and Possibly Three Places Back*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1011 ss.; L. Halleskov, *The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near Equality?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 191 ss.; J. Handoll, *The Long-Term Residents Directive*, in J. Y. Carlier, P. de Bruycker (eds.), *Immigration and Asylum Law of the EU: Current Debates*, Brussels, 2005, p. 269 ss.; A. Skordas, *Immigration and the Market: The Long-Term Residents Directive*, in *Columbia Journal of European Law*, 2006, p. 201 ss.; D. Costa Arcarazo, *The Long-Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship*, Leiden, 2011.

[21] V. su di essa A. Costa, *Extracomunitari altamente qualificati: la Carta Blu UE*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2009, p. 1731 ss.; M. Evola, *La Carta Blu UE: una nuova versione aggiornata della politica del migrante gestarbeiter*, in *Nuove autonomie*, 2009, p. 491 ss.; S. Peers, *Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employer Sanctions Directives*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, 387 ss.; Y. K. Gümüs, *EU Blue Card Scheme: The Right Step in the Right Direction?*, *ivi*, 2010, p. 435 ss.; K. Hailbronner, J. M. Schmidt, *Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the Conditions of Entry and Residence of Third-Country Nationals for the Purposes of Highly Qualified Employment*, in K. Hailbronner (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary on EU Regulations and Directives*, Oxford, 2010, p. 683 ss.; M. Fasciglione, *L'attrazione di lavoratori stranieri altamente qualificati alla luce della nuova disciplina sulla "Blue Card" europea: utopia o realta?*, in *Gli stranieri*, 2011, p. 109 ss. Sulla direttiva 2009/50 cfr. pure *infra*, nota 105.

[22] La direttiva 2004/38 è stata emendata poi dal regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011.

[23] Sulla direttiva 2004/38 v. altresì *infra*, par. 5 e nota 104.

giunti. Tra gli altri, nel caso *Ruiz Zambrano* dell'8 marzo 2011[24], la cui utilità ai fini della disamina che ci si accinge a compiere sarà presto evidente, la Corte di giustizia ha ritenuto l'art. 20 TFUE[25] contrario a provvedimenti nazionali i quali "(…) da un lato, neghi[no] al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi[no] al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione"[26].

Il diniego del permesso di soggiorno e di lavoro nell'ipotesi presa in considerazione avrebbe portato alla conseguenza che i figli del ricorrente, cittadini dell'Unione mai giovatisi della libertà di circolazione, sarebbero stati costretti ad abbandonare il territorio dell'Unione (nozione, questa, che viene a connotare non solo la somma dei territori degli Stati membri ma uno spazio unitario in cui operano diritti e valori condivisi, all'interno del quale possono estrinsecarsi i diritti di cittadinanza)[27]; sarebbe stato quindi impossibile per essi utilizzare in concreto i diritti loro assegnati. Confermando lo *status* di cittadino dell'Unione quale "*status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità (…), il medesimo trattamento giuridico"[28], la sentenza *Ruiz Zambrano* ha segnato il superamento della

---

[24] Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano* c. *Office national de l'emploi (ONEm)*.

[25] In merito a tale norma v. di recente A. Lang, *Commento all'art. 20 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 492 ss.

[26] Sentenza *Ruiz Zambrano*, punto 45. La locuzione "godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione" e il paradigma ideale a essa sotteso si rinvengono altresì nelle sentenze della Corte di giustizia del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*, punti 47 e 56; dell'8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga* e *Ymeraga-Tafarshiku*, punto 36; e del 10 ottobre 2013, causa C-86/12, *Alokpa* e *Moudoulou*, punto 32. V. inoltre le sentenze del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci* e *altri*, punti 64, 65 e 67; e dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Iida*, punto 71.

[27] L. Azoulai, *A Comment on the Ruiz Zambrano Judgment: A Genuine European Integration*, in European Union Observatory on Democracy, *EUDO Observatory on Citizenship*, eudo-citizenship.eu, p. 1, osserva in proposito come "[t]he reference to the 'territory of the Union' (…) is not only the metaphor which designates the sum of the physical territories of the member states. It is a normative reference which refers to a new common space, a space of distribution of rights and common values. What the Court is doing here is to recognise a status to specific categories of individuals-European citizens and the persons connected to them as dependents or care-takers. This status is attached to them wherever they happen to be, it does not depend on their physical location. It grants them rights to circulate and to occupy the European space".

[28] Tale asserzione, apparsa per la prima volta nella sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31, è ormai ripetuta da una nutrita serie di pronunce. Oltre alla sentenza *Ruiz Zambrano*, punto 42, v., *inter alia*, le sentenze del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast* e *R*, punto 82; del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, punto 22; del 29 aprile 2004, causa C-224/02, *Pusa*, punto 16; del 29 aprile 2004, cause riunite C-482 e 493/01, *Orfanopoulos* e *Oliveri*, punto 65; del 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Schempp*, punto 15; del 9 novembre 2006, causa C-520/04, *Turpeinen*, punto 18; dell'11 settembre 2007, causa C-76/05, *Schwarz* e *Gootjes-Schwarz*, punto 86; del 16 dicembre 2008, causa C-524/06, *Huber*, punto 69; del 23 aprile 2009, causa C-544/07, *Rüffler*, punto 62; del 1° ottobre 2009, causa C-103/08, *Gottwald*, punto 23; del 20 maggio 2010, causa C-56/09, *Zanotti*, punto 68; *McCarthy*, punto 47; del 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevič-Vardyn* e *Vardyn*, punto 60; del 21 luglio 2011, causa C-503/09, *Stewart*, punto 80; del 4 ottobre 2012,

distinzione tra cittadini "dinamici" e "statici", e ha determinato lo sganciamento dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione dal concreto esercizio della libertà di circolazione, tant'è che essi finiscono per fungere da pilastro portante per la protezione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza e dalla CEDU[29].

Ne è derivato un ribaltamento completo (peraltro anticipato in parte dalle sentenze *Zhu* e *Chen* del 19 ottobre 2004 e *Rottmann* del 2 marzo 2010)[30] della abituale ottica transnazionale, volta all'avvicinamento delle condizioni dei cittadini nazionali e dei cittadini di altri Stati membri dell'Unione negli Stati ospitanti, a vantaggio di un approccio decisamente unitario ed "europeo", con la cittadinanza dell'Unione che assurge, per l'appunto, a elemento centrale nella protezione di un nucleo essenziale di diritti[31].

Sul fronte delle relazioni esterne dell'Unione, occorre sottolineare infine, rispetto all'Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, firmato ad Ankara il 12 settembre 1963[32], come la Corte di giustizia, interpretando l'art. 7, co. 1, della decisione n. 1/80 sullo sviluppo dell'associazione, emanata il 19 settembre 1980 dal Consiglio di associazione istituito *ex* art. 22

causa C-75/11, *Commissione* c. *Austria*, punto 38; del 16 ottobre 2012, causa C-364/10, *Ungheria* c. *Slovacchia*, punto 40; del 25 ottobre 2012, causa C-367/11, *Prete*, punto 24; del 21 febbraio 2013, causa C-46/12, *L.N.*, punto 27; del 18 luglio 2013, cause riunite C-523 e 585/11, *Prinz* e *Seeberger*, punto 24; del 24 ottobre 2013, causa C-220/12, *Thiele Meneses*, punto 19; del 24 ottobre 2013, causa C-275/12, *Elrick*, punto 19; dell'11 novembre 2014, causa C-333/13, *Dano*, punto 58; del 26 febbraio 2015, causa C-359/13, *Martens*, punto 21; del 2 giugno 2016, causa C-233/14, *Commissione* c. *Paesi Bassi*, punto 75; e del 2 giugno 2016, causa C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, punto 29.

[29] Cfr. L. Azoulai, *op. cit*., p. 1, secondo cui "[the] rights refer to the rights of citizenship (movement, non-discrimination, social integration) but one can also see a reference to the fundamental rights protected under the Charter and the ECHR. If taken seriously, the combination of citizenship and fundamental rights would have far-reaching effect in the broadening of the scope of application of EU law".

[30] Sentenze della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu* e *Chen* c. *Secretary of State for the Home Department*; e del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann* c. *Freistaat Bayern*.

[31] Tra gli svariati commenti apparsi sulla sentenza *Ruiz Zambrano*, vanno segnalati quelli di M. E. Bartoloni, *Il caso* Ruiz-Zambrano*: la cittadinanza dell'Unione europea tra limiti per gli Stati membri e garanzie per i cittadini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 652 ss.; R. De Meo, Status *di cittadino europeo del figlio e diritto derivato di soggiorno del genitore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, c. 763 s.; K. Hailbronner, D. Thym, *Case C-34/09,* Gerardo Ruiz Zambrano *v.* Office national de l'emploi (ONEm)*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1253 ss.; A. Hinarejos, *Extending Citizenship and the Scope of EU Law*, in *Cambridge Law Journal*, 2011, p. 309 ss.; P. Mengozzi, *La sentenza* Zambrano*: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 417 ss.; R. Morris, *European Citizenship and the Right to move Freely: Internal Situations, Reverse Discrimination and Fundamental Rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, p. 179 ss.; R. Palladino, *Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 331 ss.; F. Picod, *Reconnaissance d'un droit de séjour à un ressortissant colombien père de deux enfants devenus citoyens de l'Union*, in *La Semaine juridique-édition générale*, 2011, p. 543; P. van Elsuwege, *Shifting the Boundaries? European Union Citizenship and the Scope of Application of EU Law-Case No. C-34/09,* Gerardo Ruiz Zambrano *v*. Office national de l'emploi, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 263 ss.

[32] L'Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia del 1963, è stato concluso, approvato e confermato a nome della Comunità con la decisione 64/732/CEE del Consiglio, del 23 dicembre 1963.

dell'Accordo citato[33], abbia affermato (sentenza *Ayaz* del 30 settembre 2004) che il figliastro minore di ventuno anni o a carico di un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro dell'Unione è a tutti gli effetti un familiare di detto lavoratore e usufruisce pertanto dei diritti conferitigli dalla predetta decisione quando sia stato legittimamente autorizzato a raggiungere il lavoratore stesso nello Stato membro ospitante[34]. Del pari, l'Allegato V sulla libera circolazione dei lavoratori accluso all'Accordo sullo Spazio economico europeo, fatto a Porto il 2 maggio 1992[35], annovera ormai la direttiva 2004/38 nell'elenco delle disposizioni applicabili in materia cui fa rinvio l'art. 28, par. 5, dell'Accordo in questione[36].

2. La famiglia ricostituita o ricomposta emerge dunque tra le pieghe della legislazione comunitaria e dell'Unione europea sull'asilo e sull'immigrazione, inaugurata all'indomani del Trattato di Amsterdam (Titolo IV TCE) e rientrante oggi nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (Titolo V TFUE)[37], nonché delle norme sulla

[33] La decisione n. 1/80 [in Government of Turkey-General Directorate for the Relations with EU (ed.), *Turkey-European Union Association Council Decisions 1964-2000*, 2, Ankara, 2001, p. 155 ss., e sul sito www.abgs.gov.tr], non è mai stata pubblicata nella *GUCE*, determinandosi così, in modo abbastanza sorprendente, una carenza che ha costituito un motivo per mettere in discussione l'efficacia giuridica di tale atto dinanzi alla Corte di giustizia. L'art. 7, co. 1, recita: "The members of the family of a Turkish worker duly registered as belonging to the labour force of a Member State, who have been authorized to join him: shall be entitled – subject to the priority to be given to workers of Member States of the Community – to respond to any offer of employment after they have been legally resident for at least three years in that Member State; shall enjoy free access to any paid employment of their choice provided they have been legally resident there for at least five years".

[34] Sentenza del 30 settembre 2004, causa C-275/02, *Ayaz* c. *Land Baden-Württemberg*, punto 48. Potrebbe preludere a un futuro riconoscimento della famiglia ricostituita nel contesto di riferimento, anche l'esegesi offerta dalla sentenza dell'11 novembre 1999, causa C-179/98, *Mesbah*, punto 48, rispetto all'art. 41, par. 1, dell'Accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e il Regno del Marocco, firmato a Rabat il 27 aprile 1976, laddove, nel ritenere che tra i familiari del lavoratore migrante marocchino debbano essere ricompresi gli ascendenti di questo lavoratore e del coniuge con esso residenti nello Stato membro ospitante, si sottolinea al tempo stesso (punto 45) come detta disposizione "non contiene alcun indizio atto a far ritenere che la portata della nozione di 'familiari' sia limitata ai consanguinei del lavoratore". V. altresì, di riflesso, l'ordinanza del 17 aprile 2007, causa C-276/06, *El Youssfi*, punto 68, secondo cui, a termini dell'art. 65, par. 1, co. 1, dell'Accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da un parte, e il Regno del Marocco, dall'altra, firmato a Bruxelles il 26 febbraio 1996, la locuzione "familiare convivente" abbraccia non soltanto il coniuge e i discendenti del lavoratore migrante "ma anche le persone che abbiano uno stretto legame di parentela con quest'ultimo – tra le quali in particolare i suoi ascendenti – ed i suoi affini stretti".

[35] L'Accordo sullo Spazio economico europeo del 1992 è stato approvato a nome della Comunità europea e della Comunità europea del carbone e dell'acciaio con la decisione 94/1/CECA, CE del Consiglio e della Commissione, del 13 dicembre 1993.

[36] Cfr. l'art. 2, n. 2, della decisione del Comitato misto SEE n. 158/2007, del 7 dicembre 2007, che modifica l'Allegato V (Libera circolazione dei lavoratori) e l'Allegato VIII (Diritto di stabilimento) dell'Accordo sullo Spazio economico europeo.

[37] Riguardo all'evoluzione e ai contenuti dell'azione posta in essere dalla Comunità e dall'Unione europea in materia di asilo e di immigrazione v. A. Lang, *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 698 ss.; G. Cellamare, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006; G. Papagianni, *Institutional and Policy Dynamics of EU Immigration Law*, Leiden, 2006; S. Peers, N. Rogers (eds.), *EU Immigration*

libertà di circolazione. Essa è stata favorevolmente considerata per quanto concerne le condizioni di ingresso e soggiorno negli Stati membri dei cittadini provenienti da Stati terzi nonché il rilascio a questi ultimi cittadini, da parte degli Stati membri medesimi, di visti e titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli concessi a scopo di ricongiungimento familiare[38]. Al riguardo, pur essendo una condizione molto comune, la ricostituzione della famiglia (dovuta al nuovo matrimonio di una donna, già madre di un bambino cittadino dell'Unione, con un cittadino di Stato terzo e alla nascita di un figlio, cittadino di Stato terzo, da tale matrimonio) ha riscosso l'attenzione esplicita della Corte di giustizia finora con un'unica pronuncia, la sentenza *O., S.* e *L.* del 6 dicembre 2012[39], quando si è dovuto appurare se il diritto di soggiorno del cittadino di uno Stato terzo nel territorio di uno Stato membro potesse derivare dalla cittadinanza dell'Unione goduta dal minore di cui egli non fosse genitore naturale.

La Corte suprema amministrativa finlandese (*Korkein hallinto-oikeus*) aveva presentato due domande di pronuncia pregiudiziale scaturite da altrettanti giudizi che avevano avuto origine dal mancato accoglimento, deliberato con distinti atti dall'Ufficio nazionale dell'immigrazione (*Maahanmuuttovirasto*), delle istanze volte a ottenere il permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare avanzate da un cittadino ivoriano, coniugato e convivente con una cittadina ghanese

---

and Asylum Law: Text and Commentaries, Leiden, 2006; G. Caggiano, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in P. Benvenuti (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano Alto, 2008, p. 101 ss.; C. Favilli, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 13 ss.; M. Gestri, *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione europea*, in V. Gasparini Casari (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione*, I, Modena, 2010, p. 5 ss.; K. Hailbronner, *Introduction into the EU Immigration and Asylum Law*, in K. Hailbronner (ed.), *op. cit*., p. 1 ss.; C. Kaddous, M. Dony (dirs.), *D'Amsterdam à Lisbonne. Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bâle-Bruxelles-Paris, 2010; A. Adinolfi, *La politica dell'immigrazione dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, p. 11 ss.; E. Guild, P. Minderhoud (eds.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leiden, 2011; C. Picheral, *L'apport du Traité de Lisbonne aux politiques d'asile et d'immigration: de l'européen au commun?*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2011, p. 225 ss.; S. Peers, *An EU Immigration Code: Towards a Common Immigration Policy*, in *European Journal of Migration and Law*, 2012, p. 33 ss.

[38] Tale competenza, attribuita al Parlamento europeo e al Consiglio dall'art. 79, par. 2, lett. a), TFUE, era stata oggetto in precedenza dell'art. 63, n. 3, lett. a), TCE. Cfr., sulle disposizioni menzionate, A. Di Pascale, *Commento all'art. 63 TCE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 442 ss.; Id., *Commento all'art. 79 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 846 ss. Sul diritto al ricongiungimento familiare v. A. Adinolfi, *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell'Unione europea*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati, tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, p. 101 ss.; R. Palladino, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo. Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali*, Bari, 2012.

[39] Sentenza del 6 dicembre 2012, cause riunite C-356 e 357/11, *O.* e *S.* c. *Maahanmuuttovirasto* e *Maahanmuuttovirasto* c. *L.* Cfr. su di essa J. Y. Carlier, *La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne*, in *Journal de droit européen*, 2013, p. 103 ss.; J. Hauser, *L'éclatement des familles et le regroupement familial*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2013, p. 101 ss.; A. Rigaux, *Regroupement familial. En matière de citoyenneté européenne, décidément, "rien n'est simple, tout se complique": des implications de l'article 20 TFUE sur le droit au regroupement familial dans des familles (très) recomposées*, in *Europe*, 2, 2013, p. 14 ss.

soggiornante in Finlandia; e da una cittadina algerina ugualmente soggiornante in territorio finlandese, in favore del proprio marito, anch'egli algerino, colpito da un decreto di espulsione dalla Finlandia e perciò rimpatriato nel suo Stato di origine. Ciascuna soggiornante era munita di un regolare permesso di soggiorno permanente; si era unita in matrimonio con un cittadino finlandese, dal quale aveva poi divorziato; aveva un figlio in tenera età, frutto di quel matrimonio, cittadino finlandese (e quindi, cittadino dell'Unione) con essa residente in Finlandia, che non aveva mai esercitato il suo diritto alla libera circolazione e del cui mantenimento essa stessa era responsabile in via esclusiva; e aveva un altro figlio, nato dalle nozze successivamente contratte con un cittadino di Stato terzo, privo della cittadinanza dell'Unione e affidato alle cure di ambedue i genitori[40]. Il diniego formulato dal *Maahanmuuttovirasto* era motivato dal fatto che gli aspiranti al ricongiungimento non dimostravano di possedere i mezzi di sussistenza contemplati dall'art. 39, par. 1, della legge sugli stranieri (*Ulkomaalaislaki*) del 30 aprile 2004[41] in conformità a ciò che stabilisce l'art. 7, par. 1, lett. c), della direttiva 2003/86 in precedenza richiamata[42]. Il ricorso di annullamento proposto avverso la suddetta decisione di rigetto era stato in un caso respinto, nell'altro accolto, in primo grado[43].

Le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio non vertevano, tuttavia, sulla compatibilità del diniego dei permessi di soggiorno con la direttiva 2003/86 e con il diritto fondamentale al rispetto della vita familiare correlato alla tutela del superiore interesse del minore nonché al mantenimento di contatti regolari tra il minore stesso e i suoi genitori (art. 8, par. 1, CEDU, e articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta di Nizza)[44]. La Corte di giustizia veniva piuttosto sollecitata

[40] Cfr. la sentenza *O., S.* e *L.*, punti 18-32, nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 27 settembre 2012, punti 15-23.

[41] Ai sensi dell'art. 39, par. 1, dell'*Ulkomaalaislaki* del 2004 (nella traduzione non ufficiale in lingua inglese, curata dal Ministero dell'Interno finlandese e reperibile sul sito www.finlex.fi), "Issuing a residence permit requires that the alien has secure means of support unless otherwise provided in this Act. In individual cases, an exemption may be made from the requirement for means of support if there are exceptionally weighty reasons for such an exemption or if the exemption is in the best interest of the child".

[42] Per l'art. 7, par. 1, lett. c), della direttiva 2003/86 (cfr. *supra*, nota 18 e *infra*, par. 4 e nota 75, e par. 5), "Al momento della presentazione della domanda di ricongiungimento familiare, lo Stato membro interessato può chiedere alla persona che ha presentato la richiesta di dimostrare che il soggiornante dispone: (…) di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari senza ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato. Gli Stati membri valutano queste risorse rispetto alla loro natura e regolarità e possono tener conto della soglia minima delle retribuzioni e delle pensioni nazionali, nonché del numero di familiari".

[43] L'accoglimento del ricorso di annullamento da parte del Tribunale amministrativo di Helsinki (*Helsingin hallinto-oikeus*) aveva indotto il *Maahanmuuttovirasto* a impugnare tale pronuncia dinanzi al giudice del rinvio.

[44] Ciò sebbene nella trasposizione e nell'applicazione delle disposizioni della direttiva 2003/86 che mantengono a favore degli Stati membri un potere discrezionale e derogatorio, esplicito o implicito, essi debbano costantemente ispirarsi al rispetto della vita familiare e all'obbligo di prendere in considerazione il superiore interesse del minore. V., con riferimento all'art. 4, paragrafi 1, co. 3, e 6, e all'art. 8 della direttiva menzionata, la sentenza *Parlamento* c. *Consiglio*, cit. *infra*, nota 95, punti 71, 76, 88, 90, 101, 103 e 104. Più in generale, quale espressione di giurisprudenza costante, cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, punto 43; del 24 marzo 1994, causa C-2/92, *Bostock*, punto 16; e del 18 maggio 2000, causa C-107/97, *Rombi* e *Arkopharma*, punto 65.

a esprimersi sull'applicabilità dei princìpi elaborati dalla sentenza *Ruiz Zambrano* alle fattispecie dedotte al suo esame, in cui le straniere soggiornanti di lungo periodo erano state già coniugate con cittadini finlandesi; ciascuna aveva avuto da tali (prime) nozze un figlio di cittadinanza finlandese; e i beneficiari potenziali del permesso di soggiorno non avevano responsabilità genitoriali ed economiche nei confronti dei figli acquisiti.

Il *Korkein hallinto-oikeus* ha chiesto dunque di appurare se, nella ricostituzione della famiglia originaria cui appartiene un cittadino dell'Unione stanziale nonché minorenne (ai sensi della giurisprudenza *Ruiz Zambrano*), il diritto di soggiorno di quest'ultimo, derivante dal suo *status* di cittadino dell'Unione (*ex* art. 20 TFUE), possa risultare pregiudicato dal diniego del permesso di soggiorno al patrigno, che intende convivere con la madre affidataria di detto minore cittadino dell'Unione e con la nuova prole[45]. La situazione *Ruiz Zambrano*, che ha dato luogo ad affinamenti, in senso restrittivo, della giurisprudenza[46], è stata pertanto riqualificata alla luce della complessità dei vincoli sussistenti nel nucleo familiare ricostituito dalle cittadine extraeuropee coinvolte. Tale ambito racchiude infatti i legami nutriti dai figli primogeniti, cittadini dell'Unione, sia con i nuovi padri e i fratelli, figli di seconde nozze delle rispettive madri, i quali aspirano tutti a un diritto di soggiorno nell'Unione; sia con i padri naturali, a loro volta cittadini dell'Unione residenti in Finlandia. Il fine è di stabilire se un figlio di minore età cittadino dell'Unione possa proiettare un "diritto derivato" di soggiorno sul familiare extraeuropeo non solo qualora si tratti del suo padre biologico ma anche, e diversamente, qualora si tratti del suo patrigno[47].

Sugli articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta dei diritti fondamentali, si rinvia *infra*, par. 4 e nota 82, e par. 5.

45 Nel riformulare le questioni pregiudiziali, la Corte si è chiesta se le norme primarie sulla cittadinanza dell'Unione dovessero essere interpretate nel senso di ostare a che uno Stato membro "neghi a un cittadino di un paese terzo un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare, sebbene tale cittadino intenda vivere con sua moglie, anch'essa cittadina di un paese terzo residente legalmente in tale Stato membro e madre di un bambino, nato da un primo matrimonio e che è cittadino dell'Unione, nonché con il figlio nato dalla loro unione, anch'egli in possesso della qualità di cittadino di un paese terzo" (v. la sentenza *O., S.* e *L.*, punto 35, e le conclusioni *O., S.* e *L.*, punto 25).

46 Cfr. *infra*, par. 5 e nota 108. Le successive pronunce *McCarthy* e *Dereci* e *altri*, nonostante le affinità con il precedente *Ruiz Zambrano*, ne ridimensionano infatti espressamente la portata. La sentenza *Mc Carthy*, punto 57, nega il diritto di soggiorno del coniuge extraeuropeo poiché la misura nazionale non produce l'effetto di privare la moglie cittadina dell'Unione dei suoi diritti, obbligandola a lasciare il territorio dell'Unione stessa. La sentenza *Dereci* e *altri*, punto 68, esplicita invece la *ratio* che aveva guidato la sentenza *McCarthy*, specificando che "la mera circostanza che possa apparire auspicabile al cittadino di uno Stato membro, per ragioni economiche o per mantenere l'unità familiare nel territorio dell'Unione, che i suoi familiari, che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro, possano soggiornare con lui nel territorio dell'Unione, non basta di per sé a far ritenere che il cittadino dell'Unione sia costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione qualora un tale diritto non gli venga concesso". Se ne deduce, pertanto, che l'emancipazione dei diritti di cittadinanza dal requisito della circolazione transfrontaliera possa adottarsi soltanto nei casi in cui possa essere compromesso il godimento effettivo e reale dei diritti legati alla cittadinanza dell'Unione.

47 Situazione, questa, non presa in considerazione dalla nozione di "famiglia" di cui al diritto derivato: l'art. 2, n. 2, della direttiva 2004/38 (*supra*, nota 22 e *infra*, par. 5 e nota 104), vi include infatti il coniuge del cittadino dell'Unione (lett. a); il *partner* del cittadino dell'Unione "che abbia contratto con [esso] un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione

Conviene subito sottolineare come la Corte di giustizia, pur elaborando un'interpretazione eccezionalmente estensiva della giurisprudenza *Ruiz Zambrano*, legata alla figura della famiglia ricostituita e alla presenza di figli minori (tra i quali, dei cittadini dell'Unione) al suo interno, e pur rimettendo al giudice nazionale la qualificazione della fattispecie dopo i necessari accertamenti di fatto, ha suggerito (non coerentemente) una soluzione negativa circa la rilevanza della giurisprudenza suddetta[48]. Come nei più recenti precedenti, la Corte ha altresì accuratamente evitato di richiamare le garanzie fondamentali dei familiari e dei minori, pur se la considerazione della "unità della famiglia" ricostituita viene in risalto, nella motivazione, come presupposto fattuale di accertamento del ricorrere della situazione *Ruiz Zambrano*[49] all'intenzione del giudice nazionale, in concomitanza con l'invito a un esame accurato e circostanziato di tutti gli elementi di spicco ai sensi dell'art. 20 TFUE[50].

Si pone poi una seconda e delicata questione: se la soluzione data dal diritto dell'Unione europea venga influenzata da quanto enunciato all'art. 8, par. 1, CEDU, e agli articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta dei diritti fondamentali, dato che il giudice nazionale non vi si è esplicitamente riferito. Queste norme, nella sentenza *O., S.* e *L.*, sono rapportate alla direttiva 2003/86, previo accertamento della sua incidenza. La Corte ha risolto, in modo apparentemente favorevole ai richiedenti il ricongiungimento familiare, le questioni sollevate in base all'atto in oggetto, orientando fortemente la lettura dei requisiti economici del ricongiungimento stesso alla garanzia fondamentale di unità della famiglia del minore nel contesto territoriale (europeo) in cui essa può al meglio realizzarsi. In effetti, per la Corte, se da un lato il provvedimento di cui sopra ritiene "l'autorizzazione al ricongiungimento familiare [come] la regola generale"[51], il che implica una lettura restrittiva delle facoltà attribuite agli Stati membri, dall'altro il potere discrezionale che essi conservano[52] deve essere esercitato in conformità agli "articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta" e in modo da non ledere i relativi diritti[53].

Circa il particolare iter argomentativo della Corte, innanzitutto si sottolineerà tanto la rilevanza del "fatto" nella soluzione interpretativa fornita, quanto il perdurante orientamento restrittivo perseguito sulla (ir)rilevanza delle garanzie fondamentali in tale contesto[54]. Verrà poi illustrato il ragionamento seguìto dalla Corte nel consegnare al diritto dell'Unione europea sugli stranieri la soluzione della questione, ivi compresa la valorizzazione delle garanzie fondamentali[55]. Tale

---

dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante" (lett. b); come già accennato *supra*, par. 1, "i discendenti diretti [del cittadino dell'Unione] di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o *partner* di cui alla lettera b)" (lett. c); e gli ascendenti diretti del cittadino dell'Unione a suo carico nonché quelli del coniuge o del *partner*.

48 Sentenza *O., S.* e *L.*, punto 57.

49 *Ivi*, punto 51.

50 *Ivi*, punto 53.

51 *Ivi*, punto 74. V. *infra*, par. 5.

52 *Ivi*, punto 79.

53 *Ivi*, punto 80. V. *infra*, par. 5.

54 V. *infra*, par. 3.

55 V. *infra*, par. 4.

ripartizione consentirà, nel prosieguo, di svolgere alcune osservazioni di sistema e di critica in merito alla "efficacia asimmetrica" dei diritti dei familiari extraeuropei di cittadini di Stati terzi rispetto ai diritti dei familiari, ugualmente extraeuropei, di cittadini dell'Unione, entrambi in "condizione stanziale", diversamente incisa per effetto della disciplina derivata (direttiva 2003/86 e direttiva 2004/38)[56].

3. Nel dispositivo della sentenza O., S. e L. si sostiene che l'art. 20 TFUE non costringe lo Stato membro ad accordare a cittadini di Stati terzi un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare in situazioni come quelle in causa, purché al cittadino dell'Unione non venga impedito il godimento effettivo dei diritti a esso conferiti dalla cittadinanza dell'Unione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare[57]. Questa affermazione si presta a una duplice riflessione, inerente alla concreta applicabilità dei princìpi già enunciati dalla sentenza Ruiz Zambrano quando sia in gioco il diritto al ricongiungimento familiare e alla valutazione da effettuare per accertare che il rigetto della domanda di permesso di soggiorno non incida negativamente sulla fruizione dei diritti del cittadino dell'Unione.

Nel caso *Ruiz Zambrano*, la vicenda è stata positivamente risolta, con l'accertamento diretto sul fatto; nel caso *O., S.* e *L.*, l'orientamento della Corte di giustizia appare invece, in definitiva, negativo, con la soluzione concreta lasciata al giudice nazionale[58].

La sentenza *O., S.* e *L.*, in verità, non manca di richiamare gli aspetti principali della giurisprudenza *Ruiz Zambrano*. Viene premesso che la situazione di cittadini dell'Unione, i quali non abbiano fatto uso del diritto alla libera circolazione, non può essere assimilata, per ciò solo, a una situazione puramente interna[59]; e che i figli nati dai primi matrimoni delle soggiornanti di lungo periodo parti in causa, essendo cittadini di uno Stato membro, godono dello *status* di cittadino dell'Unione in forza dell'art. 20, par. 1, TFUE, e possono pertanto avvalersi, anche nei confronti dello Stato membro di cui hanno la cittadinanza, dei diritti connessi a tale *status*[60]. Si ribadisce altresì che l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali, comprese le decisioni di diniego di permesso di soggiorno ai familiari di un cittadino dell'Unione, che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti loro attribuiti[61]; e che, relativamente al diritto di soggiorno di un cittadino di Stato terzo nello Stato membro in cui risiedono i suoi figli in tenera età, cittadini di detto Stato membro, presi a proprio carico e della cura dei quali è responsabile insieme al coniuge, un diniego di soggiorno condurrebbe alla conse-

56 V. *infra*, par. 5.

57 Sentenza *O., S.* e *L.*, punti 58 e 82.

58 *Ivi*, punti 49 e 57.

59 *Ivi*, punto 43. Cfr. inoltre le sentenze *Ruiz Zambrano*, punti 37-42; *Mc Carthy*, punto 46; e *Dereci* e *altri*, punto 61, nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 30 settembre 2010, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, punti 93-97, laddove vengono confutate le opinioni espresse dagli Stati membri intervenuti nel procedimento (Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Paesi Bassi e Polonia) e dalla Commissione, i quali avevano sostenuto unanimemente come la questione in giudizio fosse puramente interna all'ordinamento belga e non fossero pertanto invocabili le disposizioni del diritto dell'Unione, comprese quelle in tema di cittadinanza.

60 Sentenza *O., S.* e *L.*, punto 44, nonché sentenza *Ruiz Zambrano*, punto 42.

61 Sentenza *O., S.* e *L.*, punto 45. V. altresì la sentenza *Ruiz Zambrano*, punto 42.

guenza che tali figli, cittadini dell'Unione, sarebbero costretti a lasciare il territorio dell'Unione europea per accompagnare i genitori, trovandosi quindi nell'impossibilità di profittare del nucleo essenziale dei diritti a essi accordati[62].

A parere della Corte, peraltro, l'applicazione dei princìpi della sentenza *Ruiz Zambrano* (caratterizzati da doppia eccezionalità, in quanto riservati a situazioni in cui i cittadini dell'Unione siano privati del godimento tangibile della sostanza dei loro diritti attraverso il rifiuto di un permesso di soggiorno al familiare proveniente dallo Stato terzo), non presuppone necessariamente l'esistenza di un vincolo di sangue tra il cittadino di uno Stato terzo, per il quale si sollecita il permesso di soggiorno, e il cittadino dell'Unione (bambino in tenera età) dal quale deriverebbe eventualmente il diritto di soggiorno suddetto[63]. La Corte stessa, d'altro canto, ha ritenuto non determinante la circostanza che il cittadino dello Stato terzo, il quale richieda o per il quale si faccia richiesta di un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare, viva sotto lo stesso tetto della persona soggiornante nello Stato membro[64].

L'irrilevanza della consanguineità e della convivenza potrebbe far pensare a una espansione potenziale della situazione *Ruiz Zambrano*, fondata viceversa sulla coabitazione tra genitori e figli minori non autosufficienti. Senonché, "la mera circostanza che, per ragioni economiche o per mantenere l'unità familiare nel territorio dell'Unione, possa apparire auspicabile che membri di una famiglia, composta da cittadini di paesi terzi e da un cittadino dell'Unione in tenera età, possano soggiornare con tale cittadino nel territorio dell'Unione nello Stato membro del quale quest'ultimo ha la cittadinanza, non basta di per sé a far ritenere che il suddetto cittadino sia costretto a lasciare il territorio dell'Unione se un tale diritto di soggiorno non è concesso"[65].

Spetta così al giudice del rinvio esaminare tutte le circostanze opportune al fine di stabilire, in fatto, se le decisioni di diniego dei permessi di soggiorno dei patrigni possano di riflesso indebolire l'efficacia pratica della cittadinanza dell'Unione; a tale proposito, rilevano sia il diritto di soggiorno permanente delle madri dei minori cittadini dell'Unione interessati, sia l'inesistenza di vincoli di responsabilità dei cittadini extraeuropei per i quali il diritto di soggiorno viene richiesto nei riguardi dei loro figliastri cittadini dell'Unione[66].

---

62 Sentenza *O., S.* e *L.*, punto 46, nonché sentenza *Ruiz Zambrano*, punti 43 e 44.

63 Sentenza *O., S.* e *L.*, punto 55.

64 *Ivi*, punto 54. Tale aspetto non è risolutivo, in quanto può darsi "che alcuni familiari che sono oggetto di una domanda di ricongiungimento familiare arrivino nello Stato membro interessato indipendentemente dal resto della famiglia".

65 Sentenza *O., S.* e *L.*, punto 52.

66 *Ivi*, punti 53 e 56: in quest'ultimo si rileva, tra l'altro, come "è la relazione di dipendenza tra il cittadino dell'Unione in tenera età e il cittadino di un paese terzo al quale è negato un diritto di soggiorno che può mettere in discussione l'efficacia pratica della cittadinanza dell'Unione dal momento che è tale dipendenza a far sì che il cittadino dell'Unione sia costretto, di fatto, ad abbandonare non soltanto il territorio dello Stato membro del quale è cittadino, ma anche quello dell'Unione considerato nel suo complesso, come conseguenza di una siffatta decisione di diniego". Cfr. inoltre le conclusioni *O., S.* e *L.*, punto 44, secondo cui, in effetti, "[i] motivi legati alla partenza del cittadino dell'Unione dal territorio di quest'ultima sono (…) particolarmente circoscritti nella giurisprudenza della Corte. Essi riguardano situazioni in cui il cittadino dell'Unione non ha altra scelta se non quella di seguire

La sentenza O., S. e L., dunque, premurandosi di impedire l'eventualità che il rigetto della domanda di permesso di soggiorno possa spingersi fino a nuocere all'esercizio dei diritti del cittadino dell'Unione, si pone (cautamente) sulla scia della giurisprudenza Ruiz Zambrano, ma se ne discosta al tempo stesso in modo tutt'altro che marginale a proposito della "spendibilità" sostanziale del criterio del "godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione".

Nel caso Ruiz Zambrano si è dichiarato che non si sarebbe potuto negare il permesso di soggiorno e di lavoro al genitore di due minori, cittadini dell'Unione nati e cresciuti in Belgio e mai usciti da tale Stato, qualora ciò avesse compromesso il godimento reale ed effettivo dei diritti conferiti ai minori stessi dalla cittadinanza dell'Unione[67], estendendo pertanto la portata del diritto dell'Unione europea a una situazione puramente interna, ridefinendo l'applicabilità di esso ed evitando una discriminazione alla rovescia mediante l'eliminazione dell'elemento transfrontaliero normalmente indispensabile. Il concetto di "godimento reale della sostanza dei diritti" è stato oltretutto riferito alle ipotesi (eccezionali) nelle quali, in seguito al rifiuto di un permesso di soggiorno al familiare proveniente da uno Stato terzo, il cittadino dell'Unione debba abbandonare non solamente il proprio Stato membro ma il territorio dell'Unione europea nella sua interezza, senza che il desiderio di risiedere insieme a un membro della famiglia sia sufficiente a dimostrare che il cittadino dell'Unione sarà costretto a lasciare il territorio dello Stato di appartenenza qualora il permesso non venisse accordato[68].

Nel caso O., S. e L., per contro, la Corte e l'Avvocato generale si sono sforzati di sottolineare le differenze rispetto alla giurisprudenza Ruiz Zambrano, e si sono

---

l'interessato al quale è stato negato il diritto di soggiorno, poiché è a carico di questi e ne dipende quindi totalmente per garantire la propria sussistenza e sovvenire ai propri bisogni".

67 V. *supra*, par. 1. Protagonista della vicenda *Ruiz Zambrano* era un cittadino colombiano residente in Belgio con la moglie senza che fosse stato loro riconosciuto un permesso di soggiorno. L'autorità belga competente (*Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides*) aveva infatti rifiutato l'asilo, ma nell'intimazione di lasciare il territorio dello Stato aveva accluso una clausola di non rimpatrio in considerazione della guerra civile esistente in Colombia. Il sig. Ruiz Zambrano aveva successivamente presentato all'*Office des étrangers* tre diverse istanze per regolarizzare la sua posizione tramite il rilascio di un permesso di soggiorno, data l'impossibilità di rientrare in Colombia a causa del persistere della situazione di insicurezza, e in considerazione di alcuni nuovi elementi: egli aveva ottenuto un contratto di lavoro a tempo indeterminato (disponeva quindi di risorse sufficienti) e aveva anche avuto due figli, nati in Belgio, che avevano acquisito la cittadinanza belga in quanto la legge colombiana non attribuisce la cittadinanza ai bambini nati fuori dal territorio nazionale se i genitori non ne fanno espressa richiesta. Tutte le domande erano state respinte; le autorità belghe avevano concesso soltanto, a seguito della terza domanda, un'attestazione di registrazione del soggiorno che regolarizzava la permanenza in Belgio del richiedente per cinque mesi. Nelle more della decisione, il contratto di lavoro del sig. Ruiz Zambrano era stato temporaneamente sospeso, ed egli aveva pertanto chiesto all'*Office national de l'emploi* un'indennità di disoccupazione. Anche tale domanda era stata rigettata poiché l'attività lavorativa era stata comunque svolta in assenza di un permesso di soggiorno e non era quindi stata rispettata la normativa belga in materia di soggiorno degli stranieri e di occupazione di mano d'opera straniera. Successivamente, il contratto di lavoro era stato rescisso per causa di forza maggiore e il sig. Ruiz Zambrano, trovandosi ufficialmente disoccupato, si era nuovamente rivolto all'*Office national de l'emploi* per ottenere una indennità completa, che gli veniva negata. Avverso questa ultima decisione, il sig. Ruiz Zambrano aveva proposto il ricorso presso il *Tribunal du travail* di Bruxelles che ha dato poi luogo al procedimento dinanzi alla Corte di giustizia.

68 V. la sentenza *Dereci* e *altri*, punto 67. In tal senso, cfr. inoltre la sentenza *O., S.* e *L.*, punti 47 e 48.

preoccupati di accentuare l'importanza della dipendenza dei minori cittadini dell'Unione dai cittadini di Stato terzo aspiranti al permesso di soggiorno, per cui "sia il diritto di soggiorno permanente delle madri dei cittadini dell'Unione in tenera età interessati sia il fatto che i cittadini di paesi terzi per i quali si richiede un diritto di soggiorno non siano responsabili dal punto di vista legale, finanziario o affettivo di tali cittadini devono essere presi in considerazione in sede di esame della questione se questi ultimi siano, a seguito della decisione di diniego di soggiorno, nell'impossibilità di esercitare il nucleo essenziale dei diritti attribuiti dal loro status"[69].

Nella situazione del primo richiedente (caratterizzata dal fatto che egli viveva in Finlandia e coabitava con sua moglie e con il figlio di quest'ultima, per cui vi era un substrato familiare denotante un amalgama abbastanza solido) e in quella del secondo richiedente (rimpatriato nel suo Stato di origine e con un figlio, cittadino di Stato terzo, residente in Finlandia con la madre, seppur affidato alla responsabilità congiunta dei due genitori), non si è inteso disconoscere che la presenza dei figli più piccoli cittadini di Stato terzo avrebbe potuto invogliare le rispettive madri a seguire i mariti negli Stati terzi di rispettiva provenienza, costringendo così i figli più grandi, cittadini dell'Unione, ad abbandonare il territorio dell'Unione medesima; tale conseguenza, tuttavia, sarebbe andata a derivare non da un obbligo imposto dall'attuazione della legislazione nazionale bensì piuttosto da decisioni deliberate delle madri suddette, causate dalle incognite della loro vita coniugale[70].

Sotto altro profilo, emerge nettamente, dalla pronuncia in commento, il compito cruciale affidato al giudice nazionale, proteso a stabilire se il rigetto delle domande di soggiorno presentate per ricongiungimento familiare in realtà come quelle dedotte nei procedimenti principali comporti, per i cittadini dell'Unione, la privazione del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti nascenti dallo *status* di cittadinanza di cui sono in possesso, nonché (e ciò non vale nella prospettiva *Ruiz Zambrano*) al riscontro dell'effettiva garanzia del rispetto della vita familiare e all'apprezzamento del superiore interesse del minore[71].

---

[69] *Ivi*, punto 56.

[70] Cfr. le conclusioni *O., S.* e *L.*, punti 47-52. Particolarmente significativa si rivela, al riguardo, la vicenda della cittadina algerina soggiornante in territorio finlandese e del marito algerino espulso dalla Finlandia, poiché "dagli elementi del fascicolo emerge che il richiedente non ha mai incontrato suo figlio. In altri termini, dal momento in cui il richiedente ha fatto ritorno nel suo Stato di origine, la sig. ra L., madre del bambino cittadino dell'Unione, non si è mai recata in Algeria per rivedere il marito e presentargli suo figlio. Parimenti, e anche se non risulta che il suo allontanamento sia accompagnato da un provvedimento di divieto di ingresso nel territorio, il richiedente non ha ritenuto necessario far visita ai membri della sua famiglia rimasti in Finlandia. Se si tiene conto del fatto che la sig.ra L. risiede legalmente in Finlandia da nove anni, periodo durante il quale ha dato alla luce un primo figlio di cittadinanza finlandese, che è in possesso di un permesso di soggiorno permanente in tale paese nonché di un reddito e che ha vissuto con il suo compagno solo per un periodo relativamente breve di sette mesi, non è scontato che essa scelga di raggiungere il marito nel suo Stato di origine, costringendo così il figlio, cittadino dell'Unione, ad abbandonarne il territorio. Il fatto che quest'ultimo possa dunque essere privato del nucleo essenziale di diritti a lui conferiti dallo *status* di cittadino dell'Unione dipende pertanto, anzitutto, dalle incognite e/o dalla volubilità della vita coniugale di sua madre piuttosto che da un obbligo imposto dall'attuazione della normativa nazionale" (punto 52).

[71] V. *infra*, par. 4. La tutela del superiore interesse del minore incarna una preoccupazione costante del giudice dell'Unione: cfr. le sentenze della Corte di giustizia *Parlamento* c. *Consiglio*, cit. *infra* in nota 95, punto 58; del 1° luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse*, punti 81 e 83; del 5 ottobre 2010, causa

Il giudice nazionale deve tenere conto di elementi quali la titolarità di un permesso di soggiorno permanente nello Stato membro in capo alla madre del cittadino dell'Unione (cosicché non sussiste alcun obbligo, né per essa né per il figlio a suo carico, di lasciare il territorio dello Stato membro nel quale risiedono o il territorio dell'Unione europea inteso nel suo complesso); l'affidamento del figlio cittadino dell'Unione alla madre soggiornante e la responsabilità esclusiva di questa a livello legale, economico e affettivo; la reale intensità del legame di dipendenza sussistente tra il minore, cittadino dell'Unione, e il patrigno, cittadino di Stato terzo; il diritto che un figlio, sia esso cittadino dell'Unione o meno, sia esso parte di una famiglia ricostituita o meno, ha di tenere rapporti con il proprio padre biologico[72].

Si deve dare luogo, in altre parole, a una analisi approfondita dell'insieme della situazione familiare, basata sulle singolarità del caso di specie, di ordine fattuale, psicologico e materiale, finalizzata a controllare se l'autorità nazionale competente, respingendo le richieste di permesso di soggiorno dei patrigni cittadini di Stato terzo, abbia correttamente presidiato, nell'ambito peculiare della famiglia ricostituita, il diritto dei figli di prime nozze delle soggiornanti di lungo periodo dal rischio di dover abbandonare il territorio dell'Unione. Occorre cioè procedere a una giusta ed equilibrata ponderazione degli interessi di tutti, in maniera da determinare, nel rispetto della vita familiare, quale sia la soluzione migliore per il minore.

Ciò induce a sottolineare che, mentre nel caso *Ruiz Zambrano* il ragionamento della Corte di giustizia pare essere rimasto ancorato all'alveo "tradizionale" della libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino dell'Unione (con l'art. 20 TFUE correlato al solo diritto di soggiorno negato a minori nello Stato membro del quale possiedono la cittadinanza e nel quale risiedono), in quanto il nucleo familiare di riferimento è uno solo, nella sentenza *O., S.* e *L.* si va oltre, poiché si privilegiano elementi "nuovi" e più "ampi", di tipo sociale, economico e familiare-affettivo, in relazione allo specifico contesto fattuale della famiglia ricostituita rispetto al quale l'art. 20 TFUE viene considerato, giustificati in quanto i soggetti coinvolti sono più numerosi e i nuclei familiari sono più di uno.

Tenendo a mente la fattispecie *Ruiz Zambrano*, si evince con chiarezza dalla sentenza *O., S.* e *L.* come gli elementi di fatto che il giudice nazionale deve prendere in esame per qualificare la dipendenza (delle madri e dei figli minori cittadini dell'Unione) dai patrigni cittadini di Stato terzo, siano estensivamente e selettiva-

---

C-400/10 PPU, *McB*., punto 60; del 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarriaga*, punto 66; e del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *MA* e *altri*, punti 57-60. Si rinvia altresì a C. Campiglio, *op. cit*., p. 289 ss.

[72] Sentenza *O., S.* e *L.*, punti 50, 51 e 56. In particolare, nel punto 51 si chiarisce come "[p]er sapere se ai cittadini dell'Unione interessati sia di fatto impossibile esercitare il nucleo essenziale dei diritti attribuiti dal loro *status*, sono altresì rilevanti la questione dell'affidamento dei figli delle soggiornanti e il fatto che questi figli facciano parte di famiglie ricostituite. Da un lato, dal momento che le sig. re S. e L. hanno l'affidamento esclusivo dei cittadini dell'Unione in tenera età interessati, una loro decisione di lasciare il territorio dello Stato membro di cui tali bambini possiedono la cittadinanza, al fine di mantenere l'unità familiare, avrebbe l'effetto di privare tali cittadini dell'Unione di qualsivoglia contatto con i loro padri biologici, nell'ipotesi in cui un tale contatto fosse stato mantenuto sino ad allora. Dall'altro, qualsiasi decisione di restare nel territorio di detto Stato membro al fine di preservare l'eventuale relazione dei cittadini dell'Unione in tenera età con i loro padri biologici produrrebbe l'effetto di pregiudicare la relazione degli altri figli, cittadini di paesi terzi, con i loro padri biologici".

mente considerati a favore dei loro beneficiari; come le relazioni affettive siano più complesse e, in un certo senso, biunivoche (vecchia e nuova famiglia); e come gli accertamenti da dover effettuare siano perlopiù di carattere prognostico, volti cioè a valutare quali conseguenze il diniego del soggiorno dei patrigni produrrà sull'autonoma volontà e decisione delle madri soggiornanti di preservare nell'Unione la residenza della famiglia, ovvero di spostarla negli Stati terzi di origine[73].

4. Seppure dalle decisioni di diniego dei permessi di soggiorno dei cittadini di Stato terzo non dovesse derivare (come le argomentazioni della Corte fanno presagire e ferma restando la funzione del giudice interno) una privazione effettiva del nucleo essenziale dei diritti connaturati alla cittadinanza dell'Unione (per cui manca il collegamento alla situazione *Ruiz Zambrano*), resta impregiudicata la questione relativa all'esistenza di diritti fondamentali, quali quello al rispetto della vita familiare e alla salvaguardia del superiore interesse del minore, che non permettano di rifiutare il diritto di soggiorno suddetto.

Nel silenzio del giudice del rinvio, e potendo dirimere una controversia a essa sottoposta anche in base a norme di diritto comunitario e dell'Unione europea trascurate dal giudice rimettente nel redigere il proprio quesito[74], la Corte di giustizia ha colto l'occasione, nella sentenza *O*., *S*. e *L*., per affrontare tali diritti fondamentali (cui viene impressa una sorta di proiezione "extraeuropea" ed "extraterritoriale") in un contesto diverso, mediante l'applicazione motu proprio della direttiva 2003/86 relativa al ricongiungimento familiare[75], in quanto espressione del regime giuridico

[73] Sentenza *O., S.* e *L*., punti 50, 51 e 56. Cfr. anche le conclusioni *O., S.* e *L*., punti 41-45, laddove, tra l'altro, si argomenta di non poter escludere che "le sig.re S. e L. scelgano di seguire i mariti nel rispettivo Stato di origine al fine di preservare l'unità della loro vita familiare. Il fatto che i loro figli posseggano la cittadinanza dell'Unione del resto non può tradursi in una 'assegnazione di residenza' a loro favore nello spazio dell'Unione nonostante le autorità giudiziarie dell'Unione stesse abbiano attribuito loro la piena potestà genitoriale" (punto 41) e si aggiunge poi che "[i]n ogni caso, ove esse scegliessero di partire (…) i figli in tenera età, cittadini dell'Unione, non avrebbero effettivamente altra scelta se non quella di lasciare il territorio dell'Unione e perderebbero, di conseguenza, il godimento dei diritti loro attribuiti dallo *status* di cittadino dell'Unione. Peraltro, (…) l'abbandono del territorio dell'Unione sarebbe liberamente deciso dalle loro madri per un motivo legato al mantenimento della vita familiare e non sarebbe imposto in forza dell'attuazione della normativa nazionale".

[74] V. le sentenze della Corte di giustizia del 12 dicembre 1990, causa C-241/89, *SARPP*, punto 8; del 2 febbraio 1994, causa C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb*, punto 7; del 4 marzo 1999, causa C-87/97, *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, punto 16; del 29 aprile 2004, causa C-387/01, *Weigel*, punto 44; del 15 luglio 2004, causa C-365/02, *Lindfors*, punto 32; e del 26 aprile 2007, causa C-392/05, *Alevizos*, punto 64.

[75] La Corte suprema amministrativa finlandese, nel caso di specie, aveva fatto riferimento nelle sue domande di pronuncia pregiudiziale, alla direttiva 2003/86 senza però sollevare una questione in merito alla stessa. I Governi finlandese, italiano, olandese e polacco nonché la Commissione avevano sostenuto che il diritto di soggiorno dei patrigni cittadini di Stato terzo e la situazione delle loro famiglie avrebbero dovuto essere esaminate ai sensi del medesimo provvedimento (sentenza *O., S.* e *L*., punti 61 e 62). Sulla direttiva 2003/86 v. A. Liguori, *L'integrazione comunitaria e il diritto all'unità familiare dei cittadini dei Paesi terzi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2002, p. 135 ss.; N. Jouant, *Harmonisation du droit au regroupement familial dans l'Union européenne*, in *Revue du droit des étrangers*, 2003, p. 539 ss.; E. Bribosia, *La directive 2003/86 relative au regroupement familial au regard du principe de non-discrimination*, *ivi*, 2004, p. 517 ss.; N. Colacino, *Il diritto al ricongiungimento familiare e la disciplina introdotta dalla direttiva 2003/86/CE*, in M. R. Saulle (a

che sovrintende al diritto dei cittadini di Stati terzi all'unità della famiglia[76] e dato il concetto esteso di "famiglia nucleare" da questo atto deducibile[77].

Gli Stati membri, si è affermato, devono non solamente "interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme al diritto dell'Unione" ma altresì evitare "un'interpretazione di norme di diritto derivato che entri in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione"[78]; le domande di ricongiungimento vanno esaminate "nell'interesse dei minori di cui trattasi e nell'ottica di favorire la vita familiare" tramite una valutazione equilibrata e ragionevole di tutti i fattori[79].

A questo proposito, la Corte ha ribadito il ruolo forte del giudice nazionale, peraltro ineliminabile anche a cagione dell'inesistenza di una accezione univoca di "famiglia" riconducibile al diritto dell'Unione europea[80]. Il giudice interno deve appurare se il potere discrezionale di cui gli Stati membri dispongono ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. c), della direttiva 2003/86, circa la prova che il soggiornante abbia risorse stabili e regolari sufficienti a mantenere se stesso e i suoi familiari senza ricorrere all'assistenza sociale dello Stato membro[81], venga assolto alla luce degli articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta dei diritti fondamentali[82], e dell'in-

---

cura di), *L'Europa tra Costituzione, asilo e immigrazione*, Napoli, 2004, p. 133 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Il diritto all'unità familiare in Europa: tra "allargamento" dei confini e "restringimento" dei diritti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, p. 63 ss.; S. Peers, *Family Reunion and Community Law*, in N. Walker (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, 2005, p. 143 ss.; D. Schaffrin, *Which Standard for Family Reunification of Third-Country Nationals in the European Union?*, in J. Y. Carlier, P. de Bruycker (eds.), *op. cit*., p. 90 ss.; H. Schneider, A. Wiesbrock, *The Council Directive on Family Reunification: Establishing Proper Rights for Third Country Nationals?*, in H. Schneider (ed.), *Migration, Integration and Citizenship: A Challenge for Europe's Future*, II, *The Position of Third Country Nationals in Europe*, Maastricht, 2005, p. 35 ss.; J. Garcia Martinez, *La directive européenne relative au droit au regroupement familial*, in E. Delfers, A. Brun, J. Garcia Martinez (dirs.), *La famille dans l'Europe*, Bruxelles, 2007, p. 16 ss.; H. Oosterom Staples, *The Family Reunification Directive: A Tool preserving Member State Interest or Conductive to Family Reunification Unity?*, in A. Baldaccini, E. Guild, H. Toner (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, 2007, p. 451 ss.; K. Hailbronner, C. Carlitz, *Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the Rights to Family Reunification*, in K. Hailbronner (ed.), *op. cit*., p. 149 ss.; R. Di Chio, *I ricongiungimenti familiari di cittadini di Stati terzi*, in G. Carella, G. Cellamare, L. Garofalo, P. Gargiulo, G. Pizzolante, A. L. Sciacovelli, R. Di Chio, *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 67 ss.

[76] In tal senso, il ricongiungimento familiare viene considerato non a caso, dal 4° 'considerando' della direttiva 2003/86, come strumento necessario per permettere la vita familiare, riconoscendosi il suo contributo alla creazione di una stabilità socio-culturale che facilita l'integrazione dei cittadini di Stati terzi negli Stati membri e permette di promuovere la coesione economica e sociale.

[77] Sentenza *O., S.* e *L.*, punti 63-65.

[78] *Ivi*, punto 78.

[79] *Ivi*, punti 80 e 81.

[80] Cfr. C. Ricci, *op. cit*., p. 91 ss.; e L. Tomasi, *op. cit.*, p. 47 ss., la quale, a p. 85, pone in risalto come, dall'analisi degli atti e degli strumenti della Comunità e dell'Unione europea, la famiglia sia suscettibile di assumere una "geometria variabile" nei settori di volta in volta considerati.

[81] V. *supra*, par. 2 e nota 42, nonché *infra*, par. 5.

[82] Cfr. la sentenza *O., S.* e *L.*, punto 76. Per l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al quale si è fatto cenno anche *supra*, par. 1 e nota 11, "[o]gni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni"; per l'art.

terpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito dell'art. 8, par. 1, CEDU, i cui termini, lo si è visto, equivalgono a quelli dell'art. 7 della Carta[83].

Gli elementi che il giudice nazionale deve valutare vanno ad assumere un peso inevitabilmente più ragguardevole, nella prospettiva sia degli articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3 (e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo)[84], sia dell'interpretazione da dare alla direttiva 2003/86, la cui applicazione "non

24, paragrafi 2 e 3, della Carta stessa, "[i]n tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse". V. inoltre *infra*, par. 5.

[83] V. *supra*, par. 1 e note 7 e 11, nonché la sentenza *O., S.* e *L.*, punto 76. Si consideri che, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'art. 8, par. 1, CEDU non garantisce, in generale, il diritto di scegliere il luogo più adatto per sviluppare una vita familiare (v. la sentenza del 28 novembre 1996, *Ahmut* c. *Paesi Bassi*, par. 71) e neppure viene assicurato, a favore di uno straniero, alcun diritto di entrare o risiedere nel territorio di un determinato Stato, per cui gli Stati possono controllare l'ingresso dei non cittadini sul proprio suolo, fatti salvi, evidentemente, i trattati internazionali da essi conclusi. In materia di immigrazione, la Corte ha ritenuto inoltre che gli Stati non siano obbligati a rispettare la scelta, fatta da coppie coniugate, della loro comune residenza e a consentire il ricongiungimento familiare nel proprio territorio (sentenze del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales* e *Balkandali* c. *Regno Unito*, par. 67; del 19 febbraio 1996, *Gül* c. *Svizzera*, par. 38; del 21 ottobre 1997, *Boujlifa* c. *Francia*, par. 42; del 21 dicembre 2001, *Şen* c. *Paesi Bassi*, par. 36; del 18 ottobre 2006, *Üner* c. *Paesi Bassi*, par. 54; del 31 luglio 2008, *Darren Omoregie* e *altri* c. *Norvegia*, par. 54; e del 12 giugno 2012, *Bajsultanov* c. *Austria*, par. 78). Si è ammesso, tuttavia, che la decisione adottata da uno Stato in tema di immigrazione e di ricongiungimento familiare possa pregiudicare il diritto al rispetto della vita familiare, in particolare quando tale decisione miri ad allontanare una persona da uno Stato nel quale alcuni dei suoi familiari vivono (sentenze del 18 febbraio 1991, *Moustaquim* c. *Belgio*, par. 36; e del 2 agosto 2001, *Boultif* c. *Svizzera*, par. 39). Di conseguenza, la decisione *de qua* va emanata conformemente ai requisiti sanciti dall'art. 8, par. 2, CEDU, ossia deve essere "prevista dalla legge", ispirata da un obiettivo legittimo (come il mantenimento dell'ordine pubblico) e "necessaria in una società democratica". Il punto decisivo dell'analisi consiste nel sapere se, in ciascun caso di specie, sia stato garantito un giusto equilibrio tra l'interesse generale, gli interessi della coppia e, eventualmente, quelli del figlio.

[84] La Corte esamina numerosi fattori, legati alla situazione individuale e familiare di ognuna delle persone interessate. Per quanto riguarda il richiedente, essa prende in considerazione la sua cittadinanza; la natura dei legami sociali, culturali e familiari che questi ha stretto con lo Stato ospitante e con lo Stato di origine; la durata del suo matrimonio; la nascita di figli legittimi; e ogni altro elemento che indichi il carattere effettivo della vita familiare della coppia. Per quanto riguarda il coniuge, si è attenti alla natura e alla gravità delle difficoltà cui egli potrebbe trovarsi di fronte nello Stato di origine del richiedente (sentenze *Boultif* c. *Svizzera*, par. 48; e del 28 giugno 2011, *Nunez* c. *Norvegia*, par. 70). Nella considerazione dei diversi interessi in gioco, l'interesse superiore del figlio è determinante e può, a seconda della sua natura e gravità, prevalere su quello dei genitori (sentenza del 6 luglio 2010, *Neulinger* e *Shuruk* c. *Svizzera*, paragrafi 49-64). Tale interesse esige che vengano mantenuti i legami tra il figlio e la sua famiglia. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che solo circostanze eccezionali possano, in linea di principio, portare a una rottura del legame familiare e che si debba fare di tutto per mantenere le relazioni personali e l'unità familiare o "ricostituire" la famiglia (sentenze del 13 luglio 2000, *Elsholz* c. *Germania*, par. 50; del 19 settembre 2000, *Gnahoré* c. *Francia*, par. 59; e del 4 aprile 2006, *Maršálek* c. *Repubblica Ceca*, par. 71). A questo proposito, vengono prese in considerazione numerose circostanze individuali legate al figlio, al fine di determinarne nel modo migliore l'interesse e di garantirne il benessere: in particolare, la sua età; la sua maturità; il suo livello di dipendenza dai genitori; la presenza o l'assenza di questi ultimi. Ci si interessa inoltre all'ambiente nel quale il figlio vive e alla situazione nello Stato di origine del genitore, al fine di valutare i disagi che il figlio medesimo

può escludersi per la sola ragione che uno dei genitori di un minore, cittadino di un paese terzo, è anche il genitore di un cittadino dell'Unione, nato da un primo matrimonio"[85]. In tale evenienza, il mancato ricongiungimento produrrebbe di certo ripercussioni svantaggiose per il figlio, cittadino di Stato terzo, che i coniugi hanno in comune, giacché verrebbe violato il diritto di costui a crescere in un gruppo familiare già consolidatosi e a mantenere i contatti con il padre biologico al quale venisse negato il permesso di soggiorno; andrebbe tuttavia a incidere in misura assai maggiore sul figlio cittadino dell'Unione, con conseguenze eccessivamente gravose per esso tanto nel senso "tradizionale" sopra detto in riferimento al caso *Ruiz Zambrano* (godimento reale ed effettivo dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione), quanto nel senso "nuovo" e "ampliato" cui parimenti si è accennato (cessazione dei rapporti con il padre biologico nonché sradicamento provocato dall'allontanamento dall'ambiente culturale, sociale e linguistico che il bambino è abituato a frequentare nello Stato membro di residenza)[86].

Non si può peraltro scartare l'idea per cui il problema di garantire una prosecuzione della vita familiare già instauratasi nello Stato membro tra i componenti della famiglia ricostituita (caso del richiedente cittadino della Costa d'Avorio, coniugato e convivente con la moglie soggiornante ghanese, con il figlio, cittadino dell'Unione, nato dal primo matrimonio di questa e con il loro figlio comune, cittadino di Stato terzo) venga avvertito dal giudice nazionale in modo diverso (e con maggiore propensione, forse, ad assecondare il raggiungimento del relativo obiettivo) rispetto all'ipotesi in cui, viceversa, si debba porre in essere un ricongiungimento familiare vero e proprio di chi non vive insieme (caso della soggiornante cittadina algerina e del marito richiedente, cittadino algerino, espulso dallo Stato membro nel quale la moglie seguita a risiedere con suo figlio primogenito, cittadino dell'Unione, e con il loro figlio comune, cittadino di Stato terzo)[87].

---

potrebbe essere costretto a sopportare in detto Stato (sentenze *Şen* c. *Paesi Bassi*, par. 37; e *Rodrigues da Silva* e *Hoogkamer* c. *Paesi Bassi*, par. 39).

85 Sentenza *O., S.* e *L.*, punto 69.

86 *Ivi*, punti 51 e 76. Sulla necessità che il bambino intrattenga rapporti con entrambi i genitori, cfr. le sentenze della Corte di giustizia *Parlamento* c. *Consiglio*, cit. *infra*, nota 95, punto 58; e del 23 dicembre 2009, causa C-403 PPU, *Detiček*, punto 54, nonché le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 settembre 2010, *Mincheva* c. *Bulgaria*, par. 83; del 2 novembre 2010, *Piazzi* c. *Italia*, par. 60; dell'11 gennaio 2011, *Bordeianu* c. *Moldavia*, par. 63; e del 1° febbraio 2011, *Karoussiotis* c. *Portogallo*, par. 82. Sulla rilevanza dei vincoli esistenti con l'ambiente culturale e linguistico al quale il minore è avvezzo, v., segnatamente, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Gül* c. *Svizzera*, par. 42; e *Ahmut* c. *Paesi Bassi*, par. 69.

87 Ciò in virtù dell'interpretazione che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha elaborato in relazione all'art. 8, par. 1, CEDU, in base alla quale gli articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta di Nizza vanno considerati, quanto alla necessità di evitare l'allontanamento di una persona dallo Stato nel quale già risiedono i suoi familiari nonché, in particolare, all'obbligo di preservare i legami che il figlio ha con la sua famiglia e di tenere presenti le varie condizioni individuali a esso collegate, a garanzia del superiore interesse del minore: cfr. le sentenze *Moustaquim* c. *Belgio*, par. 36; *Gül* c. *Svizzera*, par. 42; *Ahmut* c. *Paesi Bassi*, par. 69; *Elsholz* c. *Germania*, par. 50; *Gnahoré* c. *Francia*, par. 59; *Boultif* c. *Svizzera*, par. 39; *Şen* c. *Paesi Bassi*, par. 37; *Rodrigues da Silva* e *Hoogkamer* c. *Paesi Bassi*, par. 39; *Maršálek* c. *Repubblica Ceca*, par. 71; *Neulinger* e *Shuruk* c. *Svizzera*, paragrafi 49-64; *Mincheva* c. *Bulgaria*, par. 83; *Piazzi* c. *Italia*, par. 60; *Bordeianu* c. *Moldavia*, par. 63; e *Karoussiotis* c. *Portogallo*, par. 82.

Il risultato della (doverosa) ponderazione esplicata dal giudice interno, d'altronde, non è affatto chiaro, scoprendosi, anzi, a tratti ambiguo. L'Avvocato generale ha compiuto infatti una rassegna dettagliata degli elementi da considerare, ricordando, tra l'altro, le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui gli Stati non hanno l'obbligo né di rispettare la scelta di coppie coniugate della loro comune residenza né di consentire il ricongiungimento familiare nel proprio territorio[88].

Sebbene la Corte europea dei diritti dell'uomo ritenga che "solo circostanze eccezionali possano, in linea di principio, portare ad una rottura del legame familiare e che si debba fare di tutto per mantenere le relazioni personali e l'unità familiare o 'ricostituire' la famiglia"[89], va rilevato come tale giurisprudenza configuri un diritto alla vita familiare non assoluto, ma soggetto a restrizioni e a un bilanciamento rispetto a interessi più ampi, per cui "qualora si rinvenga un'effettiva vita familiare, da intendersi in maniera autonoma rispetto a quella propria degli ordinamenti nazionali, l'espulsione può rappresentare una ingerenza legittima se è prescritta dalla legge, se è necessaria in una società democratica e risponde ad un obiettivo legittimo", mentre d'altro canto, per quanto riguarda l'ingresso per motivi familiari, "[l']obbligo di contenuto positivo dello Stato, che discende dalla tutela dell'unità familiare, (…) non sussisterebbe (…) sempre e comunque, ma quando ricorrano determinate situazioni di fatto, che impongano allo Stato di assicurare la convivenza della famiglia sul proprio territorio, garantendo quella condizione materiale che costituisce il normale modo di essere di una comunità familiare"[90].

5. In un passato non troppo lontano, le nuove unioni familiari rappresentavano un fenomeno di portata limitata ed erano originate solitamente dalla morte di uno dei coniugi; con l'introduzione progressiva della separazione e del divorzio, l'instaurazione, anche non formalizzata, di nuclei familiari nei quali confluiscono soggetti provenienti da esperienze relazionali diverse, concluse o quiescenti, è invece aumentata in maniera esponenziale, tanto che la famiglia ricostituita o ricomposta non può più essere ignorata.

Non c'è dubbio che la Corte di giustizia assolva da anni un compito nodale nel rafforzamento dei diritti spettanti ai cittadini di Stati terzi residenti nella Comunità e nell'Unione europea, e che attraverso i suoi ripetuti interventi si sia giunti al graduale incremento della tutela di cui tale categoria di persone, e tra queste i "familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro", può ormai eloquentemente disporre[91]. Relegata sullo sfondo in procedimenti principali nel cui ambito i giudici

---

88 V. le conclusioni *O., S.* e *L.*, punto 67, nonché, nello specifico, tra quelle richiamate *supra*, nota 83, le sentenze della Corte europea *Gül* c. *Svizzera*, par. 38; *Ahmut* c. *Paesi Bassi*, par. 67; *Şen* c. *Paesi Bassi*, par. 36; e *Bajsultanov* c. *Austria*, par. 78.

89 V. le conclusioni *O., S.* e *L.*, punto 73. Cfr. inoltre Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Neulinger* e *Shuruk* c. *Svizzera*, par. 136.

90 Così B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2014, p. 71 s.

91 Per una ricostruzione accurata di questo tipo di "azione partecipativa" v. in dottrina S. Peers, *Towards Equality: Actual and Potential Rights of Third-Country Nationals in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 7 ss.; H. Staples, *Legal Status of Third Country Nationals Resident in the EU*, The Hague-London, 1999; M. Hedemann Robinson, *An Overview of Recent Legal Developments at Community Level in Relation to Third Country Nationals Resident within the European*

di merito hanno sollevato rinvii pregiudiziali interpretativi[92], è soltanto con la sentenza *O.*, *S.* e *L.* sopra considerata che la ricostituzione della famiglia ha acquisito una rilevanza centrale sul piano cognitivo e deduttivo; da questa pronuncia (unica, al momento, nella giurisprudenza della Corte) si può pertanto trarre una valutazione finale attinente, in particolare, all'operato "potenziamento" dell'effettività del diritto derivato dell'Unione europea sull'immigrazione (direttiva 2003/86 e diritti fondamentali della Carta di Nizza in essa impliciti).

Si è già avuto modo di osservare che nella sentenza *O.*, *S.* e *L.* la Corte di giustizia considera la famiglia ricostituita come elemento di riqualificazione fattuale delle garanzie enunciate nel caso *Ruiz Zambrano*, ben distinte e autonome rispetto ai diritti fondamentali; la pronuncia *Ruiz Zambrano* garantisce, infatti, la permanenza sul territorio dell'Unione europea ai minori cittadini dell'Unione residenti nello Stato membro del quale hanno la cittadinanza, con i diritti fondamentali attivati solo in funzione di questa esigenza, non avendo essi qualsivoglia rilievo al di fuori del relativo contesto[93]. Per contro, e lo si è ugualmente sottolineato, nella seconda volet della medesima sentenza *O.*, *S.* e *L.* la famiglia ricostituita viene a beneficiare dei contenuti della Carta di Nizza (articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3) per effetto della direttiva 2003/86 sul ricongiungimento familiare[94].

Proseguendo nel solco tracciato dalla sentenza *Parlamento* c. *Consiglio* del 27 giugno 2006 e più di recente dalla sentenza Noorzia del 17 luglio 2014[95], il diritto

---

Union, with Particular Reference to the Case Law of the European Court of Justice, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 525 ss.; G. Barrett, *Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members*, *ivi*, 2003, p. 369 ss.; R. Ball, *The Legitimacy of the European Union through Legal Rationality: Free Movement of Third Country Nationals*, Abingdon-New York, 2014.

92 Cfr. la sentenza *Baumbast* e *R*, punti 16 e 17, nella quale una delle ricorrenti, la sig.ra Baumbast, aveva una famiglia formata dal marito, cittadino tedesco, dalla loro figlia comune, avente doppia nazionalità tedesca e colombiana, e dalla sua figlia naturale, di nazionalità colombiana. V. altresì le sentenze della Corte di giustizia del 6 settembre 2012, cause riunite C-147 e 148/11, *Czop* e *Punakova*, punti 11 e 12, in cui uno dei ricorrenti era la sig.ra Czop, cittadina polacca che, svolgendo attività di lavoro autonomo nel Regno Unito, conviveva con i suoi quattro figli e con un *partner*, anch'esso cittadino polacco, il quale peraltro non era il padre del primogenito; dell'8 maggio 2013, causa C-529/11, *Alarape* e *Tijani*, punto 15, incentrata sul caso di una donna e di suo figlio, entrambi di nazionalità nigeriana, trasferitisi nel Regno Unito e titolari di un permesso di soggiorno in qualità, rispettivamente, di coniuge di un cittadino di uno Stato membro avente un'occupazione nel territorio di un altro Stato membro e di discendente (della propria madre) di età inferiore ai ventuno anni o a carico; del 13 giugno 2013, causa C-45/12, *Hadj Ahmed*, punti 12-19, relativa alla vicenda di una cittadina algerina soggiornante in Belgio, dove si era ricongiunta con il compagno, cittadino francese (da cui si era poi divisa e dal quale aveva avuto un figlio anch'esso cittadino francese), che si era vista negare gli assegni familiari ad aliquota normale destinati al sostentamento dell'altra sua figlia, cittadina algerina nata da un rapporto precedente; del 16 gennaio 2014, causa C-423/12, *Reyes*, punti 9-12, nella quale la ricorrente, cittadina filippina (figlia di una cittadina tedesca stabilitasi in Svezia e poi sposatasi con un cittadino norvegese residente in tale Stato membro), aveva fatto ingresso nello Spazio Schengen chiedendo un permesso di soggiorno in Svezia in quanto familiare della madre e del suo coniuge, e dichiarando di vivere a loro carico; e del 12 marzo 2014, causa C-457/12, *S.* e *G.*, punto 19, laddove la sig.ra G., cittadina peruviana che aveva contratto matrimonio con un cittadino olandese, aveva fatto valere di aver avuto una figlia con costui e di essere inoltre madre di un figlio accolto nella famiglia da lei formata con il marito.

93 V. *supra*, par. 3.

94 V. *supra*, par. 4.

95 Sentenze della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento* c. *Consiglio*; e del 17 luglio 2014, causa C-338/13, *Noorzia* c. *Bundesministerin für Inneres*.

al ricongiungimento familiare disciplinato dalla direttiva 2003/86 esprime per la Corte di giustizia, anche in seno al nucleo ricostituito o ricomposto, una manifestazione specifica del diritto al rispetto della vita familiare consacrato dall'art. 8, par. 1, CEDU, e dall'art. 7 della Carta di Nizza, come pure dell'obbligo, allo stesso art. 7 correlato, di prendere in considerazione il superiore interesse del minore (inteso anche come necessità per quest'ultimo di intrattenere regolari rapporti personali con i due genitori) sancito dall'art. 24, paragrafi 2 e 3, della Carta medesima[96]. Le disposizioni della direttiva 2003/86 devono pertanto essere applicate in ossequio a tali diritti fondamentali[97]. L'art. 4, par. 1, del provvedimento in parola, cui si è fatto riferimento precedentemente[98], stabilisce per gli Stati membri obblighi positivi precisi, cui corrispondono diritti soggettivi chiaramente definiti, imponendo loro, nelle ipotesi indicate dalla direttiva suddetta, di autorizzare il ricongiungimento di taluni familiari del soggiornante senza potersi avvalere di discrezionalità[99].

In tale prospettiva, lo si è già accennato, l'autorizzazione al ricongiungimento familiare è la regola generale e le facoltà attribuite agli Stati membri di condizionare l'esercizio del diritto devono essere interpretate restrittivamente, non dovendo pregiudicare né l'obiettivo della direttiva né il suo effetto utile[100]. A ciò si aggiunga che l'art. 17 della direttiva 2003/86 prevede, qualora una domanda di ricongiungimento familiare fosse rigettata, l'obbligo di prendere "nella dovuta considerazione la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona e la durata del suo soggiorno nello Stato membro, nonché l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d'origine", per cui gli Stati membri sono tenuti a "individualizzare" l'esame delle domande di ricongiungimento[101].

Veicolati per il tramite della direttiva 2003/86, alla quale, esperito il sindacato del giudice nazionale, viene "deferita" la soluzione della controversia pendente dinanzi alla Corte suprema amministrativa finlandese, i diritti fondamentali caratterizzano dunque profondamente la lettura dell'art. 7, par. 1, lett. c), della stessa direttiva 2003/86, di cui si è detto[102], influenzandone l'interpretazione sul piano interno, tanto più che "sono, in linea di principio, le risorse del soggiornante ad essere oggetto dell'esame individualizzato delle domande di ricongiungimento (…) e non

---

96 Cfr. la sentenza *O., S.* e *L.*, punti 75 e 76, e altresì le sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, punto 41; del 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Akrich*, punti 58 e 59; *Parlamento* c. *Consiglio*, punti 52 e 58; e *Detiček*, punto 54. V. inoltre le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 30 aprile 2014, causa C-338/13, *Noorzia*, punto 20, nonché il 2° 'considerando' della direttiva 2003/86, secondo il quale "[l]e misure in materia di ricongiungimento familiare dovrebbero essere adottate in conformità con l'obbligo di protezione della famiglia e di rispetto della vita familiare che è consacrato in numerosi strumenti di diritto internazionale. La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali ed i principi riconosciuti in particolare nell'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

97 Sentenza del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*, punto 44.

98 V. *supra*, par. 1 e nota 19.

99 Sentenza *O., S.* e *L.*, punto 70. Cfr. anche le sentenze *Parlamento* c. *Consiglio*, punto 60; e *Chakroun*, punto 41.

100 Cfr. *supra*, par. 2. V. la sentenza *O., S.* e *L.*, punto 74, e anche le sentenze *Parlamento* c. *Consiglio*, punto 60; e *Chakroun*, punti 41 e 43.

101 Sentenze *Parlamento* c. *Consiglio*, punti 64 e 87; e *Chakroun*, punto 48.

102 V. *supra*, par. 2 e nota 42, nonché par. 4.

le risorse del cittadino di un paese terzo per il quale un diritto di soggiorno è richiesto per ricongiungimento familiare" e che non è consentito a uno Stato membro di "negare il ricongiungimento familiare a un soggiornante che dimostri di disporre di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari"[103].

Le conseguenze derivanti da tale approccio sono alquanto singolari*:* i familiari extraeuropei di cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo (quali sono i mariti ivoriano e algerino delle soggiornanti ghanese e algerina parti in causa nel caso *O., S.* e *L.*, e i loro figli comuni) parrebbero essere avvantaggiati rispetto ai familiari extraeuropei di cittadini dell'Unione di cui alla direttiva 2004/38[104]. Se infatti l'incidenza dei diritti fondamentali può riguardare i familiari dei cittadini provenienti da Stati terzi legalmente soggiornanti in uno Stato membro dell'Unione tanto in situazione statica quanto in situazione di mobilità, essendo la direttiva 2003/86 riferibile sia agli uni sia agli altri[105], la direttiva 2004/38 (pure essa da applicare, qualora conceda facoltà agli Stati membri, in maniera conforme alle pre-

[103] Sentenza *O., S.* e *L.*, punti 72, 73, 77 e 80. V. altresì la sentenza *Chakroun*, punti 43, 46, 47 e 52. Non potendo la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri dall'art. 7, par. 1, lett. c), essere impiegata dagli stessi in modo tale da pregiudicare l'obiettivo dell'atto in questione (promuovere il ricongiungimento familiare) e il suo effetto utile, la sentenza *Chakroun*, al punto 52, ha precisato che il soggiornante, alla luce del livello del suo reddito, potrà nondimeno ricorrere all'assistenza speciale per provvedere a spese particolari e individualmente stabilite, a sgravi fiscali accordati da amministrazioni locali sulla base del reddito o a provvedimenti di sostegno del reddito nell'ambito della politica comunale per i redditi minimi.

[104] In merito alla direttiva 2004/38, già richiamata *supra*, par. 1 e nota 22, si rinvia a M. D. Blázquez Peinado, *El derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la directiva 2004/38/CE de 29 de abril*, in *Gaceta jurídica de la Unión europea y de la competencia*, 233, 2004, p. 18 ss.; A. Iliopoulou, *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: la directive 2004/38/CE*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, p. 523 ss.; M. Candela Soriano, *Libre circulation et séjour dans l'UE: la directive 2004/38 au regard des droits de l'homme*, in *Journal des tribunaux, Droit européen*, 2005, p. 193 ss.; J. Y. Carlier, *Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne: regard sur la directive 2004/38/CE*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, p. 13 ss.; P. de Bruycker, *La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme. Présentation générale de la directive 2004/38*, in J. Y. Carlier, E. Guild (dirs.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, Bruxelles, 2006, p. 21 ss.; C. Sanna, *La direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 1157 ss.; A. Brun, *Le droit de séjour et de libre circulation des citoyens de l'Union et des membres de leur famille après l'entrée en vigueur de la directive 2004/38/CE*, in E. Delfers, A. Brun, J. Garcia Martinez (dirs.), *op. cit*., p. 10 ss.; M. Di Filippo, *La libera circolazione dei cittadini comunitari e l'ordinamento italiano: (poche) luci e (molte) ombre nell'attuazione della direttiva 2004/38/CE*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 420 ss.; S. Leclerc, J. Y. Carlier, A. S. Lamblin Gourdin, C. Blumann (dirs.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Actes des 5es Rencontres européennes de Caen (27 mars 2008), Bruxelles, 2010; A. L. Sciacovelli, *La disciplina dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari*, in G. Carella, G. Cellamare, L. Garofalo, P. Gargiulo, G. Pizzolante, A. L. Sciacovelli, R. Di Chio, *op. cit*., p. 1 ss.

[105] Questo vale non solamente per la direttiva 2003/86 bensì anche per le fattispecie rientranti nel novero della direttiva 2003/109 relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo e della direttiva 2009/50 sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, poiché tali atti (menzionati *supra*, par. 1 e note 20 e 21) richiamano espressamente, come si è visto, il rispetto delle condizioni di cui alla medesima direttiva 2003/86. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, punto 80.

rogative di cui alla Carta di Nizza) appare di per sé ispirata alla salvaguardia dei diritti fondamentali (mediati dalla normativa derivata o dalla legislazione nazionale di attuazione) *delle sole persone circolanti*. La direttiva 2004/38 si richiama in effetti all'esigenza di riconoscere ai familiari, qualunque cittadinanza essi abbiano, un diritto di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri analogo a quello spettante ai cittadini dell'Unione di cui sono coniugi, *partner* o parenti (discendenti e ascendenti *ex* art. 2, n. 2, lettere c, d), affinché la circolazione e il soggiorno stessi possano essere esercitati in condizioni di libertà e di dignità[106].

In tale ottica, premiale della migrazione e a essa circoscritta, la Corte di giustizia, nonostante nella sentenza *Ruiz Zambrano* abbia impiegato lo schema dell'incorporazione dei diritti fondamentali nel diritto primario dell'Unione europea per delimitare l'ambito delle garanzie delle quali il cittadino dell'Unione stanziale usufruisce grazie alle norme del TUE e del TFUE[107], ha altresì affermato, nella giurisprudenza emessa successivamente, che l'art. 20 TFUE non vale a generalizzare il godimento dei diritti fondamentali conferiti dall'ordinamento dell'Unione europea, per cui i diritti fondamentali medesimi, enunciati dalla Carta di Nizza, sono, per così dire, "bloccati" quando si tratti di proteggere il diritto di soggiorno dei familiari del cittadino dell'Unione stanziale da restrizioni imputabili allo Stato membro del quale si detiene la cittadinanza, poiché ci si trova in situazioni estranee al diritto dell'Unione europea[108].

La sentenza *O., S.* e *L.*, nel permettere la penetrazione, per mezzo della direttiva 2003/86 e della qualificazione che il giudice nazionale deve svolgere, di considerazioni desunte dagli articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta di Nizza (e dell'art. 8, par. 1, CEDU), sembrerebbe pertanto andare nel senso di una conferma (o meglio, di una accentuazione) della disarmonia esistente tra i diritti ascrivibili ai familiari extraeuropei di cittadini di Stati terzi stanziali rispetto a quelli propri dei familiari extraeuropei di cittadini dell'Unione anch'essi stanziali.

---

106 Così il 5° 'considerando' della direttiva 2004/38. Sull'art. 2, n. 2, lettere c) e d), di essa, v. *supra*, nota 47.

107 Sentenza *Ruiz Zambrano*, punti 44 e 45, laddove si richiama l'art. 20 TFUE. V. *supra*, par. 1.

108 Cfr. A. Adinolfi, *Diritto di soggiorno di cittadini di Stati terzi per rendere effettivo il diritto di soggiorno di cittadini dell'Unione nel loro Stato di cittadinanza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 467 ss.; nonché le sentenze *McCarthy*, punti 29 e 50, e *Dereci* e *altri*, punti 42 e 68 (a proposito di esse si rinvia *supra*, par. 2 e nota 46). Rilevante è inoltre la sentenza *Ymeraga* e *Ymeraga-Tafarshiku*, punto 45, secondo la quale dall'art. 20 TFUE non deriva un diritto di soggiorno dei fratelli del cittadino dell'Unione maggiorenne che provvede a contribuire al loro sostentamento dallo Stato membro di cui ha acquisito la cittadinanza. Questa soluzione negativa, testimoniata dalla mancata estensione della disciplina della direttiva 2004/38 al caso di specie, ha riguardato la domanda di soggiorno in Lussemburgo, per ricongiungimento familiare, proposta dagli ascendenti e da altri familiari (fratelli, anche di minore età) di un cittadino dell'Unione (lussemburghese di origine kosovara) che aveva raggiunto la maggiore età, non aveva mai esercitato il suo diritto alla libera circolazione in quanto cittadino dell'Unione e non si trovava in rapporto di dipendenza economica rispetto a tali familiari provenienti dal Kosovo, al cui mantenimento aveva anzi egli stesso contribuito.

Abstract

The Derivative Rights of Foreign Immigrants Belonging to 'Reconstituted' or 'Blended' Families

The 'reconstituted' or 'blended' family is nowadays taken into consideration by EC and EU legislation on asylum, immigration and free movement of persons. It has been evaluated so far by the Court of Justice with the judgment *O., S.* and *L.* of 6 December 2012 only. This judgment examines whether the right of residence of Third-Countries nationals in the territory of a Member State may derive from the EU citizenship enjoyed by children of whom they are not biological parents. Taking into account its previous *Ruiz Zambrano* case, the Court analyses this situation in the light of Directive 2003/86/EC on the right of family reunification, being it an expression of the right to respect for private and family life and of the principle of the best interest of the child (Article 8, para. 1, ECHR; Articles 7 and 24, paras. 2 and 3, Charter of Nice). Consequently, the non-European family members of long-term resident Third-Countries nationals seem to be advantaged over the non-European family members of EU citizens.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 455-471

Ilaria Rivera*

Il Protocollo n. 16 CEDU e la richiesta di parere consultivo, ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione

Sommario: 1. Il Protocollo n. 16 CEDU: il Protocollo del "dialogo". – 2. La richiesta di parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Punti di contatti tra strumenti di cooperazione giudiziaria europea. – 3. Il parere consultivo della Corte di Strasburgo: prospettive e problematiche relative ad un meccanismo di interazione giudiziaria paneuropea. – 4. Il difficile coordinamento tra la richiesta di parere consultivo e il rinvio pregiudiziale nell'articolazione del progetto di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 5. Alcune considerazioni conclusive sul possibile ampliamento del novero dei giudici nazionali al cospetto della Corte europea dei diritti dell'uomo.

1. Nel contesto giuridico *paneuropeo*, il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali in ambito convenzionale sembra arricchirsi di un ulteriore tassello alla luce della adozione del Protocollo n. 16 CEDU[1], aperto alla firma degli Stati il 2 ottobre 2013 e non ancora entrato in vigore[2].

Il Protocollo in questione, come si cercherà di sottolineare, pone in evidenza una serie di considerazioni critiche che, alla luce del recente parere n. 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea e del fallimento del progetto di adesione dell'Unione

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale dell'Università degli studi di Pavia.

[1] Definito il Protocollo "del dialogo" dall'ex Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Dean Spielmann.

[2] Art. 8, par. 1, Protocollo n. 16: "Il presente Protocollo entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo, conformemente alle disposizioni dell'articolo 7".

europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sembrano acquisire una connotazione nuova in ragione della difficile applicazione che si prospetta anche a seguito della entrata in vigore del Protocollo stesso. Infatti, la previsione del parere consultivo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo rischia di perdere qualunque utilità in mancanza di meccanismi in grado di garantirne l'attivazione su base nazionale e la razionalizzazione a livello europeo.

Più nel dettaglio, il Protocollo n. 16 pare porsi nel solco del dialogo instaurato tra i rappresentanti degli Stati aderenti alla Convenzione europea e le istituzioni del Consiglio d'Europa nell'ambito delle Alte Conferenze (di Interlaken del 2010, di Izmir del 2011, di Brighton 2012 e, da ultimo, di Bruxelles del 2015) sul futuro della Corte di Strasburgo e della Convenzione europea, al fine di ricercare possibili soluzioni per rafforzare gli strumenti collaborativi tra ordinamenti nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo[3] e per creare meccanismi nuovi che favoriscano la partecipazione di tutti i soggetti istituzionali agenti in ambito europeo per il raggiungimento del livello più adeguato di tutela dei diritti fondamentali. In tale prospettiva, si pone – appunto – l'adozione del Protocollo n. 16 CEDU, che introduce all'interno del sistema convenzionale un istituto nuovo[4] e dalle possibilità applicative, allo stato, non del tutto determinate.

Si tratta, come anticipato, della richiesta del parere consultivo[5] alla Corte europea dei diritti dell'uomo[6], la quale può essere formulata dal giudice nazionale nell'ambito di un giudizio concreto pendente[7] su questioni di principio relative

[3] Cfr. L. A. Sicilianos, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole no. 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, pp. 9-29.

[4] Si definisce innovativo rispetto alla previgente funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, disciplinata dall'art. 47 CEDU, in quanto diversi sono i presupposti giustificativi e, soprattutto, in ragione dello scarso successo registrato dalla procedura in questione, che ha avuto applicazione solo due volte. Si fa riferimento al parere consultivo concernente "the lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights" del 12 febbraio 2008 e il parere consultivo concernente "the lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights" del 22 gennaio 2010. Per un approfondimento, si vedano, tra gli altri, D. Syimczak, *La competence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme*, in A. Ondoua, D. Syimczak (dirs.), *La fonction consultative des juridictiones internationales*, Paris, 2009, p. 91 ss. Analoga competenza, peraltro, è riconosciuta alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, come previsto dalla Convenzione interamericana, che stabilisce: "1. The member states of the Organization may consult the Court regarding the interpretation of this Convention or of other treaties concerning the protection of human rights in the American states. Within their spheres of competence, the organs listed in Chapter X of the Charter of the Organization of American States, as amended by the Protocol of Buenos Aires, may in like manner consult the Court. 2. The Court, at the request of a member state of the Organization, may provide that state with opinions regarding the compatibility of any of its domestic laws with the aforesaid international instruments" (art. 64).

[5] Art. 1, par. 2.

[6] Il quale veniva preconizzato in occasione dell'Alta Conferenza di Brighton del 2012, invitando, di tal guisa, il Comitato dei ministri ad approntare uno specifico protocollo in tal senso (par. 12, lett. d) della Dichiarazione di Brighton).

[7] "La procedura non è pensata, ad esempio, per consentire una revisione in astratto della legislazione che non deve essere applicata nella causa pendente dinanzi a essa" (rapporto esplicativo, osservazioni sull'art. 1). Peraltro, ci si interroga circa la possibilità di disporre la sospensione del processo in attesa della pronuncia della Corte di Strasburgo e, più in particolare, circa l'opportunità di introdurre una

all'interpretazione o all'applicazione[8] della Convenzione e dei Protocolli addizionali[9].

Emerge immediatamente la diversità ontologica della pronuncia espressa in questo caso dalla Corte europea – nella forma del parere – dalla ordinaria sentenza, in quanto il parere non assume una portata vincolante[10] nei confronti dei giudici nazionali richiedenti; esso esplica esclusivamente un'efficacia consultiva[11].

Un'ulteriore caratteristica che vale a contraddistinguere lo strumento in esame dalla sentenza europea concerne l'oggetto della specifica richiesta da parte dell'autorità giurisdizionale nazionale, la quale può vertere solamente su questioni di principio[12]. Ne deriva, pertanto, che non è possibile sottoporre alla Corte EDU richieste di parere consultivo con le quali si miri ad avere in via pregiudiziale una pronuncia della Corte di Strasburgo sul caso in esame, pur originando il parere da elementi fattuali della controversia.

Infatti, sebbene il giudice nazionale debba motivare la richiesta di parere e indicare tutti gli elementi distintivi della causa, sia in fatto sia in diritto (art. 1, par. 3), il parere della Corte europea avrà ad oggetto la corretta interpretazione dei principi inerenti alla Convenzione ovvero ai suoi Protocolli aggiuntivi.

La funzione espressa in questa sede dal giudice europeo sembrerebbe essere quella di assicurare una sorta di *nomofilachia convenzionale*, ossia un livello omogeneo di applicazione del diritto convenzionale tra gli Stati contraenti. Essa parrebbe estrinsecarsi nella opportunità di consentire alle autorità giurisdizionali nazionali di implementare il diritto CEDU all'interno dei rispettivi ordinamenti in via preventiva, così da deflazionare le successive occasioni di ricorso dinanzi al giudice di Strasburgo e di sanzione degli atti posti in essere a livello nazionale.

---

specifica base giuridica nell'ambito della legge n. 87 del 1953 che consenta una siffatta possibilità nel processo costituzionale. Cfr. O. Pollicino, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte di Strasburgo ex Prot. 16 CEDU?*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015, pp. 24-25. Peraltro, particolarmente problematica è anche la questione circa la compatibilità della richiesta di parere alla Corte europea con l'oggetto del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale (es. giudizio di ammissibilità sul *referendum* abrogativo): in tal senso, cfr. A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 2014, p. 12.

[8] Cfr. V. Zagrebelsky, *Pareri consultivi della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in E. Lamarque (a cura di), *op. cit.*, p. 94, evidenzia le criticità di una simile disgiuntiva, che, se realmente fosse da intendersi come tale e se la questione riguardasse esclusivamente l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, comporterebbe la paradossale conseguenza di esigere un esame nel merito della controversia da parte della Corte di Strasburgo. Così, anche G. Sorrenti, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 CEDU*, *ivi*, pp. 151-152.

[9] Evidenzia la differenza tra tale disposizione e la formulazione dell'art. 43 CEDU, che disciplina le modalità di rinvio alla Grande Camera, E. Cannizzaro, *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?*, in E. Lamarque (a cura di), *op. cit.*, pp. 81-82.

[10] Art. 5.

[11] In particolare, "l'autorità richiedente decide sugli effetti del parere consultivo nel procedimento nazionale" (punto 25, rapporto esplicativo).

[12] Art. 1, par. 2.

La natura consultiva del parere comporta, peraltro, che la richiesta proveniente dal giudice interno, purché corredata da adeguata motivazione[13], possa essere rigettata dopo esser stata vagliata da un collegio di cinque giudici della Grande Camera; nell'ipotesi, al contrario, in cui tale richiesta venga accolta, il parere, anche in questo caso sorretto da opportuna motivazione, sarebbe emesso dalla Grande Camera[14], entrando a far parte, al pari delle sentenze, della giurisprudenza CEDU[15].

Come anticipato, tale richiesta può essere formulata esclusivamente da un giudice interno nell'ambito di una controversia concreta sottoposta al suo giudizio, sulla falsariga di quanto previsto in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia[16] ai sensi dell'art. 267 TFUE. Ad ogni modo, come precisato dall'art. 1 del Protocollo in questione, non tutti i giudici sono abilitati a presentare tale richiesta, contrariamente a quanto stabilito in ambito comunitario (*rectius*, europeo)[17], laddove si prevede la facoltà per tutti i giudici – e l'obbligo per quelli di ultima istanza, salvo talune eccezioni[18] – di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo al fine di ottenere la corretta interpretazione delle norme UE.

---

[13] "Ciò è volto a consolidare il dialogo tra la Corte e il sistema giudiziario interno, anche chiarendo cosa intenda la Corte per 'questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli', e questo potenzierà l'attività di indirizzo nei confronti delle autorità giudiziarie nazionali quando esse devono valutare se presentare una richiesta, scoraggiando le richieste non opportune" (punto 15, rapporto esplicativo).

[14] Art. 2, par. 2. Peraltro, è stato sottolineato come tale meccanismo rischi di sovraccaricare ulteriormente un organo decisionale – ossia, la Grande Camera – che, di per sé, riesce a decidere soli pochi casi all'anno. Cfr. N. O' Meara, *Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocols 15 and 16 ECHR*, in www.ukconstitutionallaw.org; K. Dzehtsiarou, *Advisory Opinions: More Cases for the Already Overburden Strasbourg Court*, in www.verfassungblog.de.

[15] "L'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli contenuta in tali pareri consultivi sarà analoga nei suoi effetti ai principi interpretativi stabiliti dalla Corte nelle sentenze e nelle decisioni" (punto 27, rapporto esplicativo).

[16] Peraltro, proprio il richiamo al rinvio pregiudiziale aveva informato l'intento, espresso nel *Report* dal Gruppo dei Saggi (CM(2006)203 15 November 2006), nominato dai Capi di Stato e di governo degli Stati membri del Consiglio d'Europa in occasione della riunione tenutasi a Varsavia il 15-16 maggio 2006, di avvicinare le due procedure europee. In particolare, il Gruppo dei Saggi sottolineava come "the introduction of a preliminary ruling mechanism on the model of that existing in the European Union was discussed. However, the Group reached the conclusion that the EU system is unsuitable for transposition to the Council of Europe. The preliminary ruling mechanism represents an alternative model to the judicial control established by the Convention, which requires domestic remedies to be exhausted. The combination of the two systems would create significant legal and practical problems and would considerably increase the Court's workload. On the other hand, the Group considers that it would be useful to introduce a system under which the national courts could apply to the Court for advisory opinions on legal questions relating to interpretation of the Convention and the protocols thereto. This is an innovation which would foster dialogue between courts and enhance the Court's 'constitutional' role" (punti 80-81).

[17] Più ampiamente, sulle differenze tra i due sistemi (UE e CEDU) nel quadro strutturale del rapporto tra le fonti e tra i giudici, si veda G. Martinico, *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 401 ss.; U. Villani, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 ss.

[18] Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Cilfit* e *Lanificio di Gavardo spa* c. *Ministero della sanità*.

Più nello specifico, possono richiedere il parere consultivo e non vincolante solo le Alte giurisdizioni[19] che vengono indicate al momento della ratifica da parte dei singoli Stati contraenti[20]. Dunque, la dizione utilizzata lascia presagire che sicuramente saranno designati a partecipare al dialogo giurisdizionale[21] con la Corte europea gli organi giudiziari di vertice[22], quali la Corte costituzionale[23], il Consiglio di Stato o la Corte di cassazione, in ragione anche della peculiare natura rivestita dal parere, ossia quella di chiarificare l'esatta portata interpretativa ed applicativa del diritto convenzionale.

Ci si chiede, però, con riguardo al portato normativo, quale possa essere la discrezionalità in capo ai singoli Stati contraenti che ratificano il Protocollo n. 16

[19] Art. 10. Peraltro, è stato sottolineato in dottrina come a seguito del processo di adesione dell'Unione europea alla CEDU, anche la Corte di giustizia potrebbe essere qualificata come un'Alta giurisdizione nazionale, abilitata, quindi, a formulare richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo. Così, E. Cannizzaro, *op. cit*., p. 87; F. Cherubini, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *I Diritti dell'Uomo: cronache e battaglie*, 2013, p. 44. Così, anche il *Reflexion Report* sulla possibilità di estendere la funzione consultiva della Corte, nel quale si precisa che "Moreover, it was argued that following the European Union (EU)'s accession to the Convention, the Court of Justice of the EU (CJEU) could avail itself of the advisory opinion procedure, which could serve to guarantee the respect of the principle of autonomy of EU law" (punto 10).

[20] Sottolinea la pericolosità di tale previsione O. Pollicino, *op. cit*., p. 21, laddove afferma che il fatto che lo stesso Protocollo n. 16 preveda espressamente che gli Stati contraenti possano in ogni momento "cambiare idea circa le Corti da considerare competenti", rischia di rappresentare una pericolosa "spada di Damocle" gravante sui giudici costituzionali degli Stati che non hanno ancora ultimato il processo di consolidamento democratico e che, quindi, non godono di particolare legittimazione formale nei rispettivi Paesi.

[21] Sulla possibilità per i giudici nazionali supremi di partecipare al dialogo giurisdizionale con la Corte europea al fine di contribuire ad assicurare l'uniforme interpretazione ed applicazione della Convenzione europea e di formare un livello omogeneo di tutela dei diritti, cfr. A. Ruggeri, *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 2013, p. 27 ss.

[22] Come confermato anche dal rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo il quale "L'uso dei termini 'le più alte' invece di 'la più alta' permette la potenziale inclusione di quelle autorità giudiziarie che, sebbene inferiori alla corte costituzionale o alla corte suprema, sono tuttavia di particolare rilevanza in quanto sono le 'più alte' per una particolare tipologia di cause. Questo, unito al requisito che una Alta Parte contraente deve specificare quale alta giurisdizione può richiedere un parere consultivo, consente la necessaria flessibilità per tenere conto dei diversi sistemi giudiziari nazionali. Limitare la scelta alle 'più alte' giurisdizioni è coerente con l'idea dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, sebbene una più alta giurisdizione non debba necessariamente essere una autorità alla quale presentare un ricorso per soddisfare il requisito dell'esaurimento delle vie di ricorso interne ai sensi dell'articolo 35 paragrafo 1 della Convenzione" (punto 8).

[23] In realtà, come risulta dal testo del d.d.l. A.C. n. 2801 di ratifica ed esecuzione dei Protocolli n. 15 e n. 16 CEDU, presentato il 30 dicembre 2014, ed attualmente all'esame delle Commissioni giustizia e affari esteri alla Camera, non contempla ai sensi dell'art. 3, tra gli organi giurisdizionali legittimati a presentare richiesta di parere alla Grande Camera della Corte europea la Corte costituzionale, lasciando presagire, sempre che tale previsione venga confermata, che il giudice costituzionale italiano voglia sottrarsi al "dialogo diretto" con l'omologo giudice europeo, venendo meno, così, all'obbligo di chiedere e di dare successiva esecuzione al parere fornito in via preventiva dalla Corte di Strasburgo. Tale elemento tenderebbe a privilegiare una lettura che conferma la volontà del giudice delle leggi nazionale di rivendicare uno spazio decisionale proprio e del tutto sganciato dai meccanismi comunicativi con la Corte di Strasburgo, quasi riproducendo il percorso che l'aveva, in passato, portata a negare la propria natura di "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 234 TCE (ora 267 TFUE).

CEDU in relazione alla scelta degli organi giurisdizionali che possono prender parte al dialogo giurisdizionale convenzionale e circa la possibilità di limitare la legittimazione attiva di taluni giudici, senza incorrere in alcun tipo di sanzione esterna.

Infatti, soprattutto negli Stati dell'Est Europa, nei quali i processi democratici stentano ad affermarsi, le autorità politiche nazionali potrebbero funzionalmente evitare di includere le Corti costituzionali, per sottrarsi al pericolo di accelerare il percorso di riconoscimento e di garanzia dei diritti fondamentali, mediante il supporto della giurisprudenza europea, con la conseguente necessità di introiettarne i principi di diritto a livello nazionale.

Come detto, la strutturazione dei canali comunicativi tra i giudici interni e i giudici di Strasburgo sembra lasciare il passo alla discrezionale determinazione del decisore politico ovvero alla libera scelta dei giudici interni di sottrarsi all'agone giurisdizionale per la preservazione di spazi decisionali propri. Ciò nondimeno, l'opportunità di assistere all'allargamento in via pretoria della platea dei giudici richiedenti potrebbe risentire anche della ripresa dei negoziati di adesione dell'Unione europea e della rivalutazione di un coinvolgimento della Corte di Strasburgo, in virtù del parere consultivo, su questioni potenzialmente incidenti sul diritto europeo.

La convenienza a ricorrere al parere consultivo e, quindi, a rientrare tra le Alte giurisdizioni di cui all'art. 10 del Protocollo, risulterebbe rafforzata dalla facoltà per i giudici nazionali di "maneggiare" uno strumento dalle potenzialità sistemiche tanto rilevanti quanto complesse.

Le conseguenze dirette della entrata in vigore del Protocollo si assesterebbero nella migliore definizione dei rapporti che già insistono tra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo, connotati, allo stato, da stratificazioni giurisprudenziali, spesso con un disarmonico atteggiarsi; d'altro canto, le conseguenze mediate che deriverebbero dalla concreta attivazione del parere consultivo si porrebbero in connessione alla circolazione di modelli normativi tra i diversi ordinamenti, nella prospettiva di un processo osmotico europeo.

In questo modo, tramite l'elaborazione di principi di diritto destinati ai singoli giudici nazionali richiedenti, si favorirebbe la recezione anche in altri ordinamenti di istituti appartenenti a realtà giuridiche diverse. Il sostrato normativo statale troverebbe il proprio fondamento in principi comuni, cui la Corte europea dei diritti dell'uomo attingerebbe nella formulazione delle proprie valutazioni.

2. Così inteso, l'istituto del parere consultivo è stato concepito per rispondere alla necessità di fornire una risposta immediata, già nel corso del giudizio in sede nazionale[24], a quei giudici che dubitino del corretto significato[25] da attribuire al testo

[24] Osserva R. Conti, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in www.consultaonline.org, 2015, p. 21, che "(…) se, nel breve periodo, l'eventuale 'fortuna' di tale strumento potrà portare a un appesantimento del lavoro dei giudici della Corte europea sembra evidente che, nel medio periodo, tale meccanismo dovrebbe ridurre il carico della Corte europea per effetto delle decisioni del giudice nazionale, le quante volte queste dovessero uniformarsi ai pareri di Strasburgo".

[25] Significato che si consolida nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo e va a costituire la giurisprudenza europea e, quindi, *res interpretata* anche rispetto ai Paesi che non siano parte delle

convenzionale. Ciò nondimeno, il parere emesso dalla Corte non esplica un'efficacia vincolante nei confronti del giudice richiedente, che *medio tempore* sospende il giudizio in attesa del pronunciamento della Corte europea, né tantomeno nei riguardi degli altri giudici, ma acquista esclusivamente una "forza persuasiva" determinata dal fatto di provenire dall'organo giurisdizionale chiamato ad interpretare in via esclusiva la Convenzione europea[26]. Sono, dunque, evidenti le differenze tra lo strumento in oggetto e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo[27].

In primo luogo, come sopra esposto, non tutti i giudici hanno la facoltà di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo, contrariamente a quanto succede in ambito europeo, laddove si prevede che tutti i giudici nazionali, come specificato, tra l'altro, dalla giurisprudenza europea sul punto[28], possono sollevare richiesta di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, nell'ipotesi in cui dubitino dell'esatta interpretazione degli atti di diritto derivato dell'Unione europea[29].

Alla luce di tali premesse teoriche, secondo l'articolato del Protocollo n. 16, solo i giudici che vengono indicati dagli Stati membri in occasione della ratifica sarebbero legittimati a presentare richiesta di parere alla Corte europea. A ben vedere,

---

controversie concrete nel giudizio della Corte europea. Cfr. E. Nalin, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, pp. 120-121.

[26] Non mancano, peraltro, casi nei quali la Corte europea giunge a qualificare la Convenzione europea come strumento volto ad assicurare l'"ordine pubblico europeo" nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, al cui presidio è posta, quindi, la Corte europea. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 luglio 2010, *Neulinge* e *Shuruk* c. *Svizzera*, par. 133, ove si chiarisce che: "For that reason the Court is competent to review the procedure followed by domestic courts, in particular to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of the Hague Convention, have secured the guarantees of the Convention and especially those of Article 8".

[27] M. C. Runavot, *Le Protocole n. 16 à la Convention européenne: réflexions sur une nouvelle espèce du genre*, in *Revue générale de droit international public*, 2014, p. 77 ss. *Contra*, P. Gragl, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure ad a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*, in *European Law Review*, 2013, p. 229 ss. Peraltro, ne evidenzia le assonanze con il "fratello maggiore" rappresentato dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia R. Conti, *op. cit*., pp. 102-103, ove osserva che l'istituto in esame rappresenta uno strumento preventivo "che *parte* dal giudice nazionale e che non intende né elidere le prerogative, né travolgere l'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo, esulando realmente da un meccanismo di tipo gerarchico" (corsivo dell'A.).

[28] La nozione di "giudice rinviante" è stata elaborata in via pretoria dai giudici di Lussemburgo, i quali hanno specificato che deve trattarsi di un organo che ha un potere effettivamente decisionale nella soluzione della controversia; un organo creato da norme di legge, permanente, con giurisdizione obbligatoria, le cui decisioni sono basate su regole giuridiche secondo una procedura giuridica, e dotato di indipendenza (sentenze della Corte di giustizia del 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen-Göbbels* e del 18 ottobre 2007, causa C-195/06, *Österreichischer Rundfunk*).

[29] Occorre rammentare, al riguardo, la felice commistione tra giurisdizione europea e giurisdizione convenzionale circa l'attivazione del rinvio pregiudiziale dinanzi alla prima. In particolare, nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'8 aprile 2014, *Dhahbi* c. *Italia*, paragrafi 33-34, nella quale il giudice convenzionale europeo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 CEDU (diritto ad equo processo) per omessa motivazione da parte della Corte di cassazione circa il rifiuto opposto di operare il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. In senso contrario, la precedente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten e Rezabek* c. *Belgio,* nella quale i giudici convenzionali europei, al contrario, non hanno ravvisato la violazione dell'art. 6 CEDU, ritenendo che il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione avessero adeguatamente motivato in ordine al mancato adempimento del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

però, una siffatta affermazione si presta ad una serie di contraddizioni. Infatti, scopo precipuo del Protocollo è quello di creare un nuovo strumento dialogico che unisca direttamente i giudici nazionali e il giudice di Strasburgo[30] attraverso una pronuncia priva di efficacia vincolante. Esso costituisce il primo tentativo di creare un meccanismo collaborativo immediato tra giudici nell'ambito convenzionale, che prescinda dalla proposizione di un ricorso (statale o individuale) alla Corte europea.

Il testo convenzionale prevede, infatti, un meccanismo di attivazione su istanza della parte che si ritenga lesa in un proprio diritto – convenzionalmente riconosciuto – da parte di uno Stato aderente alla Convenzione europea[31], a seguito dell'esperimento di tutti i rimedi giurisdizionali interni[32]. Con l'introduzione del parere preventivo da parte del Protocollo n. 16, invece, si è voluto creare un percorso dialogico diretto tra i giudici operanti nello spazio CEDU, di modo da contribuire a rafforzare l'uniforme applicazione e interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo attraverso la lettura offerta non solo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche dai giudici nazionali, con la possibilità di ottenere un riscontro immediato[33] circa l'esatta portata da attribuire alle norme convenzionali[34].

La richiesta giudiziale di parere contribuisce a formare una comune coscienza convenzionale dei diritti fondamentali, ponendosi a supporto dell'attività interpretativa del giudice nazionale.

Affinché, però, tale strumento possa rivelarsi efficace, è necessario che il giudizio nazionale, nell'ambito del quale viene formulata la richiesta di parere, sia caratterizzato dai requisiti necessari per porre rimedio alla censurata violazione del diritto. A tal proposito, ad esempio, occorre valutare la compatibilità del parere in questione con il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, nel quale non si

---

[30] Ne sottolineano la necessarietà J. P. Costa, P. Titiun, *Les avis consultatifs devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *L'Homme dans la société internationale: Mélanges en Hommage au Professeur Paul Tavenier*, Bruxelles, 2013, p. 605 ss.

[31] Caso esemplificativo, al riguardo, è la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2012, *Hirsi* e *al*. c. *Italia*, con la quale la Corte di Strasburgo ha condannato all'unanimità l'Italia per violazione degli articoli 3 (trattamenti inumani e degradanti), 13 (diritto al ricorso effettivo) e art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU (divieto di espulsioni collettive) congiuntamente ai primi due parametri convenzionali, nel ricorso proposto da cittadini somali ed eritrei per il respingimento effettuato in mare e per il rimpatrio forzato degli stessi nei Paesi d'origine. In tal senso, la possibilità per cittadini di Stati non aderenti al sistema del Consiglio d'Europa di adire la Corte europea derivava dal fatto che lo Stato condannato, ossia l'Italia, fosse aderente alla Convenzione europea e al sistema giurisdizionale convenzionale.

[32] Non sono pochi i casi nei quali, ancorché in mancanza dei requisiti procedurali previsti dall'art. 35 CEDU, la Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso proposto. Ad esempio, nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 agosto del 2012, *Costa* e *Pavan* c. *Italia*, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto ammissibile il ricorso proposto dai ricorrenti e hanno statuito nel merito, condannando l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU (diritto alla vita privata e familiare). La coppia ricorrente non aveva previamente presentato ricorso dinanzi ad alcun organo giurisdizionale interno.

[33] Così, il *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction*, nel quale la Corte afferma che: "The authority of the domestic courts ruling on a case following the Court's advisory opinion would equally be enhanced as those courts could decide the case on a solid basis in respect of the interpretation of the Convention. The likelihood that the parties accept their decision would be thereby increased" (punto 8).

[34] Cfr. F. Del Vecchio, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti umani tra limiti tecnici e "cortocircuiti" ideologici*, in *Rivista AIC*, 2013.

statuisce sul singolo diritto, bensì sulla compatibilità della normativa interna con il quadro costituzionale complessivo. Come sottolineato da alcuni Autori[35], la richiesta di parere consultivo da parte della Corte costituzionale – in specie, italiana – porrebbe una serie di problematiche, riguardanti, in primo luogo, la necessità ovvero l'opportunità di sospendere il giudizio di legittimità costituzionale – attraverso la modifica della legge n. 87 del 1953 sul funzionamento della Corte costituzionale – in attesa del riscontro da parte della Corte di Strasburgo.

Ad ogni modo, come si è visto, il parere in questione spiegherà esclusivamente un'efficacia persuasiva[36] nel giudizio interno, non comportando alcun tipo di sanzione in caso di inosservanza, e ben potendo, quindi, il giudice nazionale addivenire ad una diversa composizione degli interessi in gioco e a una diversa opzione ermeneutica.

D'altro canto, anche se privo di efficacia formalmente vincolante, è agevole ritenere che il giudice richiedente difficilmente sarà portato a discostarsi dai principi di diritto espressi nella pronuncia europea[37], in primo luogo perché, ragionando altrimenti, risulterebbe contraddittorio formulare la richiesta di parere per poi smentirne la portata in sede applicativa e, in secondo luogo, perché il parere avrebbe ad oggetto le formulazioni generali ed astratte relative all'interpretazione del diritto CEDU e non la risoluzione anticipata della fattispecie concreta. In questo senso, sebbene differente negli effetti dalla pronuncia resa dal giudice di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale, il parere parrebbe spiegare un'efficacia *de facto* vincolante per l'opportunità stessa per i giudici interni di giovarsi delle interpretazioni fornite dai giudici di Strasburgo. Il Protocollo n. 16, infatti, disvela la possibilità di ottenere in via anticipata il "materiale normativo" necessario per provvedere alla risoluzione del giudizio nazionale, compatibilmente con il diritto convenzionale europeo.

Ciò premesso, un'anomalia nel panorama della tutela convenzionale così delineato sarebbe rappresentata dalla "concretezza" della richiesta di parere, ossia dalla necessità che venga formulata nell'ambito di un giudizio concreto e, quindi, prima che venga emessa la relativa sentenza. Tale previsione minerebbe, secondo alcuni, la natura stessa della giurisdizione di Strasburgo[38], che, come ampiamente evidenziato, si pone in via sussidiaria rispetto al giudice nazionale[39] ed in un momento successivo all'esaurimento dei mezzi impugnatori interni.

---

35 Cfr. O. Pollicino, *op. cit.*

36 Cfr. A. Bodnar, Res interpretata*: Legal Effect of the European Court of Human Rights Judgments for Other States than Those Which Were Party to the Proceedings*, in Y. Haeck, E. Brems (eds.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Berlin, 2014, pp. 223-262; J. Gerards, *The European Court of Human Rights and the National Courts – Giving Shape to the Notion of "Shared Responsibility"*, in J. Gerards, J. W.A. Fleuren (eds.), *Implementation of the ECHR and of the judgments of the ECtHR in national case law. A Comparative Analysis*, Cambridge, 2014, p. 13 ss.

37 Cfr. P. De Sena, *Caratteri e prospettive del Prot. 16 Cedu*, in E. Lamarque, (a cura di), *op. cit.*, pp. 9 e 13, parla al riguardo di funzione di nomofilachia preventiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

38 *Contra*, cfr. F. Sudre, *La subsidiarité, «nouvelle frontière» de la Cour européenne de droits de l'homme. A propos de protocoles 15 e 16 à la Convention*, in *La semaine juridique*, 2013, p. 1912 ss.

39 Come, da ultimo, evidenziato anche dal Protocollo n. 15 CEDU, non ancora entrato in vigore, che, tra le altre modifiche, ha provveduto ad aggiungere un considerando al Preambolo della Convenzione, nel quale si ribadisce la portata giurisdizionale del sistema regionale di tutela dei diritti fondamentali

A ben guardare, però, tale strumento, di ausilio al giudice interno nella salvaguardia dei diritti, così come risultante dal quadro normativo integrato dalla Convenzione europea, non sarebbe di per sé incompatibile con il ricorso successivo (art. 35 CEDU) alla Corte europea dei diritti dell'uomo per una duplice ragione: da un lato, il parere preventivo sembra necessitato per colmare una lacuna nel confronto dialettico tra giudici nello spazio convenzionale europeo; dall'altro, potrebbe accadere che il soggetto che ritenga violato un proprio diritto decida di adire in via successiva il giudice di Strasburgo per far valere la propria doglianza. In questo caso, non potrebbe precludersi al soggetto ricorrente di interpellare la Corte europea dei diritti dell'uomo[40] per la prima volta – poiché il parere viene richiesto dal giudice – e in via successiva[41], e quindi nel pieno rispetto del dettato convenzionale. Peraltro, l'oggetto del ricorso, diversamente da quello del parere[42], concernerebbe il caso di specie e non i principi di diritto relativi alla mera interpretazione della Convenzione europea. Questo, quindi, si concreterebbe nella dichiarazione, da parte della Corte europea, dell'effettiva violazione o meno del diritto fatto valere.

In sostanza, il ricorso individuale diretto differirebbe dal ricorso giudiziale diretto non solo sotto un profilo più strettamente soggettivo, per il fatto di essere promosso, nel primo caso, dal soggetto che si ritiene leso in un proprio diritto e, nell'altro, dal giudice interno che deve dirimere una controversia, ma anche sotto un profilo squisitamente oggettivo, riguardando, nel primo caso, la definizione del caso che coinvolge direttamente il soggetto ricorrente e, nell'altro, l'interpretazione del testo convenzionale e, quindi, della giurisprudenza della Corte europea, al fine di garantire la corretta applicazione della Convenzione europea all'interno degli Stati aderenti.

3. Non è dato ancora sapere, allo stato, quali potrebbero essere la reale portata innovativa e le conseguenze prodotte da un siffatto meccanismo[43]. Ciò che, in ogni

da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, dunque, è chiamata a pronunciarsi in via successiva rispetto ai giudici interni e nel rispetto del margine di apprezzamento statale.

40 Cfr. E. Nalin, *op. cit*., p. 133.

41 "Tuttavia, laddove un ricorso venga proposto successivamente all'emissione di un parere consultivo della Corte che sia stato effettivamente osservato, si ritiene che tali elementi del ricorso che riguardano le questioni affrontate nel parere consultivo debbano essere dichiarati irricevibili o debbano essere stralciati" (punto 26, rapporto esplicativo).

42 Così come chiarito anche nel documento di riflessione: "Advisory opinions in cases concerning questions of principle or of general interest in the above sense could also cover cases raising an issue with regard to the compatibility with the Convention of legislation, a rule or an established interpretation of legislation by a court. However, there should not be an abstract review of legislation. The advisory opinion procedure should be limited to questions arising in a contentious case concerning individual rights in a dispute between parties" (punto 29).

43 Per una riflessione sulle possibili implicazioni di tale parere, si veda E. Lamarque, (a cura di), *op. cit.*; C. Giannopoulos, *Consideration on Protocol n. 16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?*, in *German Law Journal*, 2015, p. 340, il quale osserva che "The new advisory jurisdiction of the ECtCH presents an opportunity to discuss key issues about the collettive enforcement of the Convention within a broader judicial forum"; L. A. Sicilianos, *op. cit*., p. 9 ss.; P. Gragl, *op. cit*., p. 229 ss.; G. Asta, *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europea di tutela dei diritti Umani?*, in *La Comunità internazionale*, 2013, p. 773 ss.

caso, è possibile osservare è che la suggestione derivante dall'introduzione del parere pare essere espressione di una visione irenica[44] del dialogo intergiudiziario informato al perseguimento del livello più elevato di tutela dei diritti. La valutazione circa la concreta opportunità di inserire tale istituto nel tessuto ordinamentale europeo deve raffrontarsi necessariamente con le caratteristiche di tale sistema, nel quale le Corti costituzionali nazionali[45] sembrano porsi in una posizione tutt'altro che benevola nei riguardi dei *dicta* europei (in tal senso, recentemente, la ricostruzione offerta nella sentenza n. 49 del 2015[46] della Corte costituzionale italiana) e sembrano rivendicare una primazia ontologica a presidio dei diritti fondamentali.

Il parere previsto dal Protocollo n. 16 CEDU certamente risponde all'esigenza di favorire anche in ambito convenzionale una interrelazione funzionale tra autorità giurisdizionali nazionali e sovranazionali[47] e, soprattutto, una uniformità interpretativa da parte dei giudici tra gli Stati aderenti alla CEDU.

Tuttavia, la mancanza di vincolatività potrebbe vanificare lo scopo perseguito dal Protocollo, ossia quello di creare un circuito collaborativo tra giudici, istituendo un meccanismo che rischia di rivelarsi un'arma spuntata, se non è in grado di esercitare alcun tipo di influenza sul giudice interno.

D'altra parte, la richiesta di parere sembrerebbe rispondere ad un'altra finalità, in questo caso meramente processuale, ossia quella di alleggerire il carico dinanzi alla Corte attraverso la definizione in via "pregiudiziale" della questione prospettata attraverso l'emanazione del parere[48]. In realtà, anche una tale affermazione si presta ad alcune precisazioni. In primo luogo, come sopra esposto, l'istituto del parere

---

[44] Per l'utilizzo di tale espressione, si rinvia a M. Luciani, *Costituzionalismo* irenico *e costituzionalismo* polemico, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1643 ss.

[45] Sottolinea la peculiarità della situazione interordinamentale che verrebbe a crearsi con la scelta di escludere, al contrario, le Corti costituzionali dal dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo R. Conti, *op. cit.*, pp. 109-110, laddove osserva che una siffatta opzione consentirebbe alla Corte costituzionale "di smarcarsi dal 'controllo' del giudice europeo", ma comporterebbe anche l'esautoramento della stessa "da un'interlocuzione che (…) sarebbe comunque dotata di un grado di autorevolezza probabilmente superiore a quella delle altre alte giurisdizioni non costituzionali".

[46] "(…) il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla 'giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente' (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), 'in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza' (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009). È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera" (cons. dir. 7).

[47] Più ampiamente, sulla connessione tra Unione europea e CEDU, si veda P. Gragl, *op. cit.*, pp. 229-230.

[48] In tal senso, si esprime anche il documento di riflessione circa la possibilità di estendere la funzione consultiva della Corte europea, nel quale si chiarisce espressamente l'utilità che potrebbe derivare da un siffatto meccanismo, in quanto: "The Court could clarify issues relating to the interpretation of the Convention at an early stage and thereby anticipate and prevent a possibly large number of individual applications raising the same issue from being lodged with it. An extended advisory jurisdiction,

consultivo non precluderebbe l'intervento in via successiva della Corte europea su ricorso del singolo individuo ai sensi dell'art. 35 CEDU, laddove questi ritenesse violato un proprio diritto. In secondo luogo, l'intento deflattivo si produrrebbe se vi fosse perfetta coincidenza tra l'oggetto del parere consultivo e la successiva pronuncia della Corte di Strasburgo, circostanza che viene smentita dallo stesso articolato del Protocollo n. 16, quando parla di questioni di principio, che, come è evidente, prescindono dall'esame nel merito degli elementi caratteristici della fattispecie concreta. Ne deriva che, sebbene la volontà di contribuire a ridurre ulteriormente il contenzioso CEDU attraverso tale strumento possa rappresentare una delle ragioni poste a fondamento dell'adozione del Protocollo in questione, occorrerà attenderne l'effettiva entrata in vigore per verificare la rispondenza dell'istituto alle finalità annunciate ma, soprattutto, per valutare se, alla prova dei fatti, tale parere, attraverso un'inaspettata eterogenesi dei fini, non rischi invece di trasformarsi in un altro farraginoso ostacolo burocratico al corretto funzionamento della Corte[49], segnandone il definitivo collasso[50].

4. Come evidenziato, anche il Protocollo n. 16 CEDU si ispira ad un'ottica di ripensamento delle categorie ordinarie di funzionamento[51] della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'intento sembra essere quello di avvalorare una struttura "convenzionale europea" di collaborazione e di garanzia dei diritti fondamentali[52], creando non solo categorie sostanziali condivise, ma anche procedure metodologi-

working in that manner, could, in sum and in a mid- or long-term perspective, help reduce the Court's workload, as was stressed notably in the Izmir Declaration" (punto 14).

[49] A tal fine, il Gruppo dei Saggi aveva auspicato l'adozione di alcuni accorgimenti al fine di evitare che il ricorso al parere consultivo si trasformasse in uno strumento suscettibile di sovraccaricare la Corte di Strasburgo dell'ulteriore compito di adempiere alle molteplici richieste di parere. Di tal guisa, affermava che: "a) only constitutional courts or courts of last instance should be able to submit a request for an opinion; b) the opinions requested should only concern questions of principle or of general interest relating to the interpretation of the Convention or the protocols thereto; c) the Court should have discretion to refuse to answer a request for an opinion. For example, the Court might consider that it should not give an answer in view of the state of its case-law or because the subject-matter of the request overlaps with that of a pending case. It would not have to give reasons for its refusal" (punto 86).

[50] Cfr. N. O' Meara, *Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocols 15 and 16 ECHR*, in www.humanrights.eu, 2 giugno 2013. Per un approfondimento, cfr. W. Okresek, *Die Umsetzung der EGMR-Urteile und ihre Oberwachung*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2003, p. 168 ss; L. Wildhaber, *A constitutional future for the ECHR?*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 161. Al riguardo, E. Nalin, *op. cit.*, p. 117, evidenzia il fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo è "vittima del suo successo", essendo "destinataria di un numero di ricorsi talmente elevato da comportare inevitabili ritardi nella trattazione dei ricorsi".

[51] Trova spiegazione, in questo senso, anche l'introduzione della c.d. procedura pilota, espressamente prevista all'art. 61 del Regolamento interno della Corte europea, che può essere adottata nel caso in cui ricorra una violazione sistemica ovvero strutturale dell'ordinamento interno. Cfr. F. M. Palombino, *La "procedura di sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 102, il quale sottolinea la finalità di tale tipologia di sentenza, ossia quello di "(…) ridurre il carico giudiziario della Corte ed assicurare in questo modo la stessa 'sopravvivenza' del sistema giudiziario (…)" della Corte di Strasburgo.

[52] Cfr. G. Asta, *op. cit*., p. 780, il quale evidenzia che il ricorso a tale strumento potrebbe rivelarsi utile anche ai fini di ristabilire "l'ortodossia interpretativa" della Convenzione europea che rischia di essere disattesa nelle prassi giurisprudenziali nazionali.

che coordinate per la realizzazione dei fini stabiliti. Il parere consultivo si inquadra nella volontà di formare un "*acquis* paneuropeo" di tutela dei diritti fondamentali, al cui presidio risultano preposti molteplici operatori giuridici[53], che si interfacciano nel comune proposito di fornire una soluzione efficace alle istanze di tutela dei diritti[54]. Peraltro, nel perseguimento della finalità di comporre le diverse sfaccettature che scaturiscono dalla fitta intelaiatura giuridica europea[55] che si è tentato qui di ripercorrere, il dettato normativo sembra contribuire a fornire al giudice nazionale un arsenale di strumenti idonei a coadiuvarlo nel difficile compito ermeneutico-applicativo cui è chiamato, data anche la complessità esegetica delle diverse fonti normative emergenti nello scenario europeo.

Non si può prescindere, quindi, ai nostri fini, da un'analisi prognostica delle possibili implicazioni pratiche che potrebbero concretarsi nel caso dell'entrata in vigore del Protocollo in questione. Riflessioni, queste, che però rischiano di essere non del tutto rappresentative, in assenza di una qualsivoglia argomentazione circa la futura adesione dell'Unione europea alla CEDU, la quale è destinata ad incidere su un quadro giuridico già ampiamente frammentato[56] – nel senso della poliedricità delle fonti del diritto – e che si pone nella prospettiva di condurre a sistema la pluralità giuridica che caratterizza il tessuto identitario europeo.

Come evidenziato nel parere n. 2/2013, del 18 dicembre 2014, reso dalla Corte di giustizia circa il progetto di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, raggiunto a Strasburgo il 5 aprile 2013, anche il Protocollo n. 16 CEDU porrebbe alcune problematiche in ordine alla sua compatibilità con l'istituto del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE. In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito come la richiesta di parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo rischi di essere utilizzata per eludere il necessario ricorso alla Corte di giustizia per ottenere la corretta interpretazione delle norme europee. Invero, laddove i diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza corrispondano a quelli previsti e garantiti dalla Convenzione europea (art. 52, par. 3, della Carta di Nizza), il giudice nazionale potrebbe far ricorso allo strumento del parere consultivo al fine di avere l'interpretazione del testo convenzionale e, in via mediata, del diritto dell'Unione europea. Si paventerebbe, così, il rischio di rimettere il compito di interpretare

[53] Cfr. R. Conti, *op. cit*., p. 131, il quale chiarisce che il meccanismo da ultimo introdotto con il predetto Protocollo n. 16 CEDU risponde all'esigenza che si passi da "forme di cooperazione e collaborazione spontanea, fondate sull'attivismo a fasi alterne di talune autorità giurisdizionali più favorevolmente orientate ad assecondare le giurisdizioni sovranazionali, alla formalizzazione di strumenti capaci di costituire un ordinato canale di collegamento fra organi nazionali decentrati e giurisdizioni sovranazionali centralizzate".

[54] In tal senso, sulla convergenza tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte di Strasburgo, si veda J. P. Costa, *The Relationship between the European Convention on Human Rights and European Union Law – A Jurisprudential Dialogue between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, Lecture at the King's College London (7 october 2008), in *Background Documentations. Fundamental Rights Protection in EU Law under the Lisbon Treaty*, ERA Trier, 22-23 April 2010.

[55] Cfr. A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 2014.

[56] Cfr. U. Villani, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. Fragola (a cura), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012, p. 1 ss.

e di garantire l'omogenea applicazione del diritto europeo ad un organo giurisdizionale "esterno" al sistema comunitario, ossia al giudice di Strasburgo, in violazione della procedura prescritta dal citato art. 267 TFUE (punto 199 del parere).

Il parere negativo reso dalla Corte di giustizia ha segnato indubbiamente una battuta di arresto nel processo adesivo dell'Unione europea alla CEDU e, di conseguenza, ha determinato la necessità di ripensare l'intera struttura del progetto di adesione, ivi inclusi gli strumenti dialogici tra i giudici nazionali e le Corti sovranazionali coinvolte.

Ad ogni modo, la previsione dello strumento del parere consultivo, da porre a sistema con l'istituto del rinvio pregiudiziale, si connota per la peculiarità dei soggetti legittimati a farvi ricorso, ossia i soli giudici apicali negli assetti costituzionali nazionali, e per lo specifico oggetto che ne giustifica la proposizione, ossia la specificazione dei principi di diritto inerenti alle controversie prospettate. In tal senso, ancorché diversi possano essere i punti di contatto tra i due istituti, non possono tralasciarsi le diverse caratteristiche ontologiche e funzionali, nonché i risvolti pratici interni in termini di efficacia ricavabili da entrambi.

La revisione del progetto di adesione, resa necessaria dal parere negativo a cui si è fatto riferimento, non potrà non partire dalle argomentazioni della Corte di giustizia; tuttavia, la reale compatibilità tra i due strumenti giurisdizionali potrà essere verificata solo alla prova dei fatti e corretta, eventualmente, nella prassi applicativa.

Anche se non ha ancora trovato effettiva applicazione in ragione della mancata entrata in vigore, l'istituto del parere consultivo rivela una serie di criticità nello scenario di interazione tra l'ordinamento europeo e quello convenzionale e tra gli organi giurisdizionali posti a presidio delle rispettive fonti di produzione del diritto.

Ciò che, in ogni caso, preme sottolineare è la prospettiva di miglioramento, da più parti auspicata, che potrebbe derivare da forme di coordinamento "istituzionalizzato" nell'ambito del sistema giuridico integrato europeo nell'ottica di una razionalizzazione dei meccanismi dialogici esistenti.

Si è assistito negli anni, infatti, ad un sempre più nutrito utilizzo della giurisprudenza, rispettivamente europea e convenzionale, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, a dimostrazione della rilevanza espressa dai principi di diritto, spesso omogenei, contenuti nelle reciproche pronunce.

La porosità giurisprudenziale che si è consolidata nel corso del tempo e che rinviene una chiara esemplificazione nella pronuncia emessa dalla Corte di Strasburgo *Bosphorus Hava Jollari Turizm* c. *Irlanda*, del 30 giugno 2005, e nella dottrina della c.d. protezione equivalente[57] tra l'ordinamento europeo e quello CEDU sembra

[57] A tal riguardo, la Corte di Strasburgo chiarisce che: "State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides (see M. & Co., cited above, p. 145, an approach with which the parties and the European Commission agreed). By 'equivalent' the Court means 'comparable'; any requirement that the organisation's protection be 'identical' could run counter to the interest of international cooperation pursued (…)" (par. 155), concludendo, nel caso di specie, sulla individuazione di una protezione equivalente tra quella garantita dal diritto dell'Unione europea e quella offerta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

aver costituito la base del rinnovato proposito di riprendere e rivedere l'accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dando luogo ad una forma di istituzionalizzazione normativa delle prassi invalse a livello giurisprudenziale.

In tale prospettiva, troverebbe giustificazione l'elaborazione dello strumento del parere consultivo, la cui finalità principale si strutturerebbe nella possibilità di consentire al giudice nazionale di porre un raffronto diretto, sul proprio tavolo, tra Costituzione, Carta di Nizza e Convenzione europea[58].

Ciò premesso, la mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU, per i motivi sopra evidenziati, determinerebbe, in caso di mancata ripresa dei negoziati, la continuazione di pratiche di comparazione giurisprudenziale tra i diversi orientamenti, in grado di assicurare un omogeneo livello di protezione dei diritti fondamentali sul territorio europeo.

Il tentativo di addivenire ad una sistematizzazione degli schemi procedurali tipici dell'ordinamento europeo e di quello convenzionale, concretantesi, rispettivamente, nel rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE e nella richiesta di parere consultivo *ex* Protocollo n. 16 CEDU, dimostra la volontà di portare a compimento meccanismi di coinvolgimento dei soggetti giurisdizionali che insistono a livello europeo; d'altra parte, le articolate motivazioni prodotte dal giudice di Lussemburgo nel predetto parere del dicembre 2014 invitano a porre l'attenzione sulla problematica interazione tra ordinamenti e, dunque, tra giudici, i quali difficilmente sembrano essere pronti ad accedere ad uno scenario di controllabilità da parte di soggetti "esterni".

Si delinea una condizione di fisiologica ritrosia alla procedimentalizzazione di possibilità espressive componibili a livello giurisprudenziale, che rinviene, nell'adozione del Protocollo n. 16, uno snodo particolarmente significativo, non solo in relazione ai possibili rapporti tra giudici interni e giudici di Strasburgo, ma anche, come sottolineato nel recente parere n. 2/13, nelle relazioni con la Corte di giustizia.

In questo senso, l'art. 52, par. 3, della Carta di Nizza, il quale stabilisce l'applicazione del significato proprio della Convenzione europea laddove questo coincida con quello datone in sede europea, sembra costituire il puntello su cui reggerà la dinamica relazionale tra i due ordinamenti, in attesa della riconsiderazione della volontà di proseguire nell'intento adesivo.

5. Una volta indicati all'atto della ratifica gli organi giurisdizionali nazionali deputati a ricorrere alla Corte di Strasburgo, occorre interrogarsi sulla possibile influenza della prassi giurisprudenziale sul formante normativo, tale da consentire l'attuazione in via pretoria da parte di ulteriori autorità giurisdizionali rispetto a quelle originariamente designate, analogamente a quanto accaduto, *mutatis mutandis*, con riguardo al ruolo espresso dalla Corte costituzionale italiana in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, riconosciuta, in via

[58] In tal senso, cfr. R. Conti, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in www.consultaonline.org, 2015, p. 187, il quale evidenzia che nelle operazioni ermeneutiche cui è chiamato a compiere, il giudice nazionale deve tenere "sul suo scrittoio la Costituzione, la CEDU e le Carte che tutelano i diritti fondamentali, avendo come unica stella polare quella della maggiore e più intensa tutela dei diritti umani".

d'azione, con l'ordinanza n. 103 del 2008 e, in via incidentale, da ultimo, con la nota ordinanza n. 207 del 2013.

Ammettendo una simile ipotesi, ad esempio, la Corte costituzionale italiana, anche se non dovesse in un primo momento figurare tra gli organi giurisdizionali abilitati a fare richiesta di parere, potrebbe successivamente rientrare, attraverso un'interpretazione estensiva del Protocollo addizionale, di modo da operare un rinvio diretto alla Corte europea. Questo potrebbe ridurre le occasioni di aperto conflitto tra le due Corti; d'altra parte, la richiesta di parere esporrebbe il giudice costituzionale italiano a sottoporsi al giudicato europeo, potendo difficilmente smentire i principi espressi mediante un'operazione ermeneutica di *distinguishing* delle categorie in considerazione.

Le Corti costituzionali nazionali in più occasioni hanno dato dimostrazione di volersi discostare dai *dicta* espressi dal giudice di Strasburgo, valorizzando talvolta le peculiarità dell'ordinamento nazionale[59], talaltra il carattere casistico della giurisprudenza europea[60] e, di conseguenza, la differenza strutturazione dell'ordinamento interno rispetto a quello sovranazionale.

Ad ogni modo, la partecipazione dei giudici costituzionali nazionali rappresenterebbe un valore aggiunto nel dialogo con la Corte di Strasburgo in ragione delle rispettive attribuzioni e in considerazione del ruolo ermeneutico del quale esse sono investite, che, alla luce del progressivo intreccio giurisprudenziale che ha segnato le tappe del percorso dialogico, le ha portate alla esponenziale moltiplicazione delle opportunità di raffronto.

---

[59] Ne costituisce un caso esemplificativo la pronuncia della Corte costituzionale russa del 19 aprile 2016 n. 12-P, di risposta alla sentenza della Corte di Strasburgo del 4 luglio del 2013, *Anchugov* e *Gladkov*, con la quale veniva dichiarata la violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 CEDU ("diritto a libere elezioni") da parte dell'art. 32, co. 3, della Costituzione russa, a mente del quale "i cittadini che sono detenuti nei luoghi di privazione della libertà sulla base di una sentenza penale non hanno diritto di eleggere e di essere eletti", per la mancata previsione di una gradualità nella comminazione della sanzione. La Corte costituzionale russa, pur non disattendendo la portata delle sentenze europee, sottolinea che queste non possano porsi in contrasto con il dettato costituzionale, e, dunque, nel rispetto dei principi supremi dell'ordinamento, che fungono da controlimiti all'indistinto obbligo di dare esecuzione alla giurisprudenza della Corte europea di cui all'art. 46 CEDU.

[60] Come anticipato *supra*, si fa riferimento, a tal riguardo, alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 in tema di confisca per il reato di lottizzazione abusiva. In particolare, la pronuncia origina dalla controversa natura della misura confiscatoria, considerata misura amministrativa secondo l'orientamento giurisprudenziale interno e sanzione penale secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza europea (segnatamente nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 ottobre 2013, *Varvara* c. *Italia*). Con la sentenza in esame, il giudice costituzionale ribadisce l'obbligo per il giudice nazionale di conformarsi alla giurisprudenza europea, così come espresso a partire dalle sentenze gemelle del 2007, per concludere, però, nel senso di limitarne la portata ai soli casi di giurisprudenza consolidata ovvero di procedura pilota. Particolarmente significativo risulta anche il passaggio nel quale la Corte costituzionale afferma la priorità assiologica del testo costituzionale su quello convenzionale, affermando una sorta di previa interpretazione costituzionalmente conforme su quella convenzionalmente conforme. Ad ogni modo, il giudice costituzionale approda alla conclusione di definire i rapporti con la Corte di Strasburgo e, quindi, la giurisprudenza europea, restringendo la portata esecutiva delle sentenze europee ai soli casi in cui i principi espressi, vuoi perché pacifici vuoi perché adottati per porre rimedio a violazioni convenzionali strutturali o sistemiche, non abbiano carattere casistico.

Il parere in questione, infatti, pare costituire un'indiscussa occasione di confronto e di composizione preventiva delle possibili conflittualità tra i giudici interessati, attraverso la strutturazione di un tessuto normativo e giurisprudenziale omogeneo.

Sembra ragionevole osservare che lo strumento del parere consultivo *de iure condendo* sia suscettibile, in linea di principio, di consentire un canale nuovo ed immediato tra giudici interni e giudici di Strasburgo e prevenire, così, il rischio che i primi diventino i meri esecutori dei precetti impressi in sede europea. D'altro canto, la possibilità di reale partecipazione al processo di elaborazione giurisprudenziale convenzionale pare risultare *in nuce* viziato dal fatto che i giudici interni difficilmente si discosterebbero dalle enunciazioni della Corte di Strasburgo e che il parere si trasformerebbe ben presto in un mezzo – indiretto – di incisione ulteriore sugli Stati aderenti e sui loro giudici.

Il quadro così tratteggiato sembra, peraltro, subire l'influenza della mancata adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale, nel caso in cui dovesse trovare definitiva conferma, segnerebbe la continuazione di schemi dialogici informali ma, in qualche misura, coordinati tra i giudici operanti sul territorio europeo.

In conclusione, le prospettive che si pongono all'orizzonte sono molteplici e sembrano imporre una serie di riflessioni che ripropongono all'attenzione dell'operatore giuridico la tematica della c.d. tutela multilivello dei diritti fondamentali nel "dialogo" tra le Corti e nel rinnovato intreccio giurisprudenziale che sembra prospettarsi.

Abstract

Protocol No. 16 ECHR and the Request for an Advisory Opinion, i.e. a Form of 'Conventional Reference' to the Strasbourg Court: Some Remarks Three Years after Its Adoption

As a result of the adoption of Protocol No. 16 ECHR, it is arguable that the protection of fundamental rights within the Convention system will give rise to new scenarios. In line with this Protocol, national courts may request the Strasbourg Court to pass advisory opinions on questions of principle relating to the application or the interpretation of the ECHR. Three years after its adoption several events occurred, among them the ruling of the CJEU regarding the EU's accession to the ECHR. The purpose of this paper is to investigate the role of the mechanism set forth in Protocol No. 16, on the one hand through the lens of these events; on the other hand having regard, more generally, to the crucial function national judges are called upon to fulfil in this connection.

Note e Commenti

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 475-508

Sara Poli*

L'Unione europea e le misure restrittive individuali a carattere economico: tendenze evolutive del quadro normativo e giurisprudenziale

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'incremento delle misure restrittive autonome. – 3. L'ampliamento dei criteri di designazione e i problemi connessi alla base giuridica delle sanzioni legate allo sviamento dei fondi pubblici. – 4. L'ampliamento dei destinatari delle misure restrittive riguardanti la situazione di Stati terzi. – 5. La competenza della Corte di giustizia ad esaminare le misure restrittive, la portata del sindacato giurisdizionale e la legittimazione ad agire dei singoli. – 6. Le tendenze della giurisprudenza della Corte di giustizia. – 7. Alcuni casi in cui viene in rilievo l'errore di valutazione del Consiglio – 8. Le conseguenze dell'annullamento dell'iscrizione nella lista. – 9. La leale cooperazione della Corte di giustizia con il Consiglio in materia di PESC. – 10. Il condizionamento del *modus operandi* del Consiglio. – 11. Conclusioni.

1. Nell'ambito della Politica estera e di sicurezza (PESC) dell'UE esiste una cospicua prassi di misure restrittive[1] adottate contro Stati terzi e/o la compagine governativa e i singoli ad essa associati, che includono persone fisiche, giuridiche e altre entità non statali. Le sanzioni individuali consistono, tipicamente, in restrizioni a carattere economico, che si esplicano nel blocco dei fondi e delle risorse economiche possedute dagli inclusi nelle liste del Consiglio dell'UE. Talvolta, queste restrizioni sono accompagnate da provvedimenti che vietano agli Stati membri di ammet-

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Pisa. La ricerca svolta per la redazione di questo articolo è stata effettuata nell'ambito delle attività della Cattedra Jean Monnet ed è stata generosamente finanziata dalla Commissione europea attraverso il Lifelong Learning Programme Jean Monnet Action nel periodo 2013-2016. Le opinioni espresse in questo saggio non sono attribuibili alla Commissione ma esclusivamente all'autrice.

[1] I termini "sanzioni" e "misure restrittive" sono utilizzati come sinonimi. Sulla nozione di "misure restrittive" si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 7 aprile 2016, causa C-455/14 P, *H*, punto 78. Sulla prassi normativa del Consiglio, nonché su quella giurisprudenziale riguardante le misure restrittive fino al 2009 v. L. Paladini, *Le misure restrittive adottate nell'ambito della PESC: prassi e giurisprudenza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 341.

tere le persone sanzionate nel loro territorio. Nel presente lavoro concentreremo l'attenzione sulla prima categoria di misure restrittive individuali sopra individuate (dette anche "sanzioni economiche"); esse sono approvate nella forma di decisioni PESC, adottate sulla base dell'art. 29 TUE; le misure necessarie alla loro attuazione sono predisposte da una misura non PESC, sulla base dell'art. 215, par. 2, TFUE.

A seguito delle innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona, le decisioni che istituiscono misure restrittive, trattandosi di atti di politica estera che vanno a colpire i singoli, sono impugnabili in primo grado di fronte al Tribunale, sulla base dell'art. 275, co. 2, TFUE. Le condizioni di ricevibilità di tali ricorsi sono quelle stabilite dall'art. 263, co. 4, TFUE[2]. Anche se il controllo giurisdizionale sulle misure restrittive non è limitato a quelle di carattere economico[3], il contenzioso insorto in relazione a questi particolari atti di politica estera riguarda essenzialmente queste ultime e solleva una serie di interessanti problemi giuridici nell'ordinamento UE. Tra questi, le forme di controllo giurisdizionale consentite (ricorso di annullamento oppure anche rinvio pregiudiziale sulla validità e sull'interpretazione), la legittimazione ad agire delle persone colpite dalle sanzioni, nonché la portata del sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia (nel senso di Corte-giurisdizione) rispetto a tali atti.

Per poter esaminare questi problemi si ritiene indispensabile esaminare, in primo luogo, la prassi normativa delle misure restrittive. Se ne evidenzierà l'evoluzione, concentrando l'attenzione su quelle adottate, indipendente dalle Nazioni Unite, contro i regimi governativi. Esulano invece dallo studio le misure restrittive connesse al terrorismo, salvo che il riferimento alla giurisprudenza relativa a tali misure sia di rilievo per l'oggetto della ricerca[4].

In secondo luogo, si evidenzieranno le mutazioni che hanno caratterizzato le sanzioni quanto ai motivi che le supportano (i cosiddetti "criteri di designazione") e alla qualità dei destinatari, avendo particolare riguardo alle misure autonomamente adottate dall'Unione. A questo punto, saranno definiti i contorni della portata del sindacato giurisdizionale sulle misure restrittive e del diritto a ricorrere contro di esse.

---

[2] Questa disposizione consente a qualsiasi persona fisica o giuridica di impugnare, oltre agli atti adottati nei suoi confronti anche quelli che la riguardano direttamente e individualmente, nonché gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione.

[3] L'art. 275, co. 2, TFUE consente di impugnare tutte le misure restrittive adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2, TUE, senza inserire alcun tipo di limitazione. Pertanto, si ritiene che si possano impugnare sia le sanzioni economiche individuali, che sono attuate tramite un atto non-PESC, che tutte le altre misure restrittive che vengono decise in base al titolo V, capo 2, TUE. Tra queste rientra il divieto di ingresso nel territorio degli Stati membri. A supporto di questa interpretazione si possono citare i lavori della Convenzione che ha portato all'adozione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Vedi C. Iannone, *Commento all'articolo 275 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 2168. Sulle novità stabilite dall'art. 275, TFUE in relazione al diritto di ricorso delle persone fisiche e giuridiche v. le conclusioni *H*, punto 79. La Corte di giustizia nella sua sentenza del 19 luglio 2016 nella causa in esame ha stabilito che la sua giurisdizione, *ex* art 275, si estende fino ad includere il controllo sugli atti di gestione del personale di una missione UE distaccato dagli Stati membri (punto 55).

[4] Questa scelta è dovuta essenzialmente al fatto che negli ultimi anni si è assistito ad un amento esponenziale dei ricorsi riguardanti le sanzioni contro i regimi governativi di Stati terzi (e le persone ad essi associati) rispetto a quelli che interessano le misure connesse al terrorismo. Peraltro, queste ultime sono già state ampiamente sotto i riflettori della dottrina.

Infine, si passerà all'analisi del corposo contenzioso originato dalle misure restrittive relative ai regimi governativi. Ci si chiede se nella giurisprudenza degli ultimi tre-quattro anni possano essere stabilite delle vere e proprie tendenze giurisprudenziali in base alle quali è in qualche modo possibile prevedere l'esito dei ricorsi, a seconda della categoria a cui appartengono i ricorrenti (individui-organi di Stati terzi e loro familiari, uomini d'affari e altre categorie di privati). In aggiunta, si intende verificare se la Corte di giustizia abbia effettivamente salvaguardato i diritti procedurali e sostanziali delle persone inserite nelle liste – limitando così la discrezionalità del Consiglio nell'adozione delle sanzioni economiche e allo stesso tempo condizionando il *modus operandi* di tale istituzione – ovvero sia stata deferente nei confronti di quest'ultima in considerazione dei limiti della competenza giurisdizionale in materia di PESC. Le conclusioni a questo proposito saranno tratte nell'ultimo paragrafo.

2. Come è noto, l'UE può imporre restrizioni a carattere economico, che riguardano tanto le minacce alla pace e alla sicurezza internazionale poste dal terrorismo, che quelle legate all'attività di Stati terzi (ivi inclusa la *leadership* politica) o di gruppi di individui[5]. Può agire al fine di dare attuazione ad una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (CdS) adottata *ex* art. 41 della Carta ONU, ovvero autonomamente, sulla base di considerazioni di politica estera sue proprie.

Ormai, esiste un nutrito gruppo di sanzioni autonome che l'UE ha adottato a titolo di contromisure o di mera ritorsione[6]. Si noti, però, che l'UE non guarda con favore all'adozione di misure disgiunte da quelle onusiane. Infatti, da un lato, esse mal si conciliano con il principio del multilateralismo e con l'azione di supporto che l'Unione si propone di svolgere rispetto alle Nazioni Unite; dall'altro, indeboliscono l'efficacia complessiva dello strumento sanzionatorio. Infatti, le restrizioni in questione raggiungono il loro scopo solo se instaurate simultaneamente da un'ampia parte della comunità internazionale. Evidentemente, una misura applicata solo dagli Stati membri dell'UE non soddisfa il criterio dell'efficacia. Per questo motivo, qualora il Consiglio dell'UE ritenga necessario imporre sanzioni autonome, laddove, ad esempio, ciò si renda necessario per l'opposizione di un membro con diritto di veto all'interno del Consiglio di Sicurezza (tipicamente Russia e/o Cina)[7], l'UE si adopera per convincere anche altri Stati terzi (ad esempio, gli Stati candidati all'entrata nell'UE e gli Stati del vicinato orientale e meridionale dell'UE[8]) ad associarsi alle sanzioni dell'UE. Di solito, questi tentativi hanno un discreto tasso di successo[9].

---

5 Si pensi ai membri di gruppi armati in lotta contro il governo legittimo. Nella prassi più recente, ne sono esempi le misure adottate contro i *leaders* della Crimea e delle repubbliche separatiste proclamate a Donetsk and Luhansk.

6 T. Gazzini, E. Herlin-Karnell, *Restrictive Measures Adopted by the EU from the Standpoint of International and EU Law*, in *European Law Review*, 2011, p. 807.

7 In questi casi, le misure dell'UE seguono quelle adottate dagli Stati Uniti.

8 Ci si riferisce ai 15 Stati terzi che rientrano nella politica di vicinato europea e all'Autorità palestinese.

9 Sul tema mi si permetta di rinviare al mio *The European Neigbourhood Policy: Differentiation without Conditionality*, in *Polish Yearbook of European Law*, 2015, in corso di pubblicazione.

Sanzioni economiche sono state istituite a partire dai primi anni 2000 non solo nei confronti di presunti terroristi, sulla base di quanto previsto dalle risoluzioni del CdS[10], ma anche della classe politica e delle persone associate ad essa di Stati terzi come lo Zimbabwe[11], la Bielorussia[12], la Birmania/Myanmar[13] (oggetto di misure restrittive sin dal 1996)[14] e la Repubblica di Guinea[15]. In tutti questi casi, tranne quello dello Zimbabwe, l'Unione ha adottato sanzioni autonome, rivolte agli Stati in quanto tali, alla loro *leadership* politica e militare, ai loro associati e sostenitori. A partire dal 2011 quest'ultimo tipo di sanzioni è aumentato considerevolmente; il fenomeno si spiega con lo sviluppo di conflitti armati non internazionali nei Paesi del vicinato meridionale dell'UE (come nel caso della Libia e della Siria), alcuni dei quali sono collegati con la cosiddetta "primavera araba" (quelli in Tunisia ed Egitto) e della crisi sviluppatasi tra l'Ucraina e la Russia a partire dal 2014 e che ha portato a istituire sanzioni contro il primo[16] e il secondo Stato[17].

In aggiunta alle misure autonome citate, ce ne sono altre, che possiamo definire di tipo misto in quanto ampliano la portata soggettiva e/o oggettiva di quelle adottate dal CdS. Tra queste si annoverano le sanzioni imposte in considerazione della situazione in Corea del Nord[18], Costa d'Avorio[19], Guinea-Bissau[20], Iran (sia per i rischi legati alla non proliferazione nucleare[21] che per le gravi violazioni dei

[10] Risoluzione 1371 (2001) e risoluzione 1390 (2002).

[11] V. posizione comune 2002/145/PESC del Consiglio, del 18 febbraio 2002, successivamente modificata.

[12] V. posizione comune 2006/276/PESC del Consiglio, del 10 aprile 2006, su cui v. *infra*, par. 3.

[13] V. posizione comune 318/2006/PESC del Consiglio, del 27 aprile 2006, su cui v. *infra*, par. 3.

[14] V. posizione comune 96/635/PESC del Consiglio, del 28 ottobre 1996, su cui v. *infra*, par. 3.

[15] V. decisione del Consiglio 2009/1003/PESC del Consiglio, del 22 dicembre 2009, su cui v. *infra*, par. 3.

[16] V. il regolamento (UE) del Consiglio n. 208/2014, del 5 marzo 2014, che colpiva la *leadership* del Governo Janukovich responsabili delle violenze di piazza Maidan; nonché il regolamento (UE) del Consiglio n. 269/2014, del 17 marzo 2014, che estendeva le sanzioni alla *leadership* crimeana nonché al vicepresidente della Duma russa dopo lo svolgimento del *referendum* per l'indipendenza. Successivamente, le sanzioni sono state estese della *leadership* politica e militare delle Repubbliche secessioniste delle regioni di Donetsk e Luhansk. Sulle motivazioni di queste sanzioni v. *infra*, par. 3

[17] V. *infra*, par. 3.

[18] Nel 2013 l'UE adotta una decisione che ha l'effetto di allargare il campo di applicazione personale e materiale delle sanzioni stabilite contro la Corea del Nord dalla risoluzione del CdS 2087 (2013). Si tratta della decisione 2013/88/PESC del Consiglio, del 18 febbraio 2013. La misura è adottata a titolo di contromisura come reazione all'effettuazione di *tests* nucleari, a seguito della violazione da parte di questo Stato degli obblighi discendenti da numerose risoluzioni adottate dal CdS a partire dal 2006.

[19] Decisione 2010/801/PESC del Consiglio, del 22 dicembre 2010.

[20] Decisione 2012/285/PESC, del 31 maggio 2012. Queste sanzioni sono stabilite nei confronti di persone, entità e organismi che minacciano la pace, la sicurezza o la stabilità della Repubblica di Guinea-Bissau e vanno oltre quelle approvate dalla risoluzione del CdS (2048) 2012.

[21] Nel 2010 il Consiglio decide che le restrizioni in materia di ammissione e il congelamento dei fondi e delle risorse economiche, stabiliti dalla risoluzione del CdS 1737 (2006), saranno applicate ad altre persone e entità oltre a quelle indicate da tale atto. V. decisione 413/2010/PESC del Consiglio, del 26 ottobre 2010. Attualmente, queste misure restrittive sono sospese per effetto del Piano d'azione congiunto globale del 2015, concordato tra il gruppo di Stati E3+ 3 e l'UE da un lato, e la Repubblica dell'Iran, dall'altro.

diritti umani[22]), Libia[23] e Zimbabwe[24]. Un caso particolare, è quello delle "sanzioni potenziali" adottate in considerazione della situazione della Bosnia-Erzegovina[25]. Possiamo dire che le misure restrittive vengano utilizzate in modo crescente dall'UE per stigmatizzare in modo collettivo e autonomo rispetto all'ONU le violazioni di obblighi internazionali.

3. Il Consiglio dispone di un ampio margine di discrezionalità nell'individuare i criteri generali per applicare le misure restrittive. Infatti, né le basi giuridiche utilizzate per adottare le sanzioni prima del Trattato di Lisbona e neppure quelle nuove, introdotte successivamente all'entrata in vigore di questo Accordo, stabiliscono le circostanze o motivi che possono giustificare l'adozione di sanzioni. Sulla base della prassi, risulta possibile individuare almeno quattro diverse categorie di sanzioni autonome, a seconda delle motivazioni che le supportano.

In primo luogo, l'UE ha fatto ricorso a misure restrittive in situazioni che costituiscono una minaccia seria alla democrazia, al rispetto dei diritti umani e dello Stato di diritto nei confronti dello Zimbabwe[26] e della Bielorussia[27]. La mancanza di pro-

[22] Questo tipo di misure sono state adottate nel 2011 tramite la decisione 2011/235/PESC del Consiglio, del 12 aprile 2011. Occorre precisare che queste rimangono impregiudicate dal Piano d'azione congiunto globale che sospende solo le sanzioni legate all'attività di non proliferazione nucleare.

[23] Decisione 2011/137/PESC del Consiglio, del 28 febbraio 2011. Sulla base di tale atto vengono adottate misure supplementari rispetto a quelle imposte dalla risoluzione del CdS (1970) 2011 nei confronti di persone ed entità coinvolte in violazioni gravi dei diritti umani in Libia. Successivamente, i criteri di designazione vengono cambiati a seguito della continua instabilità politica della Libia e, in particolare, dell'inasprimento delle divisioni ad opera di persone ed entità che avevano preso parte alle politiche repressive del vecchio regime di Muammar Gheddafi, o altrimenti associate in passato a tale regime. V. decisione 2015/818/PESC del Consiglio, del 26 maggio 2015, che definisce "una minaccia" le persone ed entità che possiedono o controllano fondi pubblici libici, distratti durante il vecchio regime di Gheddafi, poiché potrebbero essere utilizzati per minacciare la pace, la stabilità o la sicurezza della Libia, oppure per ostacolare o pregiudicare il positivo completamento della sua transizione politica.

[24] V. da ultimo decisione 2011/101/PESC del Consiglio, del 15 febbraio 2011. Si tratta di oltre circa 160 persone tra cui alti funzionari del governo, militari, membri delle forze di polizia ma anche persone fisiche associate alla *leadership* politica, nonché altre persone iscritte per le loro responsabilità nel compimento delle violazioni dei diritti umani.

[25] V. decisione 2011/173/PESC del Consiglio, del 21 marzo 2011. Senza indicare alcun nome negli allegati di questa decisione l'UE istituisce una serie di sanzioni nei confronti di persone o entità identificate in modo generale ed astratto. Si tratta di persone che: a) compromettono la sovranità, l'integrità territoriale, l'ordine costituzionale e la personalità internazionale della Bosnia-Erzegovina; b) minacciano gravemente la sicurezza in Bosnia-Erzegovina; o c) compromettono l'Accordo quadro generale di pace di Dayton/Parigi e i relativi allegati. La peculiare decisione politica di adottare sanzioni di natura potenziale è dovuta alla situazione di instabilità che ancora caratterizza questo Paese potenziale candidato all'ammissione ed è legata alla volontà dell'UE di reagire in tempi rapidi se si dovesse verificare una crisi.

[26] V. posizione comune 2009/68/PESC. Per un ampio commento v. P. A. Pillitu, *Le sanzioni dell'Unione e della comunità europea nei confronti dello Zimbabwe e di esponenti del suo governo per gravi violazioni dei diritti umani e dei principi democratici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 55. Sul tema delle misure dell'UE intese a reagire a violazioni degli obblighi *erga omnes*, come quelle poste in essere dallo Zimbabwe, v. P. Palchetti, *Reactions by the European Union to Breaches of Erga Omnes Obligations*, in E. Cannizzaro (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002, p. 22.

[27] Risalgono al 2006 le misure restrittive legate alla sparizione di noti personaggi in Bielorussia, a brogli nelle elezioni e in un *referendum* e a gravi violazioni dei diritti umani perpetrate in occasione

gressi democratici e la persistente violazione dei diritti umani hanno caratterizzato le prime sanzioni di questo tipo contro la Birmania/Myanmar[28]. Sono riconducibili a questo gruppo anche le misure contro la Costa d'Avorio e la Guinea. Nel primo caso esse sono state adottate nei confronti di coloro che minacciano il buon esito del processo elettorale e, diversamente dalle altre, ostacolano il processo di pace e di riconciliazione nazionale[29]; nel secondo caso sono giustificate dalla repressione violenta da parte delle forze di sicurezza di pacifiche manifestazioni di massa[30].

La seconda categoria di sanzioni è legata alla commissione di abusi dei diritti umani compiute in assenza di un diretto collegamento con lo svolgimento di competizioni elettorali o per reprimere particolari forze di opposizione politica. All'interno di questo gruppo si iscrivono le sanzioni contro la Siria[31] e l'Iran (a partire dal 2011)[32].

Nella prassi recente l'UE ha individuato motivi aggiuntivi rispetto a quelli, per così dire "classici", precedentemente citati. Ciò testimonia la notevole flessibilità che caratterizza l'azione esterna dell'UE, in vista della realizzazione dei suoi fini. Tale è il caso delle sanzioni rivolte all'Ucraina (in particolare all'autoproclamata Repubblica autonoma di Crimea) e successivamente, per l'attività dei separatisti della regione del Donbass. Entrambe sono dovute alla minaccia all'integrità territoriale, alla sovranità e all'indipedenza dell'Ucraina, posta in essere dalla *leadership* militare e politica della Crimea per l'organizzazione del *referendum* indipendentista (e, successivamente per l'annessione alla Federazione russa)[33] e dai *leaders* delle Repubbliche popolari di Donetsk[34] e Luhansk[35]. Anche le sanzioni economiche contro la Russia sono giustificate da un motivo nuovo nella prassi: esse sono legate all'attività di destabilizzazione dell'Ucraina[36].

La quarta categoria di misure restrittive è quella volta a sostenere gli sforzi intesi a istituire una democrazia stabile in Tunisia[37] ed Egitto[38] e a consolidare lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani in Ucraina. Si tratta di misure a carat-

della repressione di manifestanti pacifici a seguito di tali elezioni e del referendum. V. posizione comune 2006/276/PESC. A seguito delle elezioni presidenziali del 2010, l'UE ha adottato nuove sanzioni nei confronti di funzionari statali bielorussi per la repressione delle manifestazioni pacifiche in occasione dello svolgimento di elezioni politiche o per la violazione di standards democratici consistenti nell'effettuazione di brogli elettorali. V. decisione 2011/69/PESC del Consiglio, del 31 gennaio 2011.

28 Posizione comune 96/635/PESC, punto 2.

29 Decisione 2010/656/PESC del Consiglio, del 29 ottobre 2010.

30 Decisione 2009/1003/PESC del Consiglio, del 22 dicembre 2009.

31 Decisione 2011/273/PESC del Consiglio, del 9 maggio 2011.

32 Ad esempio, per aver privato della libertà personale coloro che manifestano pacificamente o esercitano il diritto di esprimere la propria opinione o di riunione, per la sottoposizione a tortura e per l'uso eccessivo della pena di morte. Decisione 2011/235/PESC.

33 Decisione 2014/145/PESC del Consiglio, del 17 marzo 2014 (successivamente modificata).

34 Decisione 2014/499/PESC del Consiglio, del 25 luglio 2014 (successivamente modificata).

35 Decisione 2014/455/PESC del Consiglio, dell'11 luglio 2014 (successivamente modificata).

36 Regolamento (UE) n. 833/2014 del Consiglio, del 31 luglio 2014.

37 Decisione 2011/72/PESC del Consiglio, del 31 gennaio 2011. In questa decisione si afferma che l'obiettivo delle misure adottate è sostenere gli sforzi del popolo tunisino intesi ad istituire una democrazia stabile aiutandolo al tempo stesso a godere dei benefici dello sviluppo sostenibile della sua economia e della sua società.

38 Decisione 2011/172/PESC del Consiglio, del 21 marzo 2011.

tere individuale il cui criterio di designazione è "lo sviamento di fondi pubblici" o l'"appropriazione indebita di fondi statali" (nel caso dell'Ucraina)[39]. Tali misure sono adottate contro gli ex appartenenti alla compagine governativa considerati responsabili di aver usato per fini privati i fondi appartenenti allo Stato. L'obiettivo dell'Unione in questi casi è duplice: da un lato, fornire sostegno ai *nuovi* governi di Stati che nel 2011 si riteneva fossero in transizione verso la democrazia (Tunisia e Egitto); dall'altro, consolidare e sostenere lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani (Ucraina). La connessione con il consolidamento della stabilità e della democrazia in Tunisia ed Egitto sono dovuti al fatto che i fondi pubblici indebitamente sottratti e restituiti ai nuovi governi al potere, democraticamente eletti, dovrebbero essere utilizzati a beneficio di tutta la popolazione, così contribuendo alla stabilizzazione di questi Stati. È appena il caso di notare che in assenza di sviluppi democratici, come in Egitto, sarebbe auspicabile che le misure in questione fossero sospese. Quanto alle misure contro l'Ucraina, queste suscitano qualche perplessità. In particolare, pare abbastanza labile il collegamento tra la restituzione dei fondi statali di cui si sarebbero appropriati gli esponenti del Governo Janukovich e il consolidamento del rispetto dello Stato di diritto e dei diritti umani[40].

La categoria di sanzioni ultima citata pone particolari problemi circa la fondatezza della base giuridica all'origine della decisione che le istituisce. Infatti, poiché consistono nel prestare assistenza giudiziaria ai giudici dello Stato terzo, all'interno del quale si intendono sostenere il processo democratico o il consolidamento e il rispetto dello Stato di diritto e dei diritti umani, sono stati sollevati dei dubbi sulla loro riconducibilità alla PESC, anziché alle disposizioni del Trattato che riguardano lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. A questo proposito occorre far riferimento al contenzioso alimentato da ricorrenti egiziani e tunisini. Nel caso *Ezz* sia il Tribunale che la Corte ancorano saldamente queste misure alla PESC. Nel ricorso in primo grado i ricorrenti avevano sostenuto che il "Trattato non offra alcuna base normativa ad una misura che disponga il congelamento totale e indeterminato dei beni di persone nell'Unione europea con l'unico scopo di assistere le autorità di un paese esterno all'Unione nel recuperare i beni a seguito di una serie di procedimenti giudiziari"[41]. Invece, il Tribunale conferma la competenza dell'UE ad adottare le misure in questione sulla base dell'art. 29 TUE. Ciò in primo luogo, poiché le sanzioni intese a recuperare fondi pubblici, come quella in esame, definiscono la posizione dell'UE rispetto ad una "questione particolare di natura geografica o tematica". In secondo luogo, poiché esse sono intese a favorire la stabilizzazione politica ed economica del nuovo governo, aiutandolo a recuperare fondi pubblici; esse realizzano, dunque, gli obiettivi dell'art. 21, par. 2, lettere b) e d), TUE[42]. In un'altra recente sentenza il Tribunale ha continuato a sostenere che l'art. 29 TUE consente all'Unione di adottare una "posizione", intesa in senso ampio, che non si limita ad atti di natura programmatica, ma può consistere anche in vere e proprie

[39] Decisione 2014/119/PESC del Consiglio, del 5 marzo 2014. Nel caso dell'Ucraina si tratta di 22 persone del Governo Yanukovich tra cui i suoi due figli (uno di essi è deceduto).

[40] V. causa T-346/14, *Yanukovich*, pendente, ricorso proposto il 14 maggio 2016.

[41] Sentenza del Tribunale del 27 febbraio 2014, causa T-256/11, *Ahmed Abdelaziz Ezz*, punto 30.

[42] *Ivi*, punto 44.

decisioni che modificano la posizione giuridica dei singoli[43]. La Corte di giustizia, nell'appello della causa *Ezz*, ha sostanzialmente confermato che le misure restrittive impugnate ricadono nell'art. 29 TUE[44].

Così disponendo, il giudice dell'Unione ha favorito un ampliamento della portata materiale della PESC, che è del tutto in linea con l'interpretazione della sfera di applicazione dell'art. 215 TFUE (a detrimento di quella dell'art. 75 TFUE)[45], nonché con la generosa qualificazione degli accordi che rientrano "esclusivamente nella PESC" (*ex* art. 218, par. 6, co. 2, TFUE) in relazione all'Accordo internazionale tra l'UE e le Isole Mauritius[46]. Ora, alla luce dell'ampliamento della portata materiale della PESC, diventa particolarmente importante, in una comunità di diritto, fornire ai destinatari delle misure restrittive un rimedio per contestare tali misure. Infatti, anche nel settore della PESC, l'UE è tenuta al rispetto dei diritti fondamentali stabiliti dalla Carta omonima dell'UE. Risulta, pertanto, cruciale riconoscere la più ampia competenza della Corte di giustizia a valutare se gli atti PESC in questione siano legittimi, nonostante le restrizioni imposte dagli articoli 24, par. 1, co. 2, TUE[47] e 275, co. 1, TFUE[48].

4. Si è detto che per poter adottare misure restrittive economiche, a carattere individuale, nella prassi si utilizzano da un lato, l'art. 29 TUE e dall'altro, l'art. 215,

[43] Sentenza del Tribunale del 2 aprile 2014, causa T-133/12 *Mehdi Ben Tijani Ben Haj Hamda Ben Haj Hassen Ben Ali*, punto 47.

[44] Più precisamente, la Corte ha valorizzato "l'ampia portata degli scopi e degli obiettivi della PESC, indicati negli articoli 3, paragrafo 5, TUE e 21 TUE nonché nelle disposizioni specifiche relative alla PESC, in particolare gli articoli 23 TUE e 24 TUE". Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2015, causa C-220/14 P, *Ezz*, punto 46.

[45] Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012, causa C-130/10, *Parlamento* c. *Consiglio*. In questa sentenza la Corte di giustizia aveva riconosciuto che le misure restrittive di cui all'art. 215, par. 2, TFUE possono avere come obiettivo la lotta la terrorismo. *Ivi*, punti 61-63. Si veda su questa sentenza E. Bartoloni, *Tutela dei diritti fondamentali e basi giuridiche di sanzioni UE nei confronti di persone, o enti non statali, collegati con attività terroristiche*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 222.

[46] Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2014, causa C-658/11 *Parlamento* c. *Consiglio*. In questa sentenza l'accordo in esame aveva come scopo principale la salvaguardia della sicurezza internazionale, in particolare la lotta alla pirateria, ma anche la cooperazione giudiziaria in materia penale. Parimenti, nonostante le evidenti connessioni con le disposizioni del Trattato ultime citate è stata data ampia interpretazione alla nozione di accordo che riguarda principalmente la PESC nella sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2016, causa C-263/14, *Parlamento* c. *Consiglio*. La controversia verte su un Accordo tra l'UE e la Tanzania riguardante le condizioni e le modalità del trasferimento a tale Stato terzo delle persone sospettate di voler commettere, di commettere o di aver commesso atti di pirateria e fermate dall'EUNAVFOR e del trattamento di dette persone dopo tale trasferimento.

[47] "(…) La Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente riguardo a tali disposizioni, ad eccezione della competenza a controllare il rispetto dell'articolo 40 del presente trattato e la legittimità di talune decisioni, come previsto dall'articolo 275, secondo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea".

[48] "La Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente per quanto riguarda le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, né per quanto riguarda gli atti adottati in base a dette disposizioni".

par. 2, TFUE[49]. Il par. 1 dell'ultima disposizione sopra citata consente all'Unione di prendere "le misure necessarie" per congelare i beni e le risorse economiche nei confronti di "persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali", a condizione che tali misure siano state previste da una decisione adottata nell'ambito della PESC. L'articolo in esame colma la lacuna che esisteva nel Trattato prima del 2009; infatti, fino ad allora, si era dovuti ricorrere all'art. 308 TCE per sanzionare persone fisiche o entità diverse dai *leaders* politici di uno Stato terzo (e dai loro familiari); infatti, gli articoli 60 e 301 TCE non prevedevano una competenza esplicita al riguardo. Dunque, al Consiglio è consentito inserire nella cerchia delle persone sanzionate di cui all'art. 215, par. 2 anche individui che non hanno alcun legame (di parentela) con la classe dirigente di un Paese terzo.

Per poter individuare i destinatari delle sanzioni occorre esaminare il testo delle numerose decisioni PESC e delle "misure necessarie" di cui all'art. 215, par. 1. Queste ultime sono, di solito, dei regolamenti[50]. Nella prassi possiamo osservare i seguenti fenomeni con riguardo alla qualità dei soggetti colpiti da misure restrittive.

In primo luogo, il numero delle persone fisiche o giuridiche o di entità, non controllate dagli Stati, è aumentato nel corso degli anni 2000. Il regime di sanzioni iraniano è emblematico sotto questo profilo. Nel 2006 l'UE va a colpire la partecipazione, l'associazione diretta o il sostegno alle attività nucleari dell'Iran che costituiscono un rischio di proliferazione nucleare. Progressivamente, questo regime di sanzioni viene allargato[51]. Ad esempio, sono colpiti gli enti che sostengono il Governo iraniano, comprando per suo conto beni e tecnologia nel settore del petrolio e gas e che mettono a disposizione del Governo le risorse economiche che permettono la continuazione del programma nucleare iraniano[52]. Oltre ai beni e alle risorse economiche delle società coinvolte nel programma nucleare iraniano, sono congelati anche quelli di enti di ricerca e di banche commerciali. Per queste ultime il motivo è che permettono di aggirare le sanzioni[53]. Sono colpiti anche i direttori o i *managers* di banche e società possedute o controllate da enti iscritti nella lista delle sanzioni. La pervasività del pacchetto di sanzioni iraniano, che è applicato a vari settori dell'economia – ivi inclusi i trasporti marittimi, il settore energetico, bancario e assicurativo – è massima. Non è un caso che gli iscritti nelle liste delle misure contro l'Iran siano quelli che più di frequente si rivolgono alla Corte di giustizia.

In secondo luogo, pur variando la qualità degli attori non statali colpiti dai diversi regimi di sanzioni, a seconda dello Stato terzo a cui essi appartengono, possiamo dire che ci sia una tendenza ad allargare il cerchio dei destinatari delle sanzioni alle persone che traggono direttamente o indirettamente vantaggio dal regime

[49] Il par. 1 di tale disposizione permette l'adozione di misure di embargo commerciale nei confronti degli Stati terzi per attuare una decisione PESC.

[50] Con riguardo all'individuazione delle persone sanzionate tali atti costituiscono delle fotocopie rispetto alle decisioni PESC.

[51] Per una descrizione più ampia dei cambiamenti relativi al regime delle sanzioni iraniano v. C. Eckes, *EU Restrictive Measures against Natural and Legal Persons: From Counterterrorist to Third Country Sanctions*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 888 ss.

[52] Tale è il caso della Kala Nafta. V. sentenza della Corte di giustizia del 28 novembre 2013, causa C-348/12 P, *Consiglio* c. *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*, su cui v. *infra*, par. 10.

[53] Ad esempio, prestando servizi finanziari alle entità che sono sottoposte a sanzioni.

governativo sanzionato o lo supportano o sono ad essi associate. Non sono chiari i confini tra queste categorie di destinatari di misure restrittive.

Nella prassi tra le persone associate al regime governativo rientrano in primo luogo, i familiari dei *leaders* di Stati terzi. Il loro sostegno al governo e alle politiche da questo condotte sembra essere presunto, senza tener conto della loro condotta o delle loro responsabilità individuali. Le linee guida del Consiglio sull'applicazione e valutazione delle misure restrittive, formulate nel 2012[54], si limitano a precisare che non dovrebbero essere colpiti i figli al di sotto dei 18 anni, determinando un inasprimento del regime nei confronti di queste persone rispetto al passato[55]. Generalmente, poiché i parenti sono soggetti estranei all'esercizio delle funzioni pubbliche, non si può procedere ad un'identificazione tra i comportamenti di questi individui e la condotta dello Stato contraria al diritto internazionale[56]. Come si vedrà più avanti[57], la decisione di estendere le sanzioni ai familiari è dovuta ad un complesso di fattori e generalmente risulta difficile per tali persone dimostrare di non sostenere le politiche repressive dei loro parenti che esercitano funzioni pubbliche.

Tra le persone iscritte nella lista ci sono sempre più spesso uomini d'affari, nonché le società da essi controllate. Talvolta, queste persone sono anche membri delle famiglie dei *leaders* al potere, come nel caso di vari imprenditori siriani[58]. Le motivazioni addotte per giustificare la loro iscrizione dipendono dal regime governativo sanzionato. In linea generale, è in virtù del supporto finanziario o logistico a quest'ultimo che viene giustificata la loro inclusione nella cerchia delle persone sanzionate. Il Consiglio estende le sanzioni a queste persone solo quando quelle inizialmente adottate contro la *leadership* politica non sono risultate efficaci[59]. Il fine è indebolire la *leadership* governativa.

Tra le categorie di persone fisiche a cui sono state estese le sanzioni si segnalano giornalisti e direttori di gruppi editoriali cui fanno capo testate giornalistiche[60]. Questi soggetti sono considerati complici degli abusi dei diritti umani o della vio-

---

54 Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy, documento n. 11205/12, 15 giugno 2012, punto 18.

55 In una precedente versione delle linee guida, risalente al 2005, si precisava che i figli al di sopra dei 18 anni non dovevano essere inseriti nelle liste in virtù dei loro legami familiari ma solo sulla base "of their own responsibility for relevant policies or actions". Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy, documento n. 15114/05, 2 dicembre 2005, punto 19.

56 L. Paladini, *op. cit.*

57 V. *infra*, par. 6.

58 Tale è il caso di Rami Maklouf, membro della famiglia Maklouf, e di Issam Anbouba, membro della famiglia di Assad.

59 Il caso siriano è emblematico. In considerazione della gravità della situazione in Siria nel 2015 il regime delle sanzioni viene allargato ad una cerchia ristretta di imprenditori di spicco che operano in Siria in considerazione del fatto che possono mantenere il proprio *status* soltanto grazie a una stretta associazione al regime e con il suo sostegno, nonché grazie all'influenza che esercitano all'interno del medesimo. L'imposizione delle sanzioni si rende necessaria per impedire loro di fornire sostegno materiale o finanziario al regime e, attraverso la loro influenza, aumentare la pressione sul regime stesso affinché cambi le sue politiche repressive. Sono anche colpiti i membri delle forze armate e dei servizi di sicurezza e di *intelligence*, nonché le milizie fedeli al regime. V. decisione 2015/1836/PESC del Consiglio, del 12 ottobre 2015.

60 Come la sig.ra Bamba (Costo D'avorio). V. *infra*, par. 5.

lazione degli *standards* democratici perpetrati dalla *leadership* politica del Paese. Infatti, possono avere un ruolo-chiave nel favorire le violazioni che sono base dell'istituzione di una misura restrittiva. Emblematico è il caso dei *media*. Essi possono presentare i partiti di opposizione in occasione delle elezioni politiche in modo strumentale rispetto agli interessi della *leadership* al governo; è anche possibile che incitino all'odio in un contesto di estrema instabilità politica. Certamente, i giornalisti non sono persone soggette a una decisione di *listing* di frequente, poiché non è facile valutare se nel complesso l'attività di queste persone agevola la commissione delle violazioni alla base della misura restrittiva contro la *leadership* politica di un Paese terzo[61].

Infine, vale la pena sottolineare che anche il novero di persone dell'apparato statale colpite da misure di congelamento dei beni si è allargato; queste comprendono, oltre ai membri del governo (e i loro familiari), quelli delle forze di polizia e dei servizi di sicurezza, procuratori, giudici, alti funzionari dell'amministrazione centrale, ma anche centri di ricerca e rettori di università, che non determinano direttamente l'indirizzo di politica estera. Infine, sono colpiti gli ex appartenenti alla classe politica di un Paese terzo. Ora, le violazioni dei diritti umani o delle regole democratiche, così come delle norme internazionali riguardanti gli standard di trattamento della popolazione civile, sono imputabili ai membri del governo e delle forze di polizia per la loro qualità di organi dello Stato. Viceversa, *prima facie*, è criticabile che gli ex membri del governo o gli ex membri delle forze di polizia o gli ex governatori di uno Stato terzo siano mantenuti nella lista dopo la cessazione delle loro funzioni. Infatti, la loro iscrizione nella lista non è più collegata all'obiettivo della misura restrittiva: far pressione affinché le violazioni imputate agli organi statali cessino. Nonostante ciò, la Corte di giustizia ha in varie occasioni considerato legittime le misure restrittive adottate contro gli ex membri della classe politica di uno Stato terzo, ma se ne vedranno successivamente le ragioni[62].

La posizione delle persone colpite da misure restrittive cambia nel corso del tempo e può accadere che vengano meno le ragioni per mantenere l'iscrizione nella lista. Ad esempio, la *leadership* politica di un governo autoritario potrebbe decidere di favorire graduali aperture democratiche o dar segno di voler cambiare la politica repressiva tenuta fino a quel momento. In tal caso, può accadere che gli iscritti nella lista non soddisfino più i criteri di designazione. Si rende così necessario che le misure restrittive vengano prima sospese e poi abolite, sulla base di un processo trasparente e pubblicizzato. Nella prassi, invece, si evidenziano alcune lacune. Quando la portata soggettiva delle misure restrittive viene modificata dal Consiglio, per inserire nuovi nomi ovvero per espungere il nome di un iscritto, nel titolo della decisione non viene dato esplicito risalto al fatto che si procede alla cancellazione dalla lista di una persona precedentemente sanzionata. È solo leggendo il preambolo della

[61] Si pensi, ad esempio, al caso in cui il direttore di un giornale, pur avendo espresso opinioni favorevoli alla politica governativa, sia costretto a chiudere il proprio giornale per aver condannato anche, in alcune occasioni, la condotta della *leadership* politica. Dunque, è lecito sollevare più di un dubbio sul se l'inserimento nella lista della persona in questione sia effettivamente giustificato, considerata l'incidenza che tali misure hanno sul diritto alla proprietà.

[62] V. *infra*, par. 6.

misure in questione che ce ne possiamo rendere conto[63]. Ma soprattutto rimangono oscuri i motivi che hanno portato a questa determinazione da parte del Consiglio. Sarebbe auspicabile che quest'ultimo fornisse una breve spiegazione delle ragioni sottostanti a questa importante decisione politica. Solo quando la cancellazione dalla lista avviene a seguito dell'annullamento dell'iscrizione da parte del giudice dell'UE, la decisione del Consiglio con la quale si procede a modificare la portata soggettiva della misura restrittiva in questione fa esplicito riferimento alla sentenza che ha accolto il ricorso di annullamento[64].

5. Quando i destinatari di misure restrittive vengono identificati in assenza di prove sufficienti, o senza che questi rientrino nei criteri di designazione, oppure in violazione degli obblighi discendenti dalla Carta dei diritti fondamentali, il rischio è quello di un "effetto boomerang" per l'Unione. Infatti, i singoli possono rivolgersi al Tribunale e chiedere l'annullamento delle "decisioni che istituiscono le misure restrittive"[65], sulla base dell'art. 275, co. 2, TFUE. Quest'ultimo stabilisce il diritto a ricorrere contro le decisioni che prevedono misure restrittive a favore delle persone fisiche e giuridiche, alle condizioni stabilite dall'art. 263, co. 4, TFUE. La disposizione non precisa quale tipo di azione possa essere intrapresa. Per effetto del richiamo all'art. 263, co. 4, e tenendo conto del fatto che l'art. 24, par. 1, co. 2, TUE esclude – in linea generale – la competenza della Corte di giustizia nell'ambito della PESC – così come l'art. 215, par. 1[66] – sembrerebbe limitata al ricorso per annullamento, ad esclusione del rinvio pregiudiziale. Ebbene, nella causa *Rosneft*, pendente davanti alla Corte di giustizia[67], quest'ultima avrà la prima occasione per precisare la portata delle limitazioni della propria competenza ad esaminare la legalità di una misura in materia di PESC. L'Avvocato generale Whatelet, nelle sue conclusioni[68], ritiene che sia ricevibile un rinvio pregiudiziale sulla validità di una decisione PESC[69] che istituisce una misura restrittiva nei confronti della Russia[70]; la questione è sollevata nel quadro della procedura di cui all'art. 267 TFUE, dalla High Court of Justice (England and Wales), promosso da un'impresa russa, la Rosneft, appunto. Il parere sopra menzionato riguarda punti di diritto nuovi che in questo contesto non è possibile esaminare nel loro complesso. Ci si limita ad osservare che se la Corte di giustizia accogliesse la posizione dell'Avvocato generale sarebbe in qualche modo aggirata la volontà degli Stati membri di rendere insindacabile l'a-

63 La decisione contiene una formula del tipo: "una (o più) persona(e) non dovrebbero essere più inserite nella lista di cui all'allegato X della decisione Y e il loro nome deve essere cancellato".

64 V. *infra*, par. 8.

65 N. Lazzerini, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1086 ss.

66 Sulla base di questa disposizione la Corte di giustizia non è competente per quanto riguarda le disposizioni della PESC, né per quanto riguarda gli atti adottati in base a dette disposizioni.

67 Ricorso proposto il 24 maggio 2015, causa C-72/15, *Rosneft Oil Company OJSC*.

68 Conclusioni dell'Avvocato generale Whatelet del 31 maggio 2016, caso *Rosneft Oil Company OJSC*.

69 La possibilità di statuire in un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione e la validità di un regolamento adottato in base all'art. 215, par. 1, TFUE viene data per scontata. V. conclusioni dell'Avvocato generale Whatelet, punto 48.

70 *Ivi*, punti 65-66.

zione del Consiglio a titolo di PESC, al di fuori delle situazioni eccezionali di cui all'art. 40 TUE e dell'art. 275, co. 2, TFUE. Infatti, se gli Stati membri avessero voluto estendere la competenza della Corte di giustizia nell'ambito di un rinvio pregiudiziale non avrebbero precisato nel testo della disposizione ultima citata che la Corte è competente a "pronunciarsi sui ricorsi, proposti secondo le condizioni di cui all'articolo 263, quarto comma del TFUE riguardanti il controllo di legittimità delle misure restrittive (…)". D'altra parte, ci sono buone ragioni per estendere la competenza della Corte di giustizia ad esaminare l'interpretazione e la validità delle decisioni PESC nel quadro di un rinvio pregiudiziale. Infatti, si potrebbero valorizzare due elementi. Il primo è che le eccezioni alla competenza della Corte di giustizia ad esaminare la legalità delle misure PESC, in quanto tali, devono essere interpretate restrittivamente[71]; il secondo è che l'art. 275, co. 2, TFUE è stato inserito nel Trattato per consentire il controllo della legalità di speciali misure PESC, quelle che colpiscono individui. Pertanto, essi dovrebbero avere l'opportunità di sindacare la validità di tali atti non solo nell'ambito di un ricorso per annullamento, ma anche nel quadro di un rinvio pregiudiziale, così come avviene in tutti i casi in cui un atto dell'Unione incide sui diritti di un individuo e riguarda misure non PESC. Sarebbe auspicabile che disposizioni del Trattato fossero cambiate in questo senso.

A questo punto, occorre soffermarsi sulla portata del sindacato giurisdizionale. Nella causa *Consiglio* c. *Fulmen* e *Mahmoudian* la Corte di giustizia sostiene che "i giudici dell'Unione, in conformità alle competenze di cui sono investiti, devono garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti dell'Unione con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione (…)"[72]. Tale controllo nel caso delle misure restrittive si esplica nella verifica che le regole di procedura siano rispettate, ivi incluso l'obbligo di motivare l'iscrizione nella lista, di controllare che i fatti addotti nell'esposizione dei motivi sottesi alle sanzioni siano materialmente accurati e che, al contrario, non ci siano errori che inficiano l'iscrizione nella lista. L'intensità del sindacato giurisdizionale rispetto alle misure restrittive che riguardano la situazione di un Paese terzo è identica a quella esercitata dal giudice dell'Unione rispetto alle sanzioni che colpiscono i singoli in virtù del loro collegamento con il terrorismo. Per la prima volta questo punto viene chiarito nella causa *Bamba*[73], ma è sollevato di nuovo in *HTTS*[74], riguardante misure restrittive collegate alla non proliferazione nucleare. In questa causa il Consiglio aveva tentato di affievolire la tutela offerta ai destinatari delle prime sanzioni rispetto a quella di cui godono gli iscritti nella lista di terroristi, in considerazione dell'incremento di efficacia generato da tale

[71] Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 2015, causa C-439/13 P, *Elitaliana* c. *Eulex Kosovo*, punto 42.

[72] Sentenza della Corte di giustizia del 28 novembre 2013, causa C-280/12 P, *Consiglio* c. *Fulmen* e *Mahmoudian*, punto 58.

[73] Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2012, causa C-417/11, *Consiglio* c. *Bamba*. Per un commento vedi M. Wimmer, *Individual Sanctions and Fundamental Rights Standards: Bamba*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1119.

[74] Sentenza del Tribunale del 12 giugno 2013, cause riunite T-128 e 182/12, *HTTS Hanseatic Trade Trust & Shipping GmbH*.

affievolimento[75]. Il Tribunale non è convinto da questo argomento; ritiene, a giusto titolo, che la natura e la gravità degli effetti delle due categorie di misure restrittive sui diritti dei destinatari sia la stessa; simili sono anche gli obiettivi che perseguono: si tratta in entrambi i casi di misure giustificate dalla minaccia posta alla pace e alla sicurezza internazionale. In un'Unione di diritto occorre offrire la medesima tutela giurisdizionale ai destinatari delle due categorie di misure restrittive[76].

Sia il Tribunale che la Corte di giustizia sostengono che nell'esercitare il controllo di legalità sulle misure restrittive non possono sostituirsi al Consiglio[77]; sarà quest'ultimo a valutare i fatti, le prove e le circostanze che conducono all'adozione di queste misure. Questo controllo ristretto riguarda anche le considerazioni di opportunità sulle quali le misure sono fondate[78]. Tuttavia, il Tribunale ha precisato che se la portata del sindacato giurisdizionale è limitata, ciò non vuol dire che abbia il medesimo carattere anche l'esame del merito delle singole iscrizioni nella lista[79].

Si pone a questo punto il problema di conoscere quali profili delle decisioni PESC che istituiscono misure restrittive possono essere impugnati dalle persone fisiche e giuridiche o da altre entità di cui all'art. 215, par. 2, TFUE. Certamente, i singoli possono mettere in discussione la decisione del Consiglio di inserire il proprio nome all'interno della lista dei sanzionati. Il requisito dell'interesse diretto ed individuale di cui all'art. 263, co. 4, TFUE non ha costituito un ostacolo per i ricorrenti che hanno impugnato le decisioni di *listing*. Infatti, esse non sono qualificate come atti di portata generale, ma come decisioni a carattere individuale[80], dato che negli allegati sono indicati i nomi delle persone e degli enti a cui è vietato mettere a disposizione fondi e risorse economiche. Ora, occorre sottolineare che è proprio in virtù della natura individuale dell'atto impugnato che ai singoli è stata riconosciuta la legittimazione ad agire[81]. Sebbene la Corte non giustifichi questa sua posizione (che non sembra discendere dalla lettera dell'art. 275, co. 2, TFUE)[82] si potrebbe dire che essa è legata alla particolare natura delle decisioni che istituiscono misure restrittive sopra descritta. Infatti, sebbene le persone fisiche o giuridiche non siano formalmente destinatari di tali atti, esse sono individualmente toccate da tali misure poiché i loro nomi si trovano negli allegati.

Viceversa, la Corte ha adottato un'altra posizione. Di conseguenza, se i ricorrenti si rivolgono alla Corte per ottenere l'annullamento delle disposizioni di una

---

75 *Ivi*, punto 40.

76 *Ibidem*, punti 43-44. Il punto è ribadito in un altro caso: secondo il Tribunale, in un'Unione di diritto, un alleggerimento dell'intensità del controllo giurisdizionale rispetto alle prime misure non può essere giustificato da considerazioni legate alla diminuzione dell'efficacia delle sanzioni. Sentenza del 16 maggio 2013, causa T-392/11, *Iran Tranfso*, punti 34-37; sentenza del 3 luglio 2014, causa T-203/12, *Alchar*, punto 85.

77 Sentenza del Tribunale del 12 dicembre 2006, causa T-228/02, *People's Mojahedin Organization of Iran*, punto 159.

78 Sentenza del Tribunale dell'11 giugno 2014, causa T-293/12, *Syria International Islamic Bank PJSC*, punto 55.

79 Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2014, cause riunite T-329 e 74/13, *Mazen Al-Tabbaa*, punto 77.

80 Conclusioni *Rosneft*, punto 83; v. anche sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2014, cause riunite C-487/11 P a 482/11 P, *Laurent Gbagbo*, punto 57.

81 Sentenza del Tribunale del 2 giugno 2016, causa T-160/13, *Bank Mellat*, punto 33.

82 Tale disposizione non fa riferimento alla portata (individuale o generale) degli atti da impugnare, bensì alla loro forma giuridica di "decisioni che riguardano persone fisiche o giuridiche".

decisione che, ad esempio, definiscono in modo generale e astratto le categorie di persone, alle quali le restrizioni si applicano, il ricorso è stato considerato inammissibile per incompetenza della Corte[83]. Infatti, l'art. 275, co. 1, TFUE esclude il controllo giurisdizionale sugli atti adottati nell'ambito della PESC. La *ratio* dell'esclusione è che il potere giudiziario non può mettere in discussione gli aspetti squisitamente politici delle decisioni PESC. Fino ad oggi, dunque, non è stato possibile per i singoli sindacare la legalità degli atti che definiscono il gruppo di persone colpite dalle sanzioni, neanche quando essi fanno parte della categoria determinata in termini generali e astratti[84].

Si potrebbe pensare che tale posizione mal si concili con l'art. 275, co. 2, TFUE che stabilisce che i ricorsi possono essere presentati contro le "decisioni" che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche, senza limitarli alle sole decisioni di iscrizione nella lista. In questo caso, non sarebbe il carattere individuale della decisione che determina la competenza giurisdizionale della Corte di giustizia, ma la qualità dell'atto. D'altra parte, occorre ammettere che una tale interpretazione permetterebbe ai singoli di sindacare le scelte politiche in materia di politica estera effettuate dagli Stati membri quando impongono le sanzioni. Invece, l'art. 275, co. 1, esclude questa prospettiva. La *ratio* dell'immunità dalla giurisdizione della disposizione ultima citata è che il potere giudiziario non può mettere in discussione gli aspetti squisitamente politici delle decisioni PESC.

Altra questione è se le disposizioni di regolamenti, adottati *ex* art. 215, par. 1, TFUE, che determinano in modo generale ed astratto le categorie di soggetti da sanzionare siano impugnabili. Trattandosi di atti non PESC, anche se collegati a decisioni adottate sulla base dell'art. 29 TUE, essi rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte di giustizia. Pertanto, nei ricorsi presentati contro i regolamenti il Tribunale esamina la legittimazione ad agire sulla base dello schema classico per gli atti non PESC: i ricorrenti devono dimostrare l'interesse diretto ed individuale in relazione ad una misura che determina in modo generale ed astratto la categoria dei destinatari della sanzione[85]. Così, in *Sina Bank* e in *Hemmati* i ricorsi vengono respinti poiché le disposizioni del regolamento impugnato (n. 961/2010)[86]

[83] Per una prima posizione in questo senso vedi sentenza del Tribunale del 25 aprile 2012, causa T-509/10, *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*, in cui viene sollevata per la prima volta la competenza del giudice dell'Unione ad esaminare una disposizione di una misura restrittiva, che stabiliva in modo generale un divieto ai cittadini di Stati membri di fornire o trasferire tecnologia o attrezzature che permettono di produrre e sfruttare risorse energetiche a industrie del settore petrolifero o del gas naturale. Il Tribunale aveva dichiarato irricevibile l'argomento. La ragione era che la disposizione in questione non riguardava determinate persone fisiche o giuridiche, ma individuava criteri generali e non poteva quindi qualificarsi come una "decisione che prevede misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche", ai sensi dell'art. 275, co. 2, TFUE (punto 37). Successivamente vedi sentenze del Tribunale del 4 giugno 2014, causa T-67/12, *Sina Bank*, e del 4 giugno 2014, causa T-68/12, *Hemmati*.

[84] Nelle sentenze *Sina Bank* e *Hemmati* il Tribunale ha ritenuto che i ricorrenti non potessero impugnare le disposizioni delle decisioni in questione poiché non si trattava di "decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche", come richiesto dall'art. 275, co. 2, TFUE, bensì, di misure di applicazione generale che riguardano categorie di persone individuate in modo generale ed astratto.

[85] Causa T-67/12, punto 41.

[86] Regolamento (UE) n. 961/2010 del Consiglio, del 25 ottobre 2010, concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran e che abroga il regolamento (CE) n. 423/2007.

identificano in modo generale ed astratto una categoria di enti soggetti a sanzioni (le banche iraniane). I ricorrenti sono inclusi nell'elenco delle persone sanzionate (allegato VIII) ma, secondo il Tribunale, essi potrebbero impugnare solo la decisione del Consiglio con la quale esso attua l'art. 16, par. 2, del regolamento impugnato, al fine di mantenere il nome del ricorrente nell'elenco, sulla base di quanto previsto all'art. 36, par. 2; infatti, solo questa misura avrebbe natura individuale[87]. Questa interpretazione è contestabile. Infatti, la disposizione ultima citata recita: "Qualora il Consiglio decida di applicare a una persona fisica o giuridica, a un'entità o a un organismo le misure di cui all'articolo 16, paragrafo 2, esso modifica di conseguenza l'allegato VIII". Pertanto, è evidente che l'articolo in questione consente di modificare il menzionato allegato nel quale sono inserite le persone sanzionate per aggiungere *nuovi destinatari di sanzioni* e non per mantenere nell'elenco le persone che sono già citate nell'allegato VIII!

Infine, merita considerazione la posizione delle persone giuridiche che costituiscono un'emanazione dello Stato terzo, come, ad esempio, quelle che sostengono le attività di proliferazione nucleare dell'Iran[88]. Sono esse legittimate ad agire, sulla base dell'art. 263, co. 4, TFUE? La Corte di giustizia sembra valorizzare lo *status* di "persone giuridiche" più che il collegamento di queste persone con l'apparato statale. Questa posizione è del tutto giustificata dalla *ratio* dell'art. 275, co. 2. Poiché è stata inserita nel Trattato una disposizione che consente di sindacare la legalità delle misure restrittive da parte dei singoli è necessario interpretare in modo ampio le condizioni a cui è soggetto il diritto di ricorso; ciò anche se le persone inserite nella lista sono emanazioni statali. Viceversa, non è chiaro se uno Stato terzo, destinatario delle misure restrittive, sarebbe abilitato all'impugnazione di tali misure. In linea di principio la risposta sembrerebbe essere negativa. Infatti, l'art. 275, co. 2, limita ad attori non statali la proposizione del ricorso. Per di più, probabilmente sarebbe inaccettabile per uno Stato terzo sottoporsi al giudizio di un tribunale di una organizzazione internazionale di cui non è parte[89].

Infine, il giudice dell'Unione ha avuto modo di esaminare se le emanazioni degli Stati che impugnano le misure restrittive adottate nei loro confronti godono degli stessi diritti fondamentali dei destinatari di comuni privati inseriti nella lista, in virtù dell'attività illegale condotta (ad esempio, il finanziamento del terrorismo). La Commissione e il Consiglio hanno sostenuto che le tutele e le garanzie connesse ai diritti fondamentali non sono a disposizione delle organizzazioni governative, essendo queste un'emanazione dello Stato[90]. Invece il Tribunale sostiene che "[i]l diritto dell'Unione non contiene norme che impediscano a persone giuridiche che sono emanazioni di Stati terzi di invocare a proprio favore le tutele e le garanzie connesse ai diritti fondamentali"[91] nel territorio di uno Stato terzo. In effetti, non ci

87 Causa T-67/12, punto 42; causa T-68/12, punto 35.

88 Sentenza *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*, punto 50.

89 Il contesto nel quale sarebbe possibile invocare l'illegalità delle misure di embargo commerciale o le restrizioni alle prestazioni di servizi è quello dell'Organizzazione mondiale del commercio. Le sanzioni economiche rivolte agli Stati terzi dovrebbero essere compatibili con l'art. XX del GATT e l'art. XVI del GATS.

90 Causa *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*, punto 43; sentenza del Tribunale del 29 gennaio 2013, causa T-496/10, *Bank Mellat* c. *Consiglio*.

91 *Ibidem*, punto 41.

sono ragioni imperative nell'ordinamento dell'Unione per differenziare lo *standard* di protezione dei diritti fondamentali a seconda della qualità del ricorrente, riservandone uno più elevato a presunti sostenitori del terrorismo rispetto ad enti o a persone che sono collegati ad uno Stato che compie violazioni di norme internazionali.

6. Esaminando la giurisprudenza del triennio 2013-2015 è possibile notare che in numerosi casi le iscrizioni individuali di singoli nella lista di misure restrittive che interessano Stati terzi sono state annullate dal Tribunale. Più precisamente, nel 2013 nei circa quaranta ricorsi, considerati ricevibili, i singoli colpiti dalle sanzioni iraniane, in particolare quelle legate al rischio di non proliferazione nucleare[92], sono prevalsi nella maggioranza dei casi. Le misure individuali censurate riguardano essenzialmente banche e compagnie marittime e assicurative[93], dirigenti o *managers* delle prime, o loro sussidiarie[94] oppure sussidiarie di compagnie petrolifere[95].

Nel 2014 un numero simile di cause è stato giudicato nel merito; è sorprendente constatare che la validità delle misure restrittive sia stata confermata solo in una minoranza di casi, che riguardano l'Iran, la Bielorussia, la Siria, l'Egitto[96]. D'altra parte, anche i casi in cui le persone iscritte nelle liste hanno visto accogliere il loro ricorso interessano ricorrenti iraniani[97], bielorussi[98], siriani[99] egiziani[100], oltre che gruppi terroristici[101].

---

92 Viceversa, sono pochi i ricorsi riguardanti il regime di sanzioni contro certe persone fisiche e giuridiche in considerazione delle violazioni dei diritti umani verificatesi in Iran. Per un esempio vedi sentenza del Tribunale del 4 dicembre 2015, causa T-273/13, *Sarafraz*.

93 Sentenze del Tribunale: del 29 gennaio 2013, causa T-496/10, *Bank Mellat* c. *Consiglio*; del 16 maggio 2013, T-392/11, *Iran Transfo*; del 6 settembre 2013, causa T-13/11, *Post Bank Iran*; del 6 settembre 2013, causa T-24/11, *Bank Refah Kargaran*; causa T-8/11, del 6 settembre 2013, *Bank Kargoshaei et al.*; del 6 settembre 2013, cause riunite T-35/10 e 7/11, *Bank Melli Iran*; del 6 settembre 2013, causa T-493/10, *Persia International Bank plc*; del 6 settembre 2013, cause riunite T-4 e 5/11, *Export Development Bank of Iran*; del 6 settembre 2013, causa T-12/11, *Iran Insurance Company*; del 6 settembre 2013, causa T-434/11, *Europäisch-Iranische Handelsbank AG*; del 6 settembre 2013, cause riunite T-42 e 181/12, *Naser Bateni*; del 6 settembre 2013, causa T-57/12, *Good Luck Shipping*; del 6 settembre 2013, causa T-110/12, *Iranian Offshore Engineering & Construction Co.*; del 16 settembre 2013, causa T-489/10, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines*.

94 Sentenza del Tribunale del 12 dicembre 2013, causa T-58/12, *Ghasem Nabipour e al*.

95 Sentenza del Tribunale del 12 novembre 2013, causa T-552/12, *North Drilling Co*.

96 Sentenze del Tribunale: del 23 settembre 2014, causa T-646/11, *Ipatau*; del 4 febbraio 2014, causa T-256/11, *Ezz*; del 4 febbraio 2014, cause riunite T-174/12 e 80/13, *Syrian Lebanese Commercial Bank SAL*; del 12 marzo 2014, causa T-202/12, *Bouchra Al Assad*. Le sentenze citate sono elencate nel documento SWD (2015) 99 final, Commission staff working document on the application of the EU Charter of Fundamental rights in 2014, p. 104 s.

97 Sentenze del Tribunale; del 4 giugno 2014, causa T-66/12, *Ali Sedghi, Ahmad Azizi*; del 3 luglio 2014, causa T-181/13, *Sharif University of Technology*; del 10 luglio 2014, causa T-182/13, *Moallem Insurance Co.*; del 25 novembre 2014, causa T-384/11 *Safa Nicu Sepahan Co*.; del 3 luglio 2014, causa T-565/12, *National Iranian Tanker Company*; del 3 luglio 2014, causa T-155/13, *Babak Zanjani*; sentenze *Sina Bank* e *Hemmati*.

98 Sentenza del Tribunale del 23 settembre 2014, cause riunite T-196/11 e 542/12, *Aliaksei Mikhalchanka*.

99 Sentenze *Syria International Islamic Bank PJSC* e *Alchar*.

100 Sentenza *Mazen Al-Tabbaa.*

101 Sentenze del Tribunale: del 16 ottobre 2014, cause riunite T-208 e 508/11, *Liberation Tigers of Tamil Eelam*; del 17 dicembre 2014, causa T-400/10, *Hamas*.

Nel 2015 il numero dei ricorsi considerati ricevibili dal Tribunale non è diminuito rispetto a quello dell'anno precedente. In circa metà dei casi i ricorsi di annullamento sono stati accolti almeno in reazione ad alcune tra le misure restrittive impugnate. Oltre al cospicuo numero di cause vinte da iraniani[102], si segnalano i successi di ricorrenti bielorussi[103], siriani[104], ucraini[105] e della Costa d'Avorio[106].

Osservando più da vicino la giurisprudenza, è possibile notare che il Tribunale tende a confermare la legalità di misure adottate contro gli individui-organi di uno Stato, a prescindere dal loro comportamento personale. Ad esempio, in *Alchar* il Tribunale conferma la legalità dell'iscrizione dell'ex ministro dell'economia siriano; infatti, fintantoché è stato in carica, si può presumere che fosse responsabile in modo solidale con il Governo siriano per le politiche repressive da questo attuate, a prescindere dalle sue responsabilità personali nell'attività di repressione[107]. Per organi-individui si intendono tanto i funzionari di alto rango, come nel caso del viceministro dello Zimbabwe[108] e di altri esponenti del Governo di Mugabe, o di membri dell'esercito (Eyad Maklouf)[109], della commissione elettorale[110], del parlamento nazionale[111], che quelli di basso rango. Nella sentenza *Tomana*, il Tribunale ha avuto occasione di pronunciarsi sul mantenimento nella lista di ex funzionari pubblici. Nel decidere tale questione il Tribunale distingue due casi. Da un lato, ci sono gli ex funzionari di alto livello, compresi i governatori di province e dirigenti dell'esercito o della polizia; questi sono considerati stretti collaboratori del governo in virtù delle funzioni che esercitavano; possono legittimamente essere qualificati come "associati" a membri di tale governo senza che sia necessaria una giustificazione supplementare[112]. Dall'altro lato, invece, per gli ex funzionari di basso livello, il Tribunale ritiene che la loro qualifica non sia sufficiente per mantenere la loro iscrizione nella lista; il Consiglio deve verificare il comportamento tenuto da queste persone. Il giudice dell'UE giustifica il mantenimento automatico della prima categoria di funzionari pubblici nella lista poiché, in un contesto come quello dello

[102] Sentenze del Tribunale: del 22 gennaio 2015, causa T-176/12, *Bank Tejarat* (annullamento parziale); del 22 gennaio 2015, cause riunite T-420/11 e 56/12, *Ocean Capital Administration* (annullamento parziale); del 5 maggio 2015, causa T-433/13, *Petropars Iran* (annullamento parziale); del 25 giugno 2015, causa T-95/14, *HTTP*; del 15 settembre 2015, causa T-158/13, *Iralco* (annullamento parziale); del 18 settembre 2015, causa T-121/13, *Oil Pension fund* (annullamento parziale); del 18 settembre 2015, causa T-5/13, *Iran liquefied gas* (annullamento parziale).

[103] Sentenze del Tribunale: del 12 maggio 2015, causa T-163/12, *Ternavsky*; del 6 ottobre 2015, causa T-276/12, *Chyzh* e *al.*; del 6 ottobre 2015, causa T-275/12, *Football Club 'Dynamo-Minsk' ZAO*.

[104] Sentenze del Tribunale: del 12 febbraio 2015, causa T-579/11, *Akhras* (annullamento parziale); del 26 febbraio 2015, causa T-652/11, *Sabbagh*.

[105] Sentenza del Tribunale del 26 ottobre 2015, causa T-290/14, *Portnov.*

[106] Sentenza del Tribunale del 14 gennaio 2015, causa T-406/13, *Gossio* (annullamento parziale).

[107] Così è stato ritenuto il ministro siriano Alchar all'epoca in cui faceva parte del Governo siriano. Vedi sentenza *Alchar*, punto 141.

[108] Sentenza del Tribunale del 18 settembre 2014, causa T-168/12, *Aguy Clement Georgias*, punto 70.

[109] Come nel caso di Eyad Makhlouf che è fratello di Rami Makhouf, vedi sentenza del Tribunale del 13 settembre 2013, causa T-383/11.

[110] Sentenza *Ipatau*.

[111] Come nel caso del sig. Ezz (egiziano); v. sentenza *Ezz* (Tribunale).

[112] Sentenza del Tribunale del 22 aprile 2015, causa T-190/12, *Tomana* e *al.*, punto 163. La sentenza è stata confermata in appello dalla sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2016, causa C-330/15 P.

Zimbabwe, non c'è stato alcun cambio di regime rispetto all'epoca in cui i funzionari pubblici di alto livello hanno compiuto le violazioni massicce dei diritti umani. Le sanzioni in queste circostanze perdono il loro carattere di misure temporanee e tendono a prolungarsi nel tempo. Il solo caso in cui questi ultimi saranno cancellati dalla lista è quello in cui il Consiglio decida di porre fine del tutto al regime di sanzioni contro la *leadership* governativa, in considerazione dei cambiamenti politici che si verificano nella condotta della coalizione al potere[113].

Anche la legalità delle misure di *listing* dei familiari dei membri della *leadership* politica di uno Stato terzo viene confermata in relazione alle misure il cui criterio di designazione è lo sviamento di fondi pubblici[114]. In questi casi, il Tribunale ritiene che sia possibile per il Consiglio presumere il sostegno dei familiari ai membri del governo al potere. Anzi, aggiunge che ciò è giustificato dal fatto che questi ultimi potrebbero vanificare le sanzioni sfruttando i legami familiari. Non è richiesto che il Consiglio provi il loro coinvolgimento personale nelle attività repressive condotte dalla classe politica al potere. Così "il solo fatto che la ricorrente sia la sorella del sig. Bashar Al Assad è sufficiente a consentire al Consiglio di considerare che essa è legata ai dirigenti della Siria (…), tanto più che l'esistenza in tale paese di una tradizione di gestione familiare del potere è un fatto notorio del quale il Consiglio poteva tenere conto"[115]. Il Tribunale sostiene che la presunzione è relativa, "poiché il Consiglio offre alle persone colpite dalle misure restrittive di cui trattasi la possibilità di presentargli osservazioni e rivede la sua decisione qualora siano addotte nuove prove sostanziali o qualora siano presentate osservazioni. Le persone colpite dalle misure restrittive sono quindi libere di confutare la suddetta presunzione, dimostrando che, nonostante i loro legami personali o familiari con i dirigenti del regime siriano, esse non traggono vantaggio da quest'ultimo e non sono ad esso associate, fondandosi in particolare su fatti e informazioni che sono nella loro esclusiva disponibilità"[116].

Dunque, ciò che conta per giustificare l'iscrizione dei familiari è da un lato, il contesto sociale del Paese interessato e dall'altro, il rischio di elusione delle sanzioni. Questo rischio è particolarmente forte nel caso delle misure restrittive giustificate dallo sviamento di fondi pubblici. Infatti, i familiari potrebbero permettere l'elusione degli obiettivi delle misure intese a recuperare i fondi pubblici sviati dagli ex appartenenti alla classe politica di uno Stato. Nella sentenza *Ezz* la Corte di giustizia considera giustificata l'iscrizione delle mogli del ricorrente, i cui beni erano stati

[113] Ad esempio, l'abrogazione di gran parte delle misure restrittive nei confronti della Birmania/Myanmar è avvenuta in tempi recenti. Tutte le sanzioni, ad eccezione degli embarghi delle armi e delle attrezzature che potrebbero essere utilizzate a fini repressivi, sono state revocate. V. decisione 2013/184/PESC del Consiglio, del 22 aprile 2013. A seguito dello svolgimento di un *referendum* costituzionale considerato credibile, le sanzioni sono state sospese anche nei confronti dello Zimbabwe. V. decisione 2013/160/PESC del Consiglio, del 27 marzo 2013. Infine, a seguito dello svolgimento regolare di elezioni politiche e dei miglioramenti relativi alla situazione del rispetto dei diritti umani, in Bielorussia le sanzioni nei confronti di circa 170 persone e 3 società bielorusse sono state abolite nel febbraio 2016: v. www.consilium.europa.eu.

[114] Sentenza del Tribunale del 21 gennaio 2015, causa T-509/11 *Makhlouf* (zio di Al-Assad) c. *Consiglio*; sentenza *Bouchra Al Assad*.

[115] Sentenza *Bouchra Al Assad*, punto 96.

[116] *Ibidem*, punto 100.

sequestrati in Egitto nell'ambito delle indagini giudiziarie condotte nei confronti del marito, poiché l'obiettivo delle misure restrittive in questione sarebbe altrimenti frustrato. Infatti, la Corte sottolinea che "le ragioni per cui i loro fondi sono stati sequestrati da parte delle autorità egiziane, e congelati mediante atti dell'Unione, risiederebbe nel fatto che tali persone potrebbero, grazie ai rapporti che le stesse intrattengono con il primo ricorrente, appropriarsi indebitamente di fondi pubblici o costituire lo strumento per realizzare questo fine"[117]. In altre parole, i familiari di ex membri della classe politica di Stati terzi sono considerati "un tutt'uno" con i loro capi famiglia che hanno detenuto una carica[118]. Comunque, anche qualora la misura restrittiva non riguardi lo sviamento di fondi pubblici la validità della presunzione di sostegno ai dirigenti del regime siriano da parte dello zio di Assad, Mohammad Mackhlouf, viene considerata legittima dal Tribunale, in virtù dei suoi legami familiari con il *leader* in carica[119], e quindi a prescindere dalle sue responsabilità individuali negli abusi dei diritti umani compiuti dalla leadership governativa[120].

Passando all'esame delle cause che riguardano il *listing* di uomini d'affari, ci sembra difficile evidenziare tendenze chiare. Da un lato, ci sono casi in cui in cui le iscrizioni sono state annullate per mancanza di prove; peraltro, molte tra le sentenze riguardanti tali cause si caratterizzano per il fatto che il Consiglio non ha potuto fornire alla Corte documenti e informazioni confidenziali e la Corte di giustizia ha giudicato sulla base degli elementi probatori a disposizione[121]. Dall'altro, ci sono

---

[117] Sentenza *Ezz* (Corte di giustizia), punto 63.

[118] Nella sentenza *Ezz* (Corte di giustizia) non viene considerata applicabile la giurisprudenza *Tay Za* (sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2012, causa C-376/10 P, *Pye Phyo Tay Za*). Come è noto, in questa sentenza di appello la Corte di giustizia aveva annullato la sentenza del Tribunale perché riteneva ingiustificata la presunzione che il familiare di un dirigente di impresa, collegato al regime della Birmania, fosse considerato come una persona associata ai *leaders* al governo, a prescindere della sua condotta individuale. Per un commento v. L. Pantaleo, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1769. Tuttavia, tale giurisprudenza non è stata giudicata applicabile alle misure restrittive che colpiscono i familiari di persone identificate come responsabili di sviamento di fondi pubblici.

[119] Sentenza *Makhlouf* c. *Consiglio*, punto 85. V. anche sentenza del Tribunale del 21 gennaio 2016, causa T-443/13, *Mohammad Makhlouf*.

[120] Si segnala, tuttavia, che le indicazioni giurisprudenziali non sono univoche: almeno in un caso le misure restrittive estese ai familiari non sono considerate accettabili se si fondano unicamente sul legame familiare. Per un caso in cui il Tribunale ha escluso che i legami familiari con l'ex *leader* libico del ricorrente possano da soli giustificare il mantenimento del suo nome sulla *black list*, dopo la caduta del regime: v. sentenza del Tribunale del 24 settembre 2014, causa T-348/13, *Ahmed Mohammed Qadhaf Al Dam*, su cui v. *infra*, par. 10.

[121] Si veda la causa promossa dal direttore di una società siriana discussa nella sentenza *Mehdi Ben Tijani Ben Haj Hamda Ben Haj Hassen Ben Ali*, la causa promossa dall'amministratore di una società in Tunisia, Mohamed Trabelsi, dalla moglie e dai figli, discussa nella sentenza del Tribunale del 28 maggio 2013, causa T-187/11, le cui iscrizione nella lista sono state annullate per violazione del diritto di proprietà. V. la sentenza del Tribunale del 9 luglio 2014, cause riunite T-329/12 e 74/13, *Al-Tabbaa*, ma anche alcune del Tribunale del 3 luglio 2014, come la sentenza *Babak Zanjani*, in cui viene in rilievo l'iscrizione nella lista di un uomo d'affari iraniano. Ci sono poi una serie di ricorsi proposti da ricorrenti siriani. Ad esempio, v. la sentenza del Tribunale del 16 luglio 2014, causa T-572/11, *Samir Hassan*. Questa riguarda un uomo d'affari siriano che ha chiesto ed ottenuto l'annullamento della sua iscrizione nella lista poiché il Consiglio non ha provato che il ricorrente forniva sostegno economico ad Assad. V. anche la sentenza del Tribunale del 13 novembre 2014, causa T-653/11, *Jaber*, con la quale alcune delle misure restrittive impugnate sono annullate poiché il Consiglio non ha addotto prove sufficienti per giustificare l'iscrizione nella lista del ricorrente, un uomo d'affari siriano, sanzionato in quanto

sentenze in cui il Tribunale ha confermato la legalità delle iscrizioni individuali. La presunzione del Consiglio che i *businessmen* sostengano il regime al governo viene considerata accettabile dal Tribunale in una serie di ricorsi presentati, ad esempio, da uomini d'affari siriani[122] e bielorussi[123] poiché risulta dall'analisi del contesto tale da essere refutabile[124]. Tuttavia, la Corte di giustizia nell'appello inoltrato da Anbouba, pur confermando che la sentenza di primo grado non è affetta da errori di diritto, non sembra condividere pienamente la posizione del Tribunale riguardo alla presunzione che gli uomini d'affari sostengano il regime al governo[125]. Si rileva, infine, che in alcuni casi, il fatto stesso di essere un uomo d'affari di successo in uno Stato retto da un governo autoritario è considerato sufficiente per presumere che la persona in questione sia associata al regime governativo sanzionato[126]. In altre parole, è il contesto nel quale operano gli uomini d'affari ed anche l'urgenza delle misure da adottare a giustificare la loro iscrizione. Viceversa, non rileva il loro effettivo contributo alle violazioni contestate dall'UE alla *leadership* politica dello Stato terzo interessato[127].

7. Andando ad esaminare i motivi che hanno portato all'annullamento delle decisioni di *listing*, tra questi spicca l'errore di valutazione da parte del Consiglio. Qui sotto saranno individuati i casi che, a giudizio dell'autrice, presentano i profili di maggiore interesse.

In primo luogo, l'inserimento nella lista è stato annullato quando non risulta collegato ai criteri di designazione stabiliti dalle disposizioni delle misure restrittive. In tal caso, infatti, la decisione di *listing* non è legittima poiché le persone individuate negli elenchi non hanno compiuto gli atti che il Consiglio ha inteso sanzionare quando ha istaurato la misura restrittiva. Emblematico è il caso dell'annullamento delle sanzioni adottate nei confronti di ricorrenti tunisini e egiziani in quanto indagati per riciclaggio di denaro sporco nel loro Paese. Il motivo dell'iscrizione nella

"associato" ad Assad e in quanto membro di una delle milizie che hanno partecipato alla repressione della popolazione civile; le circostanze dell'iscrizione e dell'annullamento parziale delle misure impugnate da altri uomini d'affari siriani sono simili nella sentenza del Tribunale del 13 novembre 2014, causa T-654/11, *Kaddour*, e in quella del medesimo giorno, causa T-43/12, *Hamcho*.

122 Vedi sentenza del Tribunale del 13 settembre 2013, causa T-592/11, *Anbouba*, confermata in appello (v. sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2015, causa C-605/13 P, *Anbouba*). Il ricorrente è un uomo d'affari di successo, dirigente di varie società che operano in settori diversi ed è stato parte del consiglio di amministrazione della più importante società privata siriana sottoposta a misure restrittive. Il Tribunale ritiene che il ricorrente non abbia fornito alcun elemento suscettibile di mettere in discussione la presunzione che in qualità di uomo d'affari importante in Siria egli sostenga il regime governativo. Il quadro di indizi fornito dal Consiglio è sufficientemente preciso al riguardo. Vedi anche sentenza del Tribunale del 30 aprile 2015, T-593/11, *Fares Al-Chihabi*; nonché sentenza *Akhras*.

123 Sentenza *Ternavsky*.

124 Sentenza (del Tribunale) *Anbouba*, punti 51-53.

125 Secondo la Corte di giustizia occorre "un complesso di indizi sufficientemente concreti, precisi e concordanti che consentano di dimostrare l'esistenza di un collegamento sufficiente tra la persona sottoposta ad una misura di congelamento dei suoi fondi e il regime combattuto". Sentenza *Anbouba* (della Corte di giustizia), punto 52.

126 Sentenza *Ternavsky*, punto 121.

127 Sentenza del Tribunale del 21 luglio 2016, causa T-66/14, *Bredenkamp*, punti 72-73.

lista non rispetta il criterio di designazione della misura restrittiva: lo sviamento di fondi pubblici. I due reati non sono necessariamente legati l'uno all'altro[128].

In secondo luogo, numerosi sono gli errori di valutazione che il Tribunale ha rilevato con riguardo al regime di sanzioni iraniane. Quest'ultimo è particolarmente "invasivo" per la qualità oltre che il numero delle persone fisiche e giuridiche e altre entità sanzionate. Talvolta, ha annullato una prima volta il *listing* per difetto di motivazione[129] e successivamente per un errore di valutazione compiuto dal Consiglio nell'iscrivere nella lista, da un lato, il manager di una società tedesca che esercita l'attività di agente marittimo ed ha connessioni con l'IRISL (*Islamic Republic of Iran Shipping Lines*), dall'altro, la stessa società[130]. In un altro caso, l'errore è consistito nella valutazione che una società che trasporta petrolio e gas sia controllata dal Governo iraniano e fornisca ad esso supporto[131]. Numerosi sono anche i ricorsi vinti dalle banche[132].

Un altro esempio di iscrizione annullata, degno di interesse, riguarda il ricorso presentato dalla Siria *international islamic bank*[133]. Il Tribunale annulla il *listing* di questa banca commerciale poiché il Consiglio ha erroneamente ritenuto che essa sostenesse il regime siriano. Il congelamento delle risorse economiche della banca era legato al fatto che essa aveva facilitato il finanziamento di due banche siriane iscritte nella lista in quanto controllate dal Governo siriano. Più precisamente, la ricorrente aveva permesso che alcuni suoi correntisti effettuassero transazioni commerciali con tali banche. Il Tribunale respinge l'argomento del Consiglio che l'effetto utile delle sanzioni contro le banche siriane sarebbe compromesso se si permettesse ad altre banche di effettuare i servizi che sono loro vietati a causa delle misure restrittive[134].

Un altro ricorso che ha visto soccombere il Consiglio è quello del giornalista e direttore di un noto programma televisivo bielorusso, il sig. Mikhalchanka. Questi era stato sanzionato in quanto, essendo un giornalista influente, specializzato nella cronaca politica, ed avendo condotto un programma televisivo a larga diffusione, trasmesso da un canale televisivo, favorevole alla *leadership* governativa, aveva contribuito alla violazione delle norme internazionali in materia elettorale e alla repressione della società civile e dell'opposizione democratica[135]. Nonostante il Consiglio avesse fornito rapporti dell'OSCE tra gli elementi di prova per sostenere la legittimità della misura restrittiva, in questo caso la decisione del Consiglio viene censurata per aver sopravalutato l'impatto concreto e la responsabilità che il destinatario del provvedimento di congelamento dei fondi avrebbe potuto avere sul

128 Ad esempio, secondo il Tribunale, sarebbe impossibile affermare con certezza che, alla data di adozione della decisione impugnata dal tunisino Mohmed Trabelsi, egli fosse sottoposto ad un'indagine giudiziaria per atti di riciclaggio di denaro successivi a distrazioni di fondi pubblici. V. sentenza *Trabelsi*, punto 92; vedi anche sentenza del Tribunale del 28 maggio 2013, causa T-188/11, *Chiboub*.

129 Sentenza del Tribunale del 7 dicembre 2011, causa T-562/10, *HTTS*.

130 Sentenza *HTTS Hanseatic Trade Trust & Shipping GmbH*.

131 Sentenza *National Iranian Tanker Company*.

132 A titolo di esempio, si può citare la sentenza del Tribunale del 22 gennaio 2015, causa T-176/12, *Bank Tejerat*, la cui iscrizione è stata annullata, *inter alia*, poiché non era posseduta dallo Stato.

133 Sentenza *Syria International Islamic Bank PJSC*.

134 *Ibidem*, punto 48.

135 Sentenza *Aliaksei Mikhalchanka*.

mancato rispetto dei valori dell'Unione in un Paese terzo. Anche la sua re-iscrizione nella lista, impugnata in un secondo ricorso, è stata annullata[136].

Altre volte, la decisione di *listing* viene annullata per mancanza di prove. Numerosi sono i casi che riguardano le misure restrittive contro l'Iran adottate nei confronti di imprese o di banche commerciali. Per motivi di spazio se ne citano solo due. In *Iran Transfo*[137] il Consiglio non ha provato che la ricorrente aveva contribuito alla costruzione di una centrale nucleare in Iran. In *Bank Mellat*[138], la Corte di giustizia annulla l'iscrizione nella lista di una banca che controlla al 100% una società inserita nell'elenco dei sanzionati, e le fornisce taluni servizi, poiché il Consiglio non ha provato in che modo con il suo comportamento la prima fornisce un sostegno alle attività nucleari dell'Iran che comportano un rischio di proliferazione nucleare.

L'errore di valutazione è anche alla base dell'annullamento di una serie di misure restrittive individuali nei confronti degli appartenenti alla *leadership* politica del Governo Yanukovich. Il primo ricorso accolto, in ordine temporale, è quello del sig. Portnov (consigliere dell'ex Presidente Yanukovich)[139], ma nel corso del 2016 ce ne sono stati altri che hanno avuto esito positivo, tra cui quello dell'ex Primo ministro Azarov[140]. Il Tribunale ritiene che non ci siano prove che il ricorrente sia una "[p]ersona sottoposta a procedimento penale in Ucraina allo scopo di indagare su reati connessi alla distrazione di fondi dello Stato ucraino e al loro trasferimento illegale al di fuori dell'Ucraina", come invece sostiene il Consiglio. Infatti, le prove addotte consistono in una lettera dell'ufficio del Procuratore generale dell'Ucraina che "contiene solamente un'affermazione generale secondo cui il ricorrente, tra altri ex alti funzionari, sarebbe sottoposto a un'indagine vertente su fatti, non specificati, di appropriazione indebita di fondi pubblici e riguardanti il trasferimento illegale di tali fondi all'estero. Essa non fornisce alcuna precisazione su detti fatti né sulle responsabilità del ricorrente al riguardo"[141]. Non può dunque costituire una base fattuale sufficientemente solida per sanzionare il sig. Portnov. Infatti, la decisione che congelava i fondi per appropriazione indebita di fondi pubblici prevedeva che tali misure dovessero essere prese nei confronti di "persone identificate come responsabili dell'appropriazione indebita dei fondi pubblici ucraini"[142]. È chiaro che per poter adottare sanzioni economiche nei confronti di una persona sospettata di appropriazione di fondi pubblici non occorre aspettare una condanna per tale reato. Tuttavia, nelle circostanze del caso il Consiglio non ha potuto neppure dimostrare che il ricorrente era stato sottoposto a un vero e proprio procedimento penale, sia pure nella fase di una mera indagine preliminare[143].

Occorre rilevare che l'esito positivo dei ricorsi inoltrati dai ricorrenti ucraini rispetto alle misure restrittive legate allo sviamento di fondi pubblici contrasta con

136 Sentenza del Tribunale del 10 maggio 2016, causa T-693/13, *Aliaksei Mikhalchanka*.
137 Sentenza *Iran Tranfso*.
138 Sentenza del Tribunale del 9 dicembre 2014, causa T-176/13 P, *Consiglio* c. *Bank Mellat*, punto 125.
139 Sentenza *Portnov*.
140 Sentenza del Tribunale del 28 gennaio 2016, causa T-331/14, *Mykola Yanovych Azarov*.
141 Sentenza *Portnov*, punto 44.
142 Art. 1, par. 1, decisione 2014/119/PESC.
143 Sentenza *Portnov*, punto 149.

quello della causa *Ezz*[144], precedentemente citata, riguardante misure aventi un criterio di designazione simile. Sia il Tribunale che la Corte, in appello, confermano la legalità delle iscrizioni individuali del parlamentare egiziano e dei suoi familiari. Al fine di stabilire se le misure restrittive fossero state legittimamente adottate nei confronti di persone responsabili di appropriazione di fondi pubblici sembra determinante il fatto che le indagini svolte dalle competenti autorità ucraine non erano state approvate da un giudice penale, al contrario di quanto avvenuto nel caso dell'ordinanza di sequestro dei beni emessa dal Procuratore egiziano, che conduceva le indagini per sviamento di fondi pubblici nei confronti dei ricorrenti egiziani[145].

Infine, l'assenza di prove è alla base dell'annullamento dell'iscrizione dell'imprenditore siriano Al Tabbaa[146]. Questo caso si distingue rispetto a quelli esaminati finora che sono accomunati dalla mancanza degli elementi di prova. Nel ricorso citato, infatti, il Consiglio sembra impossibilitato a fornire al giudice dell'Unione maggiori informazioni in quanto riservate. In queste circostanze, sulla scorta della giurisprudenza *Kadi II*[147], il Tribunale ha valutato la legalità delle misure impugnate alla luce degli elementi di prova a disposizione e, alla fine, ha annullato l'iscrizione del ricorrente[148]. Come è noto, sulla base della giurisprudenza citata, è possibile che esigenze legate alla sicurezza dell'Unione o degli Stati membri o alla conduzione delle loro relazioni internazionali impediscano che taluni documenti probatori detenuti dal Consiglio siano comunicati all'altra parte. Tuttavia, questi motivi non possono essere opposti al giudice dell'Unione e quest'ultimo, sulla base del materiale probatorio a disposizione, potrebbe decidere anche di annullare la misura impugnata[149].

Vale la pena segnalare che il nuovo regolamento di procedura del Tribunale, approvato nel 2015[150], apporta un'importante modifica a quello precedente, così colmando un vuoto normativo. Codifica[151] la giurisprudenza relativa ai diritti procedurali dei ricorrenti nel caso in cui una delle parti, tipicamente il Consiglio,

144 Sentenza della Corte di giustizia nel caso *Ezz*, punto 132.

145 Sentenza *Portnov*, punto 47.

146 Sentenza *Al-Tabbaa*.

147 Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, causa riunite C-584, 593 e 595/10 P, *Commissione e al.* c. *Kadi*. Su questa commentatissima sentenza si veda per tutti M. Marchegiani, *Il principio di protezione equivalente nel caso Kadi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 169, e A. Cuyvers, *Give Me "One Good Reason": The Unified Standard of Review for Sanctions after Kadi II*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1768.

148 Sentenza *Al-Tabbaa*, punti 96-98.

149 Sentenza *Kadi*, punti 125, 126, 128 e 130. Ad esempio, in vari casi la circostanza che il Consiglio fosse impossibilitato a fornire le prove poiché i documenti erano riservati ha fatto sì che la Corte abbia giudicato sulla base del materiale probatorio a disposizione, annullando, infine, la misura restrittiva. Il Tribunale ha annullato l'iscrizione nella lista della Sharif University of Technology poiché il Consiglio non ha dimostrato, sulla base dei documenti probatori che ha potuto fornire, che la ricorrente ha assistito soggetti inseriti nell'elenco dei sanzionati – la Kalaye Electric Company (KEC) e l'Iran Centrifuge Technology Company (TESA) – e quindi non ha dimostrato che la ricorrente supportava le attività di proliferazione nucleare condotte dall'Iran. V. sentenza *Sharif University of Technology*. Si veda anche la maggior parte dei casi richiamati alla nota 122.

150 V. regolamento di procedura del Tribunale, reperibile *online*.

151 K. Andová, É. von Bardeleben, *La refonte du règlement de procédure du Tribunal de l'Union européenne: pour une efficacité juridictionnelle renforcée*, in *Europe*, 2015, p. 9.

fondi le proprie pretese su informazioni e atti sensibili che interessano la sicurezza dell'Unione o dei suoi Stati membri o le loro relazioni internazionali. La nuova disposizione (l'art. 105) è particolarmente importante per i ricorsi contro le misure restrittive. Infatti, *inter alia*, permette al giudice dell'Unione di decidere della legalità della misura impugnata utilizzando documenti riservati (che sono a disposizione delle istituzioni o degli Stati membri), senza renderli noti a coloro che impugnano le sanzioni, se una parte principale chiede che non siano comunicati all'altra parte, in considerazione della necessità di proteggere gli interessi sopra menzionati[152]. Il Tribunale potrà basare la sua pronuncia sui documenti menzionati, tenendo conto del fatto che una delle parti non ha potuto accedere ad essi. La nuova disposizione costituisce in astratto un *vulnus* al principio del contradditorio, ma le nuove articolate disposizioni dell'art. 105 del regolamento di procedura sembrano nel complesso idonee a garantire che il giudice dell'Unione possa riconciliare gli interessi menzionati; rimane da vedere come il Tribunale bilancerà in concreto l'esigenza di garantire la sicurezza dell'Unione con quella della tutela dei diritti procedurali dei singoli.

8. Nel caso in cui il ricorso di annullamento sia accolto, il nome del ricorrente non viene necessariamente espunto dalla lista dei destinatari delle sanzioni. Infatti, anche quando il giudice dell'Unione annulla le misure impugnate, viene mantenuta la validità di queste per due mesi. In tal modo il Consiglio avrà il tempo di prendere le misure correttive necessarie o di presentare un ricorso avverso la decisione del Tribunale, nel caso in cui ritenga che sia stato commesso un errore di diritto[153]. Nella prassi il Consiglio spesso sana le irregolarità della decisione di *listing* annullata (ad esempio, modificandone la motivazione)[154] e rendendo così vano per il ricorrente il successo del primo ricorso; è anche accaduto che il Consiglio abbia ampliato il campo di applicazione delle misure restrittive dopo che il Tribunale aveva annullato l'iscrizione nella lista di alcuni ricorrenti per mancanza di prove che supportassero il programma di proliferazione nucleare[155].

---

[152] V. art. 105, commi 5 e 8, regolamento di procedura del Tribunale.

[153] In mancanza di questa precauzione, l'annullamento con effetto immediato delle misure restrittive permetterebbe ai ricorrenti di trasferire fuori dall'Unione tutti o parte dei fondi da essi detenuti.

[154] Ciò è avvenuto nel caso dei ricorsi presentanti da ricorrenti indagati per riciclaggio di denaro sporco (anziché per sviamento di fondi pubblici). Si veda anche il caso di Aiman Jaber, Khaled Kaddour, Mohammed Hamcho e Hamcho International, tre uomini d'affari siriani e un'impresa siriana, le cui iscrizioni nella lista erano state annullate con le sentenze *Jaber*, *Kaddour* e *Hamcho*. Successivamente all'emissione delle sentenze in esame, i ricorrenti sono stati re-iscritti nella lista con motivazioni leggermente diverse rispetto a quelle indicate nelle misure annullate. Vedi decisione di esecuzione (PESC) 2015/117 del Consiglio, del 26 gennaio 2015, che attua la decisione 2013/255/PESC, relativa a misure restrittive nei riguardi della Siria. Vedi anche un altro caso simile in cui il Consiglio re-inserisce nella lista un altro uomo d'affari siriano, Hassan, motivando in modo più specifico la sua iscrizione rispetto alla motivazione più vaga contenuta in altra decisione annullata dal Tribunale nella sentenza *Samir Hassan*. Decisione di esecuzione 2014/678/PESC del Consiglio, del 26 settembre 2014, che attua la decisione 2013/255/PESC.

[155] Sentenza *Islamic Republic of Iran Shipping Lines*, punti 56-58. Si veda l'annullamento della iscrizione della IRISL a cui è seguito una modifica della decisione 2010/413. V. decisione 2013/497/PESC del Consiglio, del 10 ottobre 2013. Tale atto include espressamente la IRISL tra i destinatari delle sanzioni.

Ciò detto, non mancano esempi di ricorsi accolti dal Tribunale che hanno portato alla cancellazione dall'elenco di destinatari di sanzioni, in attuazione della decisione di annullamento. Per perfezionare tale operazione il Consiglio adotta una decisione PESC nel cui titolo si annuncia la modifica della lista dei destinatari e nel preambolo di questa si segnala che il nome viene cancellato per dare attuazione ad una specifica sentenza del Tribunale. Ciò è avvenuto, ad esempio, nel caso dell'ex ministro Alchar[156], dei ricorrenti egiziani Al Tabbaa e Al Sabbah[157] e nel caso della Syria International Islamic Bank[158].

Peraltro, talvolta i ricorrenti non rinunciano al ricorso inoltrato contro una misura restrittiva qualora le istituzioni dell'Unione cancellino il loro nome dalla lista in atti adottati successivamente a quelli impugnati nel ricorso. Infatti, da un lato, tale cancellazione non ha effetto retroattivo al contrario di una sentenza che annulla l'iscrizione nella lista. Inoltre, la misura in questione danneggia la reputazione della persona sanzionata. Sia il Tribunale che la Corte ritengono che permanga l'interesse ad agire del ricorrente in queste situazioni[159]. Il principio è stato stabilito per la prima volta dalla Corte di giustizia nella causa *Abdulrahim*[160], riguardante misure collegate alla lotta contro il terrorismo ma è stato applicato anche in altri casi che riguardano i regimi di sanzioni contro Stati terzi[161]. Ad esempio, in *Portnov*[162], il ricorrente era un *ex* membro della compagine governativa ucraina ancora attivo in politica; pertanto, era particolarmente interessato a tutelare la sua reputazione di uomo politico rispetto all'infondata adozione di misure restrittive giustificate da appropriazione indebita di fondi pubblici.

L'interpretazione ampia del diritto a veder tutelata la propria reputazione, offerta dalla Corte di giustizia, non ha mancato di suscitare qualche perplessità. Infatti, da un lato c'è chi sottolinea come tale diritto non sia collegato ad alcuna fonte giuridica; in particolare, non è legato alla violazione di alcun articolo della Carta[163]. Secondo alcuni, la Corte avrebbe travalicato i confini della sua funzione, anche considerando, che fino ad allora il Tribunale aveva sempre escluso la persi-

156 Regolamento di esecuzione (UE) n. 1105/2014 del Consiglio, del 20 ottobre 2014, che attua il regolamento (UE) n. 36/2012, concernente misure restrittive in considerazione della situazione della Siria.

157 Decisione (PESC) 2015/837 del Consiglio, del 28 maggio 2015, che modifica la decisione 2013/255/PESC.

158 Sentenza *Syria International Islamic Bank PJSC*.

159 Sentenza *Portnov*.

160 Sentenza della Corte di giustizia del 28 maggio 2013, causa C-239/12 P, *Abdulrahim*, punti da 70 a 72 e 82: "Se il riconoscimento dell'illegittimità dell'atto impugnato non può, in quanto tale, riparare un danno materiale o un pregiudizio alla vita privata, esso può nondimeno riabilitare la persona interessata o costituire una forma di riparazione del danno morale da essa subìto in conseguenza di tale illegittimità, e giustificare quindi la persistenza del suo interesse ad agire. In proposito, la circostanza che l'abrogazione delle misure restrittive in parola fosse definitiva non impedisce che un interesse ad agire continui a sussistere per quanto riguarda gli effetti di atti che hanno imposto tali misure tra la data della loro entrata in vigore e quella della loro abrogazione". Vedi il commento di I. Querci, *Cancellazione da black list in corso di causa e perdurante interesse ad agire: la posizione della Corte di Giustizia nel caso Abdulrahim*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 171.

161 Sentenze del Tribunale: del 4 giugno 2014, causa, T-66/12, *Ali Sedghi*; *Tomana* e *al.*, punto 66.

162 Sentenza *Football Club 'Dynamo-Minsk' ZAO*.

163 I. Querci, *op. cit*., p. 183.

stenza dell'interesse ad agire in situazioni analoghe a quelle del Sig Abdulrahim[164]. Nell'opinione dell'autrice, la posizione della Corte è del tutto coerente con l'esigenza di assicurare il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Occorre, infine, ricordare che, indipendentemente dalla proposizione di un ricorso d'annullamento, i destinatari di misure restrittive possono inoltrare un'azione per responsabilità extra-contrattuale dell'Unione per gli eventuali danni causati da una violazione grave di una norma preordinata a conferire diritti ai singoli da parte delle istituzioni. La condizione è che esista un nesso causale tra l'attività illecita e il pregiudizio lamentato[165]. Vale la pena sottolineare che in almeno un caso, riguardante un'impresa iraniana, la Corte di giustizia ha riconosciuto un risarcimento per responsabilità extracontrattuale dell'Unione per il danno morale subito dalla ricorrente[166].

9. In considerazione dei numerosi ricorsi accolti, possiamo dire che nella sua giurisprudenza la Corte di giustizia non si sia dimostrata deferente rispetto al Consiglio quando ha valutato la legalità delle misure restrittive da questo adottate. D'altra parte, nella sua interpretazione del diritto essa ha anche adempiuto agli obblighi che discendono dal principio di leale collaborazione di cui all'art. 13, co. 2, TUE, permettendo al Consiglio di esercitare le sue competenze in materia di PESC. Si possono portare alcuni esempi a dimostrazione di ciò. Il Tribunale ha assecondato la volontà del Consiglio di rendere sempre più stringente la morsa delle sanzioni contro certi Stati terzi, in particolare quando la minaccia alla sicurezza internazionale è avvertita come particolarmente grave, come nel caso delle attività di proliferazione nucleare iraniane. Infatti, in *Afrasiabi*, il Tribunale ha offerto un'ampia interpretazione del divieto di fornire "risorse economiche" ai destinatari delle misure restrittive istituite nei confronti dell'Iran, nonché al divieto di partecipare ad attività che conducono all'aggiramento di tali sanzioni[167].

---

164 E. Cimiotta, *Rimozione dall'elenco di sospetti terroristi e interesse a proseguire l'azione di annullamento del provvedimento di listing: il caso* Abdulrahim *davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 451.

165 Tuttavia, quando sono gli Stati responsabili dell'attuazione della misura restrittiva e il danno lamentato deriva dalla condotta delle autorità nazionali, e non da quella delle istituzioni, non è possibile imputare a queste ultime la responsabilità. Ad esempio, nel caso del fermo presso l'aeroporto di Heathrow del sig. Georgias, membro del Governo dello Zimbabwe, il danno lamentato dal ricorrente nei confronti del quale vigeva il divieto di ingresso nel territorio dell'Unione, oltre che il congelamento dei suoi fondi e risorse economiche, deriva dalla condotta tenuta dagli Stati membri. Il Tribunale ha respinto il ricorso in esame per l'assenza di un nesso causale diretto tra il danno lamentato e le misure di congelamento dei beni dell'Unione. Sentenza del Tribunale del 18 settembre 2014, causa T-168/12, *Aguy Clement Georgias*, *Trinity Engineering (Private) Ltd* e *Georgiadis Trucking (Private) Ltd*.

166 Sentenza del Tribunale del 25 novembre 2014, causa T-384/11, *Safa Nicu*. In tutti gli altri casi la domanda di risarcimento è stata respinta. A titolo meramente esemplificativo v. sentenze del Tribunale: del 18 febbraio 2016, causa T-328/14, *Jannatian*; del 2 aprile 2014, causa T-133/12, *Mehdi Ben Tijani Ben Haj Hamda Ben Haj Hassen Ben Ali*; del 28 maggio 2013, causa T-200/11, *Al Matri*; *Sabbagh*; *Ahmed Mohammed Qadhaf Al Dam*.

167 Vedi sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, causa C-72/11, *Procedimento penale a carico di Mohsen Afrasiabi* e *altri*. All'origine di questo rinvio pregiudiziale, sollevato da un giudice tedesco, c'era la vendita di alcune attrezzature a soggetti inclusi nella *black list* di un regolamento del 2007 che attuava una posizione comune concernente misure restrittive contro l'Iran. Le attrezzature in

Nella sentenza di appello *Consiglio* c. *Kala Nafta*[168] la Corte di giustizia sembra ancora più sensibile del Tribunale all'esigenza di rendere particolarmente penetrante il regime di sanzioni stabilito nei confronti dell'Iran. Ciò è testimoniato dalla sua interpretazione della decisione che modifica sia il campo di applicazione materiale, che quello personale di una misura restrittiva contro l'Iran. La ricorrente destinataria di sanzioni è l'organismo che acquista petrolio per conto della compagnia petrolifera iraniana. La questione è se la sua iscrizione sia giustificata, considerato che la decisione 2010/413 del Consiglio stabiliva il divieto di fornire tecnologia, servizi, nonché assistenza tecnica e finanziaria a industrie nei settori del petrolio e del gas naturale. La Corte considera lecita l'iscrizione nella lista di questo organismo e annulla la sentenza del Tribunale, che aveva invece accolto il ricorso della Kala Nafta. La politica del Consiglio di estendere le sanzioni ai settori economici menzionati viene collegata dalla Corte di giustizia ad una risoluzione del CdS non senza suscitare alcuni dubbi sulla legittimità di questo collegamento[169]. Inoltre, per la Corte l'attività di fornitura o vendita di attrezzature o tecnologia oggetto del divieto, come quella della Kala Nafta, si configura come attività di supporto al programma nucleare iraniano e, come tale, è sufficiente a giustificare l'iscrizione nella lista[170].

Va poi considerata l'attenzione che la Corte di giustizia dedica a non vanificare l'effetto utile delle sanzioni. Ancora una volta ciò risulta particolarmente chiaro sia dalla sentenza del Tribunale, che da quella di appello nella causa *Ezz*. In questo ricorso veniva sollevato un dubbio sul se la decisione 2011/172 permettesse di effettuare il *listing* delle persone "riconosciute" colpevoli di sviamento di fondi pubblici – come sembrava risultare dalla traduzione francese di una delle decisioni istitutive –, oppure tutte le persone meramente "identificate" come responsabili di distrazione di fondi pubblici – come emerge dalla versione inglese. La prima interpretazione tendeva a restringere il novero dei destinatari a coloro che fossero stati giudicati responsabili di tale reato. Invece la seconda consentiva di allargare la portata della misura anche ad altre categorie di persone, pur in assenza di una sentenza che ne riconoscesse la colpevolezza. Il Tribunale ha interpretato in modo ampio la portata soggettiva della decisione in questione[171], sostenendo che l'effetto utile della decisione 2011/172 sarebbe stato compromesso qualora l'adozione di misure restrittive fosse stata subordinata alla pronuncia di condanne penali nei confronti delle persone sospettate di aver distratto fondi. Infatti, queste disporrebbero, nell'attesa, del tempo necessario per trasferire i loro beni in Stati che non praticano alcuna forma di coo-

---

questione potevano essere utilizzate per condurre attività nucleari in Iran, anche se da sole non erano sufficienti dal punto di vista tecnico. La Corte di giustizia ha ritenuto che la vendita dello strumento in questione rientrasse nel divieto di fornire risorse economiche. Vedi il commento di S. Blockmans, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 622.

168 Sentenza *Consiglio* c. *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*.

169 La Corte di giustizia valorizza un riferimento presente nel preambolo di una risoluzione del CdS che imponeva sanzioni contro l'Iran alla "potenziale connessione" esistente tra l'impiego dei proventi delle industrie menzionate e il sostegno finanziario alle attività nucleari. *Ibidem*, punto 82. Vedi P. E. Dupont, *The ECJ and (Mis)interpretation of Security Council Resolutions: The Case of Sanctions Against Iran*, in *EJIL blog*, il 23 dicembre 2013, reperibile *online*.

170 Sentenza *Consiglio* c. *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*, punto 80.

171 Ritiene che le persone interessate dalla decisione sullo sviamento di fondi pubblici egiziani comprenda cinque gruppi di persone distinte. Per maggiori dettagli v. sentenza *Ezz* (Tribunale), punto 67.

perazione con le autorità egiziane. Il Tribunale ha giustificato l'interpretazione, che tende ad allargare il novero di persone potenzialmente sanzionabili, affermando che le misure restrittive in esame non hanno carattere penale, bensì amministrativo[172]. Pertanto, non sono soggette all'obbligo di non applicazione della legge penale di cui all'art. 49 della Carta in modo estensivo a discapito dell'imputato. Il Tribunale conclude, dunque, che il Consiglio aveva rispettato i criteri di designazione iscrivendo nella lista il Sig. Ezz per il solo motivo che era sottoposto ad un procedimento giudiziario in Egitto che presentava un legame con indagini aventi ad oggetto appropriazioni indebite di fondi pubblici[173]. Anche la Corte di giustizia, a cui il Sig. Ezz si era rivolto in appello, ritiene corretta l'interpretazione del Tribunale[174].

Un altro recente esempio di sentenza che si ispira alla preservazione dell'effetto utile delle misure restrittive è collegato, ancora una volta, alle cause riguardanti le misure sullo sviamento dei fondi pubblici. Si tratta del caso *Hassen Ben Alì*[175], imprenditore tunisino, parente dell'ex *leader* Zine El-Abidine Ben Alì. Come già detto[176], l'iscrizione nella lista nei confronti dei ricorrenti tunisini, tra cui il *leader* politico sopra menzionato, erano state annullate a causa del fatto che le indagini condotte a livello nazionale non riguardavano lo sviamento di fondi pubblici, ma il riciclaggio del denaro sporco. Successivamente, il Consiglio aveva modificato il motivo alla base dell'iscrizione del ricorrente mutandolo in "complicità in abuso di qualità compiuto da un funzionario pubblico (ex l'Presidente Ben Alì) al fine di procurare un vantaggio ad un terzo e di causare un pregiudizio all'amministrazione"[177]. Questi aveva di nuovo tentato la via del ricorso al Tribunale. Questa volta la legalità della misura restrittiva viene confermata e l'argomento dell'efficacia delle misure restrittive risulta centrale nel ragionamento del Tribunale. Infatti, da un lato quest'ultimo riconosce che le indagini in questione riguardano fatti legati allo sviamento di fondi pubblici; dall'altro, ritiene di dover interpretare in modo ampio la categoria di "persone associate" all'ex *leader* tunisino. In caso contrario, risulterebbe compromesso l'effetto utile delle misure perché i membri del regime potrebbero facilmente sfuggire al congelamento dei fondi pubblici sviati grazie ai legami con i loro sostenitori[178].

10. Se finora è stato evidenziato come il giudice dell'Unione abbia facilitato la realizzazione degli obiettivi della PESC da parte del Consiglio, d'altro canto si rileva che, al fine di tutelare i diritti delle persone sanzionate, la Corte ha condizionato il *modus operandi* di tale istituzione, quando agisce a titolo di PESC, per adottare misure restrittive.

---

172 *Ibidem*, punto 81.

173 *Ibidem*, punto 97.

174 Sentenza *Ezz* (Corte di giustizia), punto 73. Si aggiunga che il Consiglio, ispirandosi all'interpretazione data dal Tribunale della decisione 2011/172, che istituiva tali misure, ha rettificato il testo della stessa, limitatamente ad alcune versioni linguistiche, per rimediare alle ambiguità interpretative da esse generate.

175 Sentenza del Tribunale del 14 aprile 2016, causa T-200/14, *Mehdi Ben Tijani Ben Haj Hamda Ben Haj Hassen Ben Ali*.

176 V. *supra*, par. 7.

177 Sentenza *Mehdi Ben Tijani Ben Haj Hamda Ben Haj Hassen Ben Ali*, punto 133.

178 *Ibidem*, punto 128.

Senza pretendere di esaurire tutti i casi in cui ciò si è verificato, qui sotto saranno citati alcuni esempi che dimostrano come il contenzioso ha progressivamente irrobustito le garanzie giuridiche che circondano le misure restrittive.

Alcune indicazioni giurisprudenziali riguardano i requisiti di forma di queste ultime. La motivazione di una misura di congelamento delle risorse economiche, che in assenza del diritto al contraddittorio è particolarmente importante nell'ambito di questi atti, non può essere vaga[179], come è avvenuto nel caso di quelle adottate nei confronti di banche e società iraniane; non può neppure consistere in una formulazione generica e stereotipata[180]. Il Consiglio o le autorità competenti devono indicare le ragioni specifiche e concrete che hanno portato all'inserimento nella lista[181].

In secondo luogo, il Consiglio deve dare al ricorrente accesso al fascicolo che contiene i documenti che giustificano la decisione di *listing*, poiché solo in tal modo il destinatario delle sanzioni potrà presentare il suo punto di vista. Inoltre, se il Consiglio decide di mantenere una persona fisica o giuridica sulla lista quando cambiano i motivi per i quali il mantenimento dell'iscrizione si rende necessario, è tenuto a comunicare al destinatario tali nuovi motivi.

Quanto all'onere probatorio, secondo il Tribunale, sulla scorta della giurisprudenza *Kadi II*, il Consiglio deve assicurarsi che l'iscrizione nella lista poggi su una base fattuale sufficientemente solida[182]; in particolare, è tenuto a fornire "un complesso di indizi sufficientemente concreti, precisi e concordanti che consentano di dimostrare l'esistenza di un collegamento sufficiente tra la persona sottoposta ad una misura di congelamento dei suoi fondi e il regime combattuto"[183]. Laddove questo non sia il caso, le misure impugnate vengono annullate. A ciò si aggiunga che il controllo della legalità delle iscrizioni nella lista deve avvenire alla luce degli elementi di fatto e di diritto disponibili al momento in cui le misure sono state adottate e non sulla base di informazioni portate alla conoscenza del Consiglio successivamente all'adozione delle misure contestate[184].

---

179 Non sempre il Tribunale e la Corte concordano sulle circostanze in cui la motivazione è vaga. Ad esempio, in *Bamba* il Tribunale aveva ritenuto tale la ragione a supporto della misura restrittiva contro la direttrice di un gruppo editoriale cui faceva capo un giornale poiché si limitava a stabilire che essa aveva ostruito il processo di pace e di riconciliazione in Costa d'Avorio mediante istigazione pubblica all'odio e alla violenza ed era coinvolta in campagne di disinformazione sulle elezioni presidenziali del 2010. Sentenza del Tribunale dell'8 giugno 2011, causa T-86/11, *Bamba*, punti 51-52. La Corte di giustizia considera invece che la misura impugnata indica elementi precisi e concreti: sentenza *Consiglio* c. *Bamba*, punti 51-55.

180 La giurisprudenza dalla quale trae origine il principio è la sentenza *People's Mojahedin Organization of Iran*, ma esso è stato ribadito nella sentenza del Tribunale del 28 maggio 2013, T-188/11, punto 40.

181 La mancanza di questo requisito può essere dovuta a motivi diversi. Ad esempio, nell'annullare l'iscrizione tra i gruppi terroristici quali Hamas e le Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) il Tribunale ritiene che le autorità competenti si siano avvalse di notizie apparse sulla stampa e su internet, anziché di informazioni fornite dalle autorità nazionali. Inoltre, non sarebbe stata effettuata una valutazione sostanziale dei motivi che potevano portare all'iscrizione nella lista di terroristi. Vedi rispettivamente sentenze *Hamas* e *Liberation Tigers of Tamil Eelam*.

182 Sentenza *Consiglio* c. *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*, punto 73.

183 Sentenza *Anbouba* (della Corte di giustizia), punto 53.

184 Sentenza *HTTS Hanseatic Trade Trust & Shipping GmbH*, punto 54.

Ancora, il Consiglio non può fondare l'iscrizione nella lista su documenti che poi non fornisce al Tribunale[185]. Il primo caso in cui viene in rilievo il problema delle informazioni a carattere riservato è *Fulmen e Mahmoudian*[186]. La prima è una società e il secondo il suo amministratore; iscritti nella lista per aver fornito materiale elettrico ad un sito che aveva condotto attività nucleari, propongono un ricorso di annullamento avverso la loro iscrizione adducendo l'assenza di prove a supporto delle misure restrittive. Nel corso del procedimento viene in rilievo che il Consiglio non aveva potuto rivelare le prove a sostegno dell'iscrizione, dato il loro carattere confidenziale. In queste circostanze, il Tribunale ha deciso il caso sulla base del materiale probatorio a disposizione ed ha annullato l'iscrizione nella lista della società e del suo direttore[187].

Infine, il Consiglio è tenuto a verificare che gli iscritti nella lista continuino a soddisfare i criteri di designazione nel corso del tempo. Se i presupposti per l'iscrizione vengono meno si dovrebbe procedere alla cancellazione dalla lista o eventualmente, ad una re-iscrizione, ma su nuove basi.

Si possono fare tre esempi in cui il Consiglio è venuto meno a questi suoi obblighi.

Il primo riguarda l'ex ministro siriano Alchar. Pur potendosi presumere che i membri del governo siano responsabili delle politiche repressive per le quali l'UE istituisce misure restrittive, se un membro di tale organo si dimette dalla carica, come nel caso di Alchar, che ha volontariamente cessato il suo incarico nel 2012, il Consiglio deve motivare con un nuovo provvedimento l'iscrizione nella lista e deve comunicare gli addebiti al destinatario. Nelle circostanze del caso non è sufficiente che il Consiglio indichi come motivo di designazione di Alchar che, in qualità di ex ministro, contribuisce alle politiche repressive del governo al potere, altrimenti risulterebbe invertito l'onere della prova. In sostanza, la posizione del Tribunale sembra essere la seguente: pur non essendo escluso che un ex ministro mantenga legami con il governo cui apparteneva, questo non lo si può presumere. Occorre fornire una serie di indizi che possano giustificare il mantenimento dell'iscrizione in qualità di ex ministro[188]. Nel caso in esame, il Consiglio non era riuscito a fornire tali prove e per questo il Tribunale aveva annullato la decisione di *listing*.

Il secondo ricorso riguarda un ricorrente libico. Si tratta di Kadhaf Al Dam, cugino di Gheddafi, sanzionato nell'ambito delle misure restrittive intese a far cessare la campagna di repressione violenta nei confronti della società civile intrapresa dalle autorità libiche nel 2011. La prima iscrizione nella lista, avvenuta in quell'anno, era

185 Sentenza *Islamic Republic of Iran Shipping Lines*, punto 53.

186 Sentenza del Tribunale del 21 marzo 2012, cause riunite T-439 e 440/10, *Fulmen* e *Mahmoudian*, punti 98-103.

187 Anche in sede di appello, la Corte di giustizia conferma l'illegalità delle iscrizioni nella lista della Fulmen e di Mahmoudian poiché il Consiglio non ha prodotto alcun elemento probatorio al riguardo, essendo stato impossibilitato a fornire i documenti necessari dal carattere riservato degli stessi. V. sentenza (Corte di giustizia) *Fulmen* e *Mahmoudian*, punti 67-79. Infine, a seguito di queste pronunce, il Consiglio ha cancellato i ricorrenti dalla lista. Regolamento di attuazione del Consiglio (UE) n. 1361/2013, del 17 dicembre 2013, che attua il regolamento (UE) n. 267/2012 concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran.

188 Sentenza *Alchar*, punto 150.

dovuta ai legami familiari con il leader libico[189], al suo ruolo di responsabile della sicurezza personale di Gheddafi e alle sue responsabilità nella pianificazione delle operazioni contro i cittadini libici all'estero; infine era accusato di aver partecipato direttamente ad attività terroristiche. Nel 2013 il Consiglio decide di continuare a mantenere il ricorrente nella lista sulla base degli stessi motivi, nonostante la caduta del regime. Il Tribunale censura la condotta del Consiglio poiché tale istituzione non ha specificato le ragioni per cui era necessario il mantenimento dell'iscrizione. Il giudice dell'Unione rileva infatti, da un lato, che in Libia le condizioni politiche erano mutate con la caduta del regime; inoltre, il Consiglio aveva adotto come motivazione la partecipazione ad attività terroristiche (peraltro, non prevista tra i criteri di designazione) senza fornire elementi di prova. In queste circostanze, è certamente possibile che il Consiglio possa continuare a sanzionare il ricorrente, ma per giustificare la pericolosità per la Libia del ricorrente, in virtù del fatto che costituisce un ostacolo al ristabilimento della pace in questo Paese, occorre cambiare i criteri di designazione della decisione che istituisce la misura restrittiva nei suoi confronti[190].

Infine, il terzo caso concerne il sig. Gossio della Costa D'Avorio. Le misure impugnate sono state annullate poiché il Consiglio ha ritenuto che il ricorrente continuasse a costituire un pericolo per la stabilità e sicurezza internazionale anche dopo essere rientrato in patria, aver preso contatti con il nuovo governo al potere e essersi pubblicamente dichiarato a favore del processo di riconciliazione nazionale[191].

11. Nell'indagine condotta in questo scritto sono state evidenziate da un lato, la tendenza del Consiglio ad aumentare il numero di misure restrittive a carattere economico che colpiscono i singoli nell'ambito delle sanzioni che riguardano la situazione di Stati terzi; dall'altro, l'ampia interpretazione della portata dell'art. 29 TUE, da parte della Corte di giustizia. Se quest'ultima fosse stata eccessivamente timida nell'esaminare la legalità delle misure restrittive, il verificarsi di questi due fenomeni avrebbe potuto portare ad una diminuzione nel livello di tutela dei diritti fondamentali offerto dall'UE, considerata l'incidenza che queste misure hanno su tale sfera. Invece, nell'effettuare un bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'efficacia delle misure restrittive con la salvaguardia dei diritti degli iscritti nelle *black lists*, senza travalicare i limiti del sindacato giurisdizionale, ci sembra che la Corte di giustizia non abbia eccessivamente sacrificato la posizione dei singoli. È senz'altro vero che essa ha cooperato lealmente con il Consiglio permettendogli attraverso la sua giurisprudenza di realizzare i fini della PESC per mezzo delle misure restrittive; ha presidiato la libertà del Consiglio di realizzare tali obiettivi nel modo che più ritiene opportuno[192]– anche usando la cooperazione giudiziaria con gli Stati terzi,

189 Si trattava del cugino di Gheddafi come risulta dall'allegato della decisione che lo include tra le persone soggette a sanzioni (decisione 2011/173/PESC).

190 Sentenza *Ahmed Mohammed Qadhaf Al Dam*, punto 94.

191 Sentenza *Gossio*, punto 55.

192 Il Tribunale conferma questa libertà quando conclude che il Consiglio può adottare sanzioni che congelano i fondi e le risorse economiche di coloro che sono responsabili di sviamento di fondi pubblici, al fine di consolidare la democrazia in Egitto; tali misure rientrano a pieno titolo nella PESC e rispondono agli obiettivi menzionati all'art. 21, par. 2, lettere b) e d), TUE. V. sentenza *Ezz* (Tribunale), punto 44. Il Consiglio ha discrezione anche nella gestione di questo tipo di misure; più specificamente,

come nel caso delle misure restrittive sullo sviamento di fondi pubblici[193]; ha interpretato in modo ampio i divieti stabiliti dalle misure restrittive; ha avallato le decisioni del Consiglio di sanzionare non solo i singoli membri del governo responsabili in modo solidale delle politiche repressive attuate da questo, ma anche, i familiari dei membri della *leadership* politica e, in specifiche circostanze, uomini d'affari, nonché entità che indirettamente favoriscono le condotte illecite della compagine governativa di uno Stato terzo (ad esempio nel caso dell'Iran). D'altra parte, la Corte di giustizia ha anche interpretato in modo ampio il diritto di ricorrere contro le decisioni di *listing* e nella causa *Rosneft*[194], che è pendente davanti alla Corte di giustizia, essa potrebbe ulteriormente ampliare la portata del controllo sulle misure restrittive.

Dall'esame del contenzioso emerge che molte misure restrittive sono state poi annullate quando il Consiglio non ha rispettato il diritto ad un ricorso effettivo o ha manifestamente violato i limiti della sua discrezione. La Corte di giustizia ha così contribuito a far rispettare le garanzie giuridiche di cui godono i destinatari di tali misure nell'ordinamento dell'Unione, sulla base di quanto previsto dall'art. 215, par. 3, TFUE, senza essere deferente nei confronti del Consiglio.

Non mancano, tuttavia, alcune ombre. Ad esempio, nella causa *Ezz* la Corte di giustizia non dedica alcuna riflessione alla qualità delle indagini giudiziarie che hanno portato il Consiglio ad assistere il Paese a recuperare i fondi sviati. Il giudice dell'Unione minimizza il margine discrezionale di cui gode tale istituzione quando decide se prestare assistenza giudiziaria o meno agli organi giurisdizionali dell'Egitto[195]. Per la Corte sembra sia sufficiente che la richiesta di cooperazione da parte delle autorità egiziane sia radicata nelle disposizioni della Convenzione sulla corruzione delle Nazioni Unite, di cui l'Unione europea è parte. Ciò non vuol dire, tuttavia, che l'UE sia obbligata a dar seguito a tali richieste in un contesto altamente instabile come quello dell'Egitto nel 2011, in cui le indagini giudiziarie avrebbero ben potuto avere finalità politiche.

---

nel decidere se accogliere o meno le richieste di assistenza giudiziaria da parte dei nuovi regimi governativi interessati dal tipo di sanzioni in esame.

193 Occorre rilevare che la libertà del Consiglio non è però priva di rischi per il rispetto dei diritti fondamentali. Infatti, decidendo di venire incontro alle richieste di assistenza giudiziaria che provengono da Stati come l'Egitto, in cui esiste più di un dubbio sul se le indagini per sviamento di fondi pubblici siano effettuate rispettando le garanzie fondamentali dell'equo processo e dello Stato di diritto, il Consiglio si presta a comprimere i diritti degli indagati.

194 Ricorso proposto il 24 maggio 2015, causa C-72/15.

195 La Corte afferma: "Occorre (...) sottolineare che al Consiglio o al Tribunale non competeva verificare la fondatezza delle indagini alle quali i ricorrenti erano sottoposti, ma unicamente verificare la fondatezza della decisione di congelamento dei fondi alla luce della richiesta di assistenza giudiziaria". V. sentenza *Ezz* (Corte di giustizia), punto 77.

Abstract

The European Union and Individual Restrictive Measures of Economic Nature: Evolutions of the Legal Framework and the Case-law

This research examines the trends characterising the legal framework of economic sanctions in the post Lisbon era; it shows how the number of autonomous measures has increased; how they were extended to non-state actors and how the designation criteria of restrictive measure have evolved. In examining the case-law on restrictive measures, emphasis will be placed on the expansive interpretation of the competence of the Court of Justice to examine the legality of restrictive measures, on its position on the legal standing of applicants, on the way the rights of the targeted persons were protected and the extent to which the discretion of the Council was curtailed. At the same time, it will be shown that the Court loyally cooperated with the Council in ensuring that this institution can fulfil the objectives of the CFSP through the adoption of restrictive measures.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 509-531

Valentina Faggiani*

Ius puniendi europeo *v.* controlimiti. Riflessioni a margine del caso *Taricco*

Sommario: 1. Il dialogo giudiziario post-*Taricco*. – 2. La competenza dell'UE in materia penale. – 3. La controversa natura della prescrizione. – 4. Gli effetti della disapplicazione in *malam partem* delle norme penali sulle garanzie processuali dell'imputato. – 5. Il principio di legalità in materia penale tra standard europeo e controlimiti.

1. La sentenza *Taricco*[1] ha aperto un nuovo scenario denso di incertezza nel dialogo tra le Corti, che ha messo in crisi il diritto penale nazionale e il ruolo dell'interpretazione costituzionalmente orientata, scatenando la reazione immediata della dottrina e dei giudici comuni[2], i quali hanno adottato posizioni tra loro discordanti.

* Professore di Diritto costituzionale nell'Università di Granada (Spagna). Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del gruppo di ricerca *Andalucía, la Unión Europea y el Estado Social* (SEJ-106) e della rete internazionale d'eccellenza *Giustizia, Diritto, Costituzione e Processo*.

[1] Sentenza della Corte di giustizia UE dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco* (in sèguito: sentenza *Taricco*). Il sig. *Taricco* e le altre persone coinvolte nel procedimento principale furono imputate di aver costituito e organizzato, tra il 2005 e il 2009, un'associazione per delinquere, finalizzata all'emissione di fatture per operazioni inesistenti e di dichiarazione IVA fraudolenta, grazie a società interposte e a falsi documenti, rispondenti allo schema delle cosiddette "frodi carosello". L'ingiusto profitto ottenuto dalla sistematica evasione dell'imposta sul valore aggiunto avrebbe creato una distorsione della libera concorrenza tra le imprese che operano nel settore, permettendo agli imputati di vendere la propria merce (bottiglie di champagne) a prezzi nettamente inferiori rispetto alla media del mercato. Tutti i reati contestati, ove non ancora prescritti, lo saranno entro l'8 febbraio 2018, prima che possa essere pronunciata sentenza definitiva nei confronti degli imputati. Il Tribunale di Cuneo, considerando tale termine insufficiente per pervenire ad una sentenza irrevocabile, decise di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (17 gennaio 2014). In tal modo, si cercava di porre fine ad una situazione di sistematica impunità di fatto (non inconsueta in Italia), peraltro contraria sia agli interessi finanziari dell'erario italiano sia a quelli dell'UE. La normativa italiana in materia di prescrizione, introdotta dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (legge "ex Cirielli"), permette, infatti, una proroga del termine massimo pari solo a un quarto della sua durata, che nella maggior parte dei casi non consente di adottare una pronuncia definitiva, a causa sia della complessità delle indagini e della gravità di tali crimini sia della lentezza della macchina giudiziaria.

[2] Tra i primi commenti alla sentenza *Taricco* si rinvia a: C. Amalfitano, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto*?, in *Sidi Blog*, 15 settembre 2015, reperibile *online*; G. Civello, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Archivio penale*, 2015, n. 3, reperibile *online*; L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione*

Mentre la Corte di Cassazione, sez. III penale[3], pochi giorni dopo la sua emissione, ha disapplicato il combinato disposto degli articoli 160 e 161 c.p. anche in relazione a fattispecie di reato già prescritte, superando i parametri stabiliti a livello europeo[4], la Corte di Appello di Milano in data 18 settembre 2015[5], dinanzi ad un caso ana-

---

Europea può erigere il giudice a legislatore, in *Penale contemporaneo*, 10 dicembre 2015, reperibile *online*; M. Lassalle, *Taricco Kills Two Birds with One Stone for the Sake of the PIF*, in *European Blog*, 27 ottobre 2015, reperibile *online*; S. Manacorda, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Archivio penale*, 2015, n. 3, reperibile *online*; F. Rossi, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1564 ss; G. Salcuni, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *Archivio penale*, 2015, n. 3, reperibile *online*; D. Sarmiento Ramírez, *The Scope of Application of EU Law and National Criminal Law: Some Thoughts on Taricco (C-105/14)*, in *Despite Our Differences Blog*, 8 settembre 2015, reperibile *online*; M. Serraino, *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell'oblìo. La Corte di Giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in *Legislazione penale*, 22 ottobre 2015, reperibile *online*; E. M. Ambrosetti, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, n. 1, reperibile *online*, p. 44 ss.; M. Bassini, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 2016, n. 1, reperibile *online*, p. 94 ss.; E. Billis, *The European Court of Justice: A "Quasi-Constitutional Court" in Criminal Matters? The Taricco Judgment and Its Shortcomings*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016, p. 20 ss.; R. Bin, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Penale contemporaneo*, 4 luglio 2016, reperibile *online*; F. Giuffrida, *The Limitation Period of Crimes: Same Old Italian Story, New Intriguing European Answers – Case Note on C-105/14, Taricco*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016, p. 100 ss.; E. Lupo, *La* Primauté *del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Penale contemporaneo*, 29 febbraio 2016, reperibile *online*; V. Maiello, *Prove di resilienza del* nullum crimen*: Taricco* versus *controlimiti*, in *Cassazione penale*, 2016, p. 1250 ss.; V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, in *Penale contemporaneo*, 6 maggio 2016, reperibile *online*; S. Marcolini, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cassazione penale*, 2016, p. 362 ss.; F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva? Primato del diritto UE e* nullum crimen sine lege *in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Penale contemporaneo*, 14 settembre 2015, reperibile *online*; Id., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ivi*, 9 maggio 2016.

[3] Cassazione penale, sezione III, sentenza n. 2210/2016, udienza del 17 settembre 2015 (depositata il 20 gennaio 2016 (in sèguito: Cassazione penale, sentenza n. 2210/2016). In questa sentenza la Cassazione ha disapplicato gli articoli 160 e 161 c.p. nei confronti di imputati per i quali i termini di prescrizione erano già scaduti prima della decisione della Corte di giustizia (8 settembre 2015). Al riguardo, si rinvia ai seguenti commenti: L. Bin, *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in *Archivio penale*, 2016, n. 1, reperibile *online*; F. Viganò, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Penale contemporaneo*, 22 gennaio 2016, reperibile *online*.

[4] Sentenza *Taricco*, punti 55 e 56; conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 30 aprile 2015, causa C-105/14, *Taricco*, punti 120 ss. (in sèguito: conclusioni *Taricco*).

[5] Corte di Appello di Milano, sezione II penale, ordinanza n. 339 del 18 settembre 2015. Al riguardo, si veda F. Viganò, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in *Penale contemporaneo*, 21 settembre 2015, reperibile *online*. Per quanto riguarda l'ordinanza di rinvio presentata dalla Corte d'Appello di Milano, il reato imputato nel giudizio principale integra una fattispecie grave, riconducibile alla cosiddetta "frode carosello", che ha prodotto un'evasione per svariati milioni di euro (primo requisito). Le norme vigenti nell'ordinamento italiano in materia di prescrizione determinano l'impos-

logo, ha sollevato una questione di costituzionalità, invocando l'applicazione dei controlimiti nei confronti del primato del diritto dell'Unione europea.

Secondo il giudice *a quo*, l'eventuale disapplicazione *in malam partem* di tale normativa, implicante l'allungamento dei termini prescrizionali in presenza di atti interruttivi, violerebbe il principio di legalità in materia penale, stabilito dall'art. 25, co. 2, Cost., e, in particolare, i suoi corollari della garanzia della riserva di legge e del divieto di applicazione retroattiva. La Consulta dovrà stabilire, pertanto, se il bilanciamento realizzato dalla Corte di giustizia pregiudichi effettivamente i principi strutturali dell'ordinamento che non possono essere piegati dall'adesione dell'Italia all'UE, per il tramite dell'art. 11 Cost., pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130[6], di ratifica del TFUE, nella parte in cui impone di applicare l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE.

Le ricadute interne del caso *Taricco* sul dialogo giudiziario, tuttavia, non si sono concluse qui. Dopo l'ordinanza di rinvio della Corte di Appello di Milano, la Corte di Cassazione ha modificato il suo orientamento. Prima, nella prudente pronuncia della sez. IV penale[7], resa nell'udienza del 25 gennaio 2016, nell'intento di trovare un punto di equilibrio tra il rispetto del primato del diritto UE e i principi fondamentali del diritto penale nazionale, ha considerato non applicabile al caso di specie la sentenza della Corte di giustizia sia per l'assenza del requisito della gravità della frode, sia perché la prescrizione era già maturata prima della summenzionata pronuncia; poi, nelle udienze del 30 e 31 marzo del 2016, la medesima Corte di Cassazione, con due decisioni aventi un contenuto analogo, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, invocando non solo la violazione del principio di legalità in materia penale (art. 25, co. 2, Cost.) ma estendendo la *causa petendi* ad ulteriori parametri.

---

sibilità di "pervenire ad un accertamento definitivo e, nel caso di ritenuta responsabilità penale degli imputati, di infliggere sanzioni effettive e dissuasive (...) in un numero considerevole di casi di frodi gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea" (secondo requisito). Si contesta, infatti, agli imputati la commissione di un "numero esorbitante di operazioni fraudolente (...) eseguite tramite l'interposizione strumentale di numerose società nazionali ed estere, ripetute nell'arco di circa tre anni, con il coinvolgimento di mezzi, uomini, strutture e organizzazione di elevata efficienza e comportanti l'evasione dell'IVA, una quota della quale deve essere girata automaticamente al bilancio europeo (...) per svariati milioni di euro tra il 2005 e il 2007". Tali reati, come sottolinea la Corte di Appello di Milano, sarebbero "pressoché tutti estinti, ove il termine di prescrizione fosse calcolato", tenendo conto del combinato disposto di cui agli articoli 160 e 161 c.p. Infine, si ravvisa la violazione dell'obbligo di equiparare il trattamento sanzionatorio delle frodi che violano gli interessi finanziari dell'UE a quelle che pregiudicano gli interessi finanziari nazionali, dal momento che i reati fiscali, le truffe e l'associazione per delinquere derivante dall'art. 325, par. 2, TFUE sono soggetti a termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per il reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, lesivo dei soli interessi dello Stato italiano, malgrado tali fattispecie di reato abbiano una natura e gravità comparabile a quella dei reati comportanti evasione dell'IVA (terzo requisito).

[6] Legge 2 agosto 2008, n. 130, Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007.

[7] Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 7914/2016, udienza del 25 gennaio 2016 (depositata il 26 febbraio 2016) (in sèguito: Cassazione penale, sentenza n. 7914/2016), punto 7.2 del Considerato in diritto. Su questa pronuncia si rinvia a A. Galluccio, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, in *Penale contemporaneo*, 3 marzo 2016, reperibile *online*.

Nell'ordinanza di rinvio del 30 marzo[8], depositata l'8 luglio 2016, la Corte di Cassazione, sez. IV penale, non fa solo riferimento all'irretroattività della legge penale ma anche al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), al principio di divisione dei poteri tra potere legislativo e potere giudiziario (art. 101, co. 2, Cost.), alla funzione rieducativa della pena e ai principi di colpevolezza e di proporzionalità tra il delitto commesso e la pena imposta (art. 27, co. 3, Cost.) e, infine, alla clausola che legittima le limitazioni della sovranità derivanti dall'appartenenza dell'Italia ad organizzazioni sovranazionali (art. 11 Cost.)[9]. Tali "parametri di costituzionalità", a suo giudizio, sarebbero "talmente avvinti al 'nucleo essenziale' della legalità da dover essere assunti in una considerazione sistematica e complessiva, consapevole degli intrecci, e non in una riduttiva prospettiva atomistica e parcellizzata"[10].

Alla Corte costituzionale spetterà, quindi, porre rimedio al caos giuridico scatenato dalla sentenza *Taricco*, una pronuncia sotto molti aspetti rivoluzionaria, nella quale la tutela dei principi fondamentali del diritto penale nazionale urta con il primato del diritto dell'Unione, lasciando presumere che la risoluzione di questo "conflitto" potrebbe segnare lo sviluppo o il declino del diritto penale europeo.

2. Malgrado la sentenza *Taricco* presenti aspetti alquanto controversi e che richiedono di essere chiariti, non si può dimenticare che non è la prima volta che la Corte di giustizia fa uso del suo *judicial activism*, imponendosi sugli Stati membri. Sin dall'inizio, infatti, la Corte di Lussemburgo è riuscita con la sua forza dirompente a dare una svolta al processo di integrazione europea e alla costruzione di un diritto penale comune, anticipando tendenze che sarebbero state successivamente recepite dai legislatori nazionali ed incorporate negli ordinamenti interni.

Basti ricordare che, inizialmente, i Trattati istitutivi della CE, in conformità alla teoria funzionalista, non facevano riferimento a una competenza della Comunità in materia penale né in generale a un sistema comune di cooperazione giudiziaria o di protezione dei diritti fondamentali. In questa prima fase del progetto europeo, il diritto penale si riteneva un ambito riservato agli ordinamenti nazionali. Gli Stati membri, infatti, ancora gelosi delle loro prerogative sovrane, considerate esclusive, non erano disposti a rinunciare alle loro attribuzioni[11]. Un primo intervento in questo

[8] Cassazione penale, sezione III, ordinanza n. 28346/2016, udienza del 30 marzo 2016 (depositata l'8 luglio 2016) (in sèguito: Cassazione penale, ordinanza n. 28346/2016).

[9] Nell'ordinanza n. 28346/2016, la Cassazione solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del TFUE, nella parte che impone di applicare l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, nella causa *Taricco* – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli articoli 160, co. 3, e 161, co. 2, c. p., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con gli articoli 3, 11, 25, co. 2, 27, co. 3, 101, co. 2, Cost.

[10] *Ivi*, punto 4.1 del Considerato in diritto.

[11] Sulla c.d. "europeizzazione" dello *ius puniendi* si veda: M. Delmas-Marty, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 543 ss.; K. Tiedemann, *L'europeizzazione del diritto penale*, *ivi*, 1998, p. 3 ss.; A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; Id., *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Note di un penalista*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, p. 551 ss.

ambito fu realizzato proprio dalla Corte di giustizia, la quale, consapevole del fatto che la costruzione di uno spazio economico europeo senza frontiere, in cui le merci, i capitali, i servizi e le persone possano circolare liberamente richiedeva una risposta a livello europeo, decise di favorire lo sviluppo di una cultura giudiziaria comune, di un patrimonio costituzionale condiviso, iniziando a colmare in via pretoria, nelle sue sentenze, il silenzio dei Trattati[12].

Tali tendenze giurisprudenziali, seppur viste inizialmente con sospetto e reticenza da parte degli Stati membri, perché troppo invasive, in quanto tendenti ad alterare il nucleo duro della sovranità statale, sono state progressivamente positivizzate dal legislatore europeo. In particolare, il Trattato di Lisbona, che ha soppresso la struttura in pilastri, ha finalmente attribuito alle istituzioni europee (Parlamento e Consiglio) la competenza ad adottare norme minime comuni in materia penale, che possono essere stabilite attraverso direttive, concernenti sia i principali aspetti del processo penale ed in particolare i diritti delle parti (art. 82 TFUE), sia gli elementi costitutivi del reato e le corrispondenti 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" (art. 83 TFUE). Tra le fattispecie di reato che l'UE è chiamata a disciplinare mediante lo strumento della direttiva si includono: il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti e di armi, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e quella organizzata. In tal modo, l'UE ha manifestato l'intenzione di dotarsi di un proprio modello di giustizia penale, di uno "statuto penal-processuale" equivalente e comparabile nei 28 Stati membri, di cui si possano avvalere sia i cittadini dell'UE sia gli stranieri che circolino nel suo territorio, che sia in grado di elaborare una risposta adeguata per far fronte alla circolazione della criminalità[13].

---

[12] La Corte di Lussemburgo, cauta ma inesorabile, dopo aver negato l'esistenza di una competenza penale dell'UE, già nella sentenza *Casati* (11 novembre 1981, causa C-203/80, punto 27), considerando che, in principio, la legislazione penale e le norme processuali penali sono competenza degli Stati membri, non esclude che in un momento determinato si possa affermare il contrario. Di lì a poco, nella sentenza c.d. del *Mais greco* (21 settembre 1989, causa C-68/88, *Commissione* c. *Grecia*, punti 24 e 25; in sèguito: sentenza *Commissione* c. *Grecia*) afferma l'esistenza di obblighi di tutela, estendendo il principio di equivalenza anche all'ambito penale, e nella sentenza *Maurin* (13 giugno 1996, causa C-144/95) riconosce implicitamente la propria competenza a pronunciarsi su un'eventuale violazione dei principi relativi alla tutela dei diritti della difesa e al rispetto del contraddittorio da parte di norme di procedura che si applicano alle infrazioni ad una normativa nazionale riconducibili al campo di applicazione del diritto (allora) comunitario. Infine, nella sentenza *Pupino* (16 giugno 2005, causa C-105/03, punto 61 e nelle sentenze *Commissione* c. *Consiglio* (13 settembre 2005, C-176/03), e *Commissione* c. *Consiglio* (23 ottobre 2007, causa C-440/05), di poco successive, la Corte di giustizia definisce il fondamento giuridico della competenza in materia penale della Comunità e la distribuzione di attribuzioni in questo ambito tra il primo e il terzo pilastro, promuovendo la progressiva comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria in materia penale e l'armonizzazione del diritto penale.

[13] Sullo spazio europeo di giustizia penale si rinvia a: E. Aprile, F. Spiezia, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009; Mª. P. Calderón Cuadrado, J. L. Iglesias Buhigues (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*: *avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Cizur Menor, 2009; C. Arangüena Fanego (coord.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*: *últimos avances en cooperación judicial*

Il Trattato di Lisbona non mette in discussione il ruolo degli Stati membri in materia penale ma ammette che la loro potestà decisionale possa essere limitata dall'UE, quando sia necessario, per rafforzare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri in un clima di reciproca fiducia, contribuendo a ridurre le distanze tra i diversi sistemi di giustizia penale e a ravvicinare le legislazioni processuali degli Stati membri (art. 5, par. 3, TUE).

Le direttive in materia penale rappresentano, senza dubbio, un importante passo in avanti nel cammino verso l'adozione di standard europei comuni. Stabilendo un "modello minimo", l'UE cerca di favorire una regolamentazione ed applicazione uniforme del diritto alla tutela giudiziaria effettiva e ad un processo equo nei suoi Stati membri, favorendo la costruzione di uno spazio europeo di giustizia penale.

In questa cornice, da una parte, il legislatore europeo è chiamato a rispettare le tradizioni e i sistemi giuridici degli Stati membri (art. 82, par. 2, co. 1, ult. periodo, TFUE), dal momento che non si può imporre "un sistema processuale unico"[14]; dall'altra gli Stati membri, malgrado sia necessario mantenere le differenze esistenti tra i distinti sistemi processuali statali, dovranno adeguarsi ai principi fondamentali dell'UE, a pena di invalidità, essendo responsabilità dei giudici nazionali, in caso di dubbio, sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. L'interpretazione di queste direttive nell'ambito delle questioni pregiudiziali, così come dei procedimenti di infrazione, contribuirà a definire e specificare il contenuto essenziale e la portata dei diritti delle persone coinvolte in un processo penale, permettendo alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi su un ambito prima riservato alla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU).

In virtù di quanto disposto nel Trattato di Lisbona, pertanto, discende un obbligo di tutela da parte degli Stati membri, che richiede l'intervento sia del legislatore nazionale, il quale dovrà trasporre e recepire tali atti nel proprio ordinamento interno, sia dei giudici, i quali dovranno rispettare il principio dell'interpretazione conforme. Sebbene gli Stati membri continuino a mantenere il monopolio dello *ius puniendi*, essendo competenti in via esclusiva a giudicare e ad imporre, se opportuno, sanzioni di carattere penale, l'attribuzione di una competenza espressa all'UE in questo ambito ha determinato il trasferimento della funzione e della responsabilità di garantire i diritti fondamentali dagli Stati all'Unione.

La sentenza *Taricco* si inserisce appieno in questo complesso mosaico, costituendo un nuovo tassello, che, alla fine dei conti e, malgrado le critiche che si possono muovere, non deve stupire più di tanto. Si tratta di un nuovo intervento della Corte di giustizia non solo e non tanto rivolto a proteggere gli interessi finanziari dell'UE ma, altresì, a ribadire agli Stati membri che le loro scelte di politica criminale non sono più libere ed autonome come prima e che, pertanto, sono condizionate dal diritto dell'Unione.

In questa pronuncia, la Corte di Lussemburgo valuta la compatibilità della normativa italiana con quella dell'Unione, a partire da un'interpretazione sistematica,

penal, Valladolid, 2010; Id., *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada, 2011; M. Jimeno Bulnes, *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Madrid, 2011; R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015.

[14] Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 7 maggio 2015, causa C-216/14, *Covaci*, punto 34.

considerando quali parametri normativi di riferimento la direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto[15], l'art. 4, par. 3, TUE che sancisce l'obbligo di leale collaborazione e l'art. 325 TFUE che riconosce il dovere di protezione degli interessi finanziari dell'UE mediante la lotta alle frodi[16].

Le sanzioni per frode fiscale – come affermato nella sentenza *Fransson*[17] – rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE. L'IVA sarebbe, infatti, un settore parzialmente armonizzato, in relazione al quale le autorità e i giudici nazionali possono adottare i propri standard purché tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (la Carta), come interpretata dalla Corte di giustizia, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione[18]. Un regime sanzionatorio che combatta in modo effettivo le violazioni del diritto dell'Unione nel settore dell'IVA riveste particolare importanza poiché non è solo funzionale alla parità di trattamento di tutte le imprese operanti sul mercato interno ma anche è inteso a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, delle cui risorse fa parte una quota dell'IVA riscossa dagli Stati membri[19]. Sussiste, pertanto, un nesso diretto tra la riscossione del gettito di tale imposta nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna dei sistemi nazionali nell'esazione di questo tributo determina una riduzione del gettito delle seconde[20].

Anche se gli Stati sono liberi di scegliere le sanzioni applicabili, le quali possono assumere carattere amministrativo, penale o misto, per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione, in conformità al principio di leale cooperazione, devono anche prevedere sanzioni penali per combattere in modo effettivo, dissuasivo e proporzionato determinate ipotesi

---

15 Direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto.

16 Secondo l'art. 325 TFUE "[l]'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure" "che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione" (primo paragrafo). Tali misure dovranno garantire che il sistema di protezione istituito per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'UE sia equivalente a quello degli Stati membri (secondo paragrafo). Questa disposizione, malgrado non fosse stata invocata dal giudice del rinvio, era stata abilmente introdotta nelle conclusioni dall'Avvocato generale Kokott, in quanto considerata determinante per risolvere il rinvio pregiudiziale (conclusioni *Taricco*, punti 74 ss.). Su questo punto, si rinvia a C. Amalfitano, *op. cit*., p. 2; e F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva?*, cit., p. 3. Secondo quest'ultimo A., "[n]elle proprie conclusioni presentate lo scorso aprile, l'Avvocato generale Kokott passa rapidamente in rassegna le disposizioni di diritto dell'Unione invocate dal giudice del rinvio, mostrandone la radicale irrilevanza rispetto alla sostanza della questione prospettata; ma, lungi dal liquidare a questo punto come infondata la domanda del giudice italiano, *la riformula* abilmente riducendola ai suoi termini essenziali, individuandone altresì i corretti fondamenti normativi".

17 Sentenza della Corte di giustizia UE del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Fransson*, punti 27-29 (in sèguito: sentenza *Fransson*).

18 Sentenza della Corte di giustizia UE del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punto 60 (in sèguito: sentenza *Melloni*).

19 Conclusioni *Taricco*, punto 83.

20 Sentenza *Fransson*, punto 26.

di gravi frodi in materia di IVA[21], nonché punirle sia sotto il profilo sostanziale sia sotto quello procedurale, almeno in forme analoghe a quelle previste per fattispecie di reato simili per natura e importanza, in conformità ai principi di effettività e di equivalenza.

Dal principio strutturale di leale cooperazione discende sia per l'Unione sia per gli Stati membri un dovere di rispetto e assistenza reciproca, in virtù del quale gli Stati adottano ogni misura di carattere generale o particolare idonea ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o dagli atti delle istituzioni dell'UE.

Da questo principio, elaborato inizialmente in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia, che lo ricavò dall'art. 10 TCE, e solo successivamente inserito nell'art. 4, par. 3, TUE, si è dedotto un obbligo specifico in capo agli Stati membri di rispettare gli obblighi "verticali" derivanti dall'appartenenza all'UE in modo da assicurare un'interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione che permetta di raggiungere il c.d. effetto utile. Infatti, in quella che può essere considerata una tendenza all'"integrazione positiva"[22] e al riconoscimento di obblighi positivi nel settore del diritto penale, la stessa Corte di Lussemburgo ha dichiarato, sin dalla nota sentenza del *Mais greco*, che, anche "qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione o che rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali", gli Stati membri possono essere tenuti, per effetto dell'obbligo generale ad essi incombente in forza dell'art. 10 TCE, ad "adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario"[23]. In tal modo, si intende garantire che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, "sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva"[24].

Per quanto riguarda in modo più specifico la protezione degli interessi finanziari dell'UE, il fondamento del dovere di leale collaborazione si rinviene anche nell'art. 2 della c.d. Convenzione PIF[25], il quale prevede un obbligo specifico in capo agli Stati membri di sanzionare penalmente le irregolarità nel settore dell'IVA[26].

Pertanto, la normativa italiana in materia di prescrizione, in particolare quella relativa all'istituto dell'interruzione e ai termini massimi previsti, sarebbe incompatibile con il principio fondamentale del dovere di leale cooperazione proprio perché incapace di tutelare in modo sufficientemente adeguato gli interessi finanziari dell'UE.

Una volta constatata l'incompatibilità della normativa italiana sui termini prescrizionali del reato con il diritto dell'UE, la Corte di giustizia afferma che spetta al giudice comune disapplicarla, dando piena efficacia all'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, in due ipotesi: la prima, quando tali disposizioni, in quanto inefficaci, impediscano allo Stato membro di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole

---

21 *Ivi*, punto 34; e sentenza *Taricco*, punto 39.

22 Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 28 giugno 2007, causa C-440/05, *Commissione* c. *Consiglio*, punto 76.

23 Sentenza *Commissione* c. *Grecia*, punti 23 e 24.

24 *Ibidem*.

25 Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

26 Conclusioni *Taricco*, punti 92-105.

di casi di frode grave che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione europea; la seconda, quando, in contrasto con il principio della tutela equivalente, si prevedano termini di prescrizione più lunghi per i casi di frode fiscale lesivi degli interessi finanziari nazionali di quelli che compromettono gli interessi finanziari dell'Unione, dando luogo a una disparità di trattamento. La disapplicazione di tali disposizioni, in virtù del primato del diritto dell'UE, si realizzerà *ipso iure*[27] senza che il giudice nazionale "debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale"[28].

L'utilizzazione dell'art. 325 TFUE in qualità di parametro di legittimità tende a rafforzare, soprattutto da un punto di vista giuridico, la sua funzione nella costruzione di un diritto penale europeo e, più in generale, la portata della competenza dell'UE in questo ambito. Da questa norma di diritto primario, dotata di efficacia diretta, discenderebbe un obbligo di risultato preciso e incondizionato per gli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive, nonché l'obbligo di adottare le stesse misure per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione e di quelli nazionali (principio di assimilazione)[29].

Infatti, mentre gli articoli 82 e 83 TFUE istituiscono una competenza dell'UE in materia penale, che si concretizza mediante l'adozione di direttive europee e il loro recepimento negli Stati membri, l'art. 325 TFUE, non specificando la forma di tali atti legislativi, stabilisce, sebbene solo in modo implicito, una competenza[30], che potrebbe essere esercitata anche mediante regolamenti, fonte normativa direttamente applicabile negli Stati membri, prevedendo gli elementi costitutivi della fattispecie di reato e le relative sanzioni. In questo senso, l'art. 325 TFUE, così come interpretato dalla Corte di giustizia, potrebbe costituire, a tutti gli effetti, la base legale specifica idonea a concedere una protezione adeguata all'area degli interessi finanziari dell'UE[31], unificandola e imponendo una riformulazione della portata dello *ius puniendi* degli Stati membri e del principio di legalità dal punto di vista della garanzia sostanziale della riserva di legge. Mediante il rafforzamento della portata della disposizione *de qua*, la Corte di giustizia cerca di consolidare una competenza diretta in materia penale, obbligando gli Stati membri a riformulare in

---

27 Sentenza *Taricco*, punto 52.

28 Sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, 391/02 e 403/02, *Berlusconi e altri*, punto 72.

29 Sentenza *Taricco*, punto 50.

30 La potestà diretta dell'UE in materia penale è prevista anche nell'art. 86 TFUE in relazione alla Procura europea, la quale sarà competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e i loro complici ed eserciterà l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri. Al riguardo, si rinvia a L. Picotti, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura Europea*, in *Penale contemporaneo*, 2013, reperibile *online*; A. Venegoni, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cassazione penale*, 2015, p. 2442 ss.

31 In questo senso, si veda A. Venegoni, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Penale contemporaneo*, 29 ottobre 2015, reperibile *online*.

chiave europea la nozione interna del principio fondamentale del *nullum crimen sine previa lege poenali*. Il meccanismo degli effetti diretti legittimerebbe, infatti, la Corte di giustizia a sostituirsi al legislatore statale in materia penale, adottando al suo posto decisioni, che, in ogni caso, dovrebbero incontrare un limite nei principi supremi degli ordinamenti nazionali.

3. Sebbene, a prima vista, un intervento così incisivo possa sembrare un'intromissione nel diritto penale degli Stati membri, è opportuno contestualizzare questa vicenda. La sentenza *Taricco* rappresenta la risposta a una carenza strutturale dell'ordinamento italiano, che provoca la violazione reiterata e sistematica non solo degli interessi dell'erario italiano ma soprattutto di quelli dell'UE, garantendo una situazione di impunità di fatto, che priva "di conseguenze penali i reati commessi da operatori economici senza scrupoli"[32]. In tal modo, la Corte di giustizia ha inteso sopperire all'inerzia del legislatore, esortandolo a modificare finalmente quelle disposizioni in materia di prescrizione dei reati incompatibili con il diritto dell'Unione, in quanto incapaci di garantire in modo effettivo che le persone imputate non restino impunite semplicemente perché il giudice non ha avuto abbastanza tempo per pervenire ad una sentenza irrevocabile.

Mediante la qualificazione della prescrizione come un istituto di natura processuale[33], esterno alla fattispecie di reato[34], la Corte di Lussemburgo fa prevalere le esigenze di tutela degli interessi finanziari dell'Unione sul principio di legalità interno. Tale impostazione sarebbe giustificata, come sostiene la Corte di Cassazione nelle motivazioni della prima sentenza in cui dà esecuzione alla decisione *Taricco*[35], dalla circostanza che non esiste né nel diritto convenzionale né in quello dell'UE un diritto soggettivo che prevale sulla pretesa punitiva dello Stato, potendo, quindi, l'individuo essere sottoposto a termini di prescrizione non previsti al momento della commissione del fatto[36].

---

32 Sentenza *Taricco*, punto 27.

33 *Ivi*, punti 54-57.

34 *Ivi*, punto 56. Allo stesso modo, l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, afferma che "i requisiti attinenti alla legalità delle pene sono interamente soddisfatti, dal momento che la punibilità della condotta addebitata agli imputati e la pena massima e minima che la reprimono si evincono in maniera immutata dalla legge penale italiana" già vigente al momento della commissione dei reati (conclusioni *Taricco*, punto 117).

35 Cassazione penale, sentenza n. 2210/2016, punto 23 del Considerato in diritto. In questo senso, F. Viganò, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE*, cit. Secondo l'A., "l'esattezza dell'impostazione dell'Avvocato generale, secondo cui chi abbia commesso un reato previsto come tale al momento del fatto non ha alcun titolo a fare affidamento sulla propria futura impunità in seguito al trascorrere del lasso di tempo che allora il legislatore giudicava corrispondente al 'tempo dell'oblio'. Una tale valutazione può a mio avviso legittimamente mutare dopo la commissione del fatto, senza che il reo – correttamente informato della rilevanza penale del fatto e delle sue conseguenze al momento della commissione dello stesso – possa dolersi di alcunché".

36 Al contrario, la Cassazione penale, nell'ordinanza n. 28346/2016, punto 4.3 del Considerato in diritto, afferma che nel caso in esame un'applicazione retroattiva (ai *fatti* commessi prima della sentenza *Taricco*) del prolungamento dei termini massimi di prescrizione non comprometterebbe solo il diritto di difesa dell'imputato (art. 24 Cost.), che, legittimamente, e sulla base delle informazioni sui *presupposti della punibilità* vigenti al momento della scelta processuale, abbia deciso di non beneficiare dei vantaggi premiali connessi alla scelta dei riti alternativi, e, sulla base dei *nuovi presupposti*, più sfavorevoli, non possa più esercitare le facoltà difensive riconosciutegli nella competente scansione procedimentale, ma altresì il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), per la disparità di trattamento con chi, in analoga

La Corte di giustizia cerca di giustificare la disapplicazione in *malam partem* della normativa in materia di prescrizione, affermando che non sarebbe contraria ai diritti degli imputati garantiti dall'art. 49 della Carta. Questa disposizione, la quale recepisce i principi di legalità e di proporzionalità in materia penale, prevede che nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale, nell'estensione riconosciutagli dalla giurisprudenza della Corte EDU, ai sensi dell'art. 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) (art. 52, par. 3, della Carta)[37].

In conformità a tali disposizioni, dalla disapplicazione della normativa italiana in materia di termini prescrizionali non deriverebbe una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, in quel momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano sottoposti alle medesime sanzioni penali attualmente previste[38].

Da parte sua, anche la Corte di Strasburgo, a partire dalla sentenza *Coëme e altri* c. *Belgio*[39], ha affermato che l'istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli viene attribuita dai diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 CEDU. Pertanto, sebbene un'applicazione *in malam partem* di tali termini potrebbe produrre effetti sfavorevoli nella sfera giuridica dell'imputato soprattutto in termini di certezza del diritto e di legittimo affidamento, non violerebbe il principio di legalità in materia penale.

Inoltre, poco prima della sentenza *Taricco*, ancorché in un contesto distinto, la Corte EDU, nel caso *Cestaro* (7 aprile 2015)[40], ha definito la normativa italiana in materia di prescrizione contraria agli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU, essendo suscettibile di ostacolare, se non impedire, la tutela giudiziaria effettiva. Nella summenzionata pronuncia la Corte EDU ha condannato lo Stato italiano per la prescrizione dei delitti commessi dai responsabili delle forze dell'ordine, accusati di aver inferto trattamenti disumani e degradanti vietati dall'art. 3 CEDU, in relazione ai fatti della scuola Diaz-Pertini in occasione del G8 di Genova nel 2001. Secondo la Corte EDU, la violazione degli obblighi procedurali derivanti dall'art. 3 CEDU non sarebbe imputabile alla negligenza o alle esitazioni dei giudici

situazione processuale, e nella consapevolezza dei *nuovi presupposti della punibilità* legati al prolungamento dei termini di prescrizione, è ancora in tempo per esercitare le facoltà difensive connesse alla scelta dei riti alternativi, ed ai conseguenti trattamenti sanzionatori premiali.

37 Un precedente si può rinvenire nella sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*, punto 29, in cui la Corte di giustizia era già pervenuta ad una soluzione *in malam partem* per il reo, suggerendo al giudice nazionale di applicare la nozione di rifiuto vigente al momento dei fatti oggetto del procedimento penale e non l'interpretazione autentica di tale concetto. A suo parere, "una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni". Ad ogni modo, in questo caso, non si sarebbe violato il principio di legalità, dal momento che la disciplina penale più sfavorevole vigente all'epoca della commissione del reato in esame fu successivamente modificata *in mitius*.

38 Sentenza *Taricco*, punto 56.

39 Corte EDU, sentenza del 22 giugno 2000, *Coëme e altri* c. *Belgio*, paragrafi 148 e 149.

40 Corte EDU, sentenza del 7 aprile 2015, *Cestaro* c. *Italia*.

nazionali ma alla legislazione penale inadeguata a sanzionare i crimini commessi e inidonea a procurare un effetto dissuasivo necessario per prevenire altre violazioni simili.

In particolare, la sentenza *Cestaro*, richiamando il caso *Alikaj e altri* c. *Italia* concernente la morte di un giovane albanese, ucciso dalla polizia a seguito di un inseguimento, considera che "l'applicazione della prescrizione rientra senza dubbio nella categoria delle 'misure' inammissibili" sotto il "profilo procedurale dell'art. 2 della Convenzione, in quanto ha avuto come effetto quello di impedire una condanna"[41]. In virtù di tali considerazioni, la Corte EDU sollecita il legislatore nazionale ad introdurre strumenti di tutela giuridica idonei nei confronti di coloro che abbiano commesso atti di tortura e altri trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU, esortando lo Stato italiano a prevedere l'imprescrittibilità di tali delitti. I fatti del G8, infatti, erano stati sanzionati con le pene minori previste dai reati di percosse, lesioni e violenza privata, che prevedono termini brevi di prescrizione, poiché nell'ordinamento italiano non esiste il reato di tortura.

Diversamente, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha affermato costantemente la natura sostanziale della prescrizione del reato[42], ribadendo che "il principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, co. 2, Cost. rende inammissibili pronunce il cui effetto possa essere quello di introdurre nuove fattispecie criminose, di estendere quelle esistenti a casi non previsti" o, comunque, "di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi"[43]. Di conseguenza, se il summenzionato istituto rappresenta uno degli elementi della fattispecie criminosa, "il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva"[44] ed esprime l'"interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato (…) l'allarme della coscienza comune, ed altresì reso difficile, a volte, l'acquisizione del materiale probatorio"[45]. In tal modo, si intende evitare eventuali abusi del potere legislativo contro il cittadino, impedendo che si colpiscano gli autori di fattispecie di reato già consumate, ma che non possono più essere puniti in modo adeguato secondo la legge del *tempus commissi delicti*.

4. A prescindere dalla natura sostanziale o processuale concessa all'istituto della prescrizione, sarebbe opportuno chiedersi se il caso *Taricco* sia un nuovo esempio del primato incondizionato del diritto dell'UE sull'autonomia processuale degli

41 *Ivi*, par. 225; Corte EDU, sentenza del 29 marzo 2011, *Alikaj e altri* c. *Italia*, par. 108. Per un commento al caso *Cestaro*, si rinvia ai seguenti studi: F. Viganò, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Penale contemporaneo*, 9 aprile 2015, reperibile *online*; F. Zacché, *Caso Cestaro c. Italia: dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo di introdurre il delitto di tortura*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 462 ss.

42 Corte costituzionale, sentenza n. 275/1990 del 23 maggio 1990.

43 A questo proposito, si vedano le seguenti sentenze: Corte costituzionale, sentenze n. 324/2008 del 30 luglio 2008 e n. 394/2006 dell'8 novembre 2006 e ordinanza n. 65/2008 del 10 marzo 2008.

44 Corte costituzionale, sentenza n. 393/2006 del 23 ottobre 2006, punto 4 del Considerato in diritto.

45 *Ibidem.*

Stati membri e dell'atteggiamento invasivo della Corte di giustizia o semplicemente un'ulteriore dimostrazione del ruolo di sempre maggior rilievo assunto dall'UE in materia penale. Per rispondere a questo quesito, a parere di chi scrive, bisogna considerare che nel caso di specie la Corte di giustizia ha cercato di far fronte, in modo simile alla Corte EDU nelle sentenze pilota, ad una deficienza sistematica della macchina giudiziaria italiana, a cui il legislatore, malgrado i vari tentativi intrapresi, non è ancora riuscito ad offrire una risposta soddisfacente. Ciononostante permangono dei dubbi sul suo *modus procedendi*, con particolare riguardo alla scarsa attenzione prestata nella sentenza ai diritti processuali delle persone imputate e all'ampio margine decisionale attribuito al giudice comune.

La Corte di giustizia, preoccupata solo di sottolineare l'importanza degli interessi finanziari dell'UE, si limita ad affermare in termini molto generici che "se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà, allo stesso tempo, assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale"[46]. Nel bilanciamento degli interessi in gioco (interessi finanziari dell'UE contro diritti processuali delle persone accusate), invece, sarebbe stato opportuno specificare anche gli effetti che la sentenza *Taricco* potrebbe produrre sui principi fondamentali della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost., art. 6 CEDU e art. 47 della Carta)[47] e della presunzione di innocenza (art. 27 Cost., art. 6, par. 2, CEDU e art. 48, par. 1, della Carta), i quali rischiano di soccombere dinanzi all'esercizio dello *ius puniendi* dello Stato.

Inoltre, la Corte di giustizia pare attribuire un ruolo troppo ampio al giudice comune. Questi, nel caso in cui ravvisi un contrasto tra il diritto interno e il diritto dell'UE, non colmabile neppure mediante l'interpretazione conforme[48], dovrà disapplicare *in malam partem* le disposizioni penali in questo ambito. La valutazione circa l'opportunità di procedere in tal senso dipende, tuttavia, da criteri (come quello dell'esistenza del "numero considerevole" e della "gravità delle frodi", senza specificare la soglia minima), che potrebbero rivelarsi, in determinate fattispecie, decisamente soggettivi e personali e contrari ai principi fondamentali del diritto penale.

Da una parte, il concetto del "numero considerevole" di casi di frode grave in cui la disciplina italiana si rivelerebbe inefficace pare richiedere una valutazione statistica che rischierebbe di assumere i connotati di una disciplina *ad hoc* per il singolo processo o il singolo imputato o gruppi di imputati, contraria al principio di uguaglianza, riconosciuto nell'art. 3 Cost.[49]. Dall'altra, la nozione di "frode grave" non chiarisce il suo ambito di applicazione, essendo possibile ricondurvi non solo le fattispecie che contengano il requisito della fraudolenza – come nel caso degli arti-

[46] Sentenza *Taricco*, punto 53.

[47] B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Penale contemporaneo*, 15 febbraio 2016, reperibile *online*.

[48] R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1, reperibile *online*.

[49] Cassazione penale, ordinanza n. 28346/2016, punto 4.6 del Considerato in diritto.

coli 2, 3 e 11 d.lgs. 74/2000[50] – ma anche quelle che, pur non richiamando espressamente tale connotato, siano dirette all'evasione dell'IVA[51]. Questa lettura sarebbe confermata da un'interpretazione sistematica dell'art. 325 TFUE, secondo il quale "[l]'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", con l'art. 1, par. 1, lett. b), della Convenzione PIF, che contiene la definizione di frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione in materia di entrate, includendovi "qualsiasi azione od omissione intenzionale" concernente l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale dell'Unione o dei bilanci da questa gestiti o per conto di essa.

La Corte di giustizia avrebbe dovuto delimitare in modo più rigoroso tali concetti. Tuttavia, non si può negare che sono generalmente casi in cui non è difficile constatare l'esistenza di tali requisiti, trattandosi di evasioni fiscali per milioni di euro, realizzate mediante complessi schemi fraudolenti come il meccanismo della "frode carosello" o delle vendite ad operatori muniti della c.d. "falsa lettera di intenti", che poi fatturano con IVA al vero acquirente, il quale potrebbe detrarre un importo che in realtà non versa.

Infine, non sono chiari né gli effetti dell'eventuale estensione della prescrizione né le situazioni in cui i giudici dovrebbero applicare la dottrina *Taricco*, contribuendo così ad alimentare il caos giuridico e il pericolo di interpretazioni discordanti. In relazione al primo quesito, infatti, sarebbe opportuno che la Corte costituzionale precisasse se l'eventuale estensione del periodo di prescrizione potrebbe contribuire a determinare il passaggio da una "situazione di impunità di fatto" a una "situazione di imprescrittibilità di fatto"[52], evidentemente lesiva del principio fondamentale della durata ragionevole del processo[53].

---

[50] Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'art. 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205. L'art. 2 del summenzionato decreto legge prevede la fattispecie della dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, l'art. 3 la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e l'art. 11 la sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte.

[51] Cassazione penale, ordinanza n. 28346/2016, punto 3.4 del Considerato in diritto.

[52] Secondo C. Amalfitano, *op. cit*., p. 5, non può "non notarsi come nel caso di specie non sembra configurabile una 'mera' proroga dei termini di prescrizione, quanto piuttosto una imprescrittibilità di fatto (...) dei reati contestati agli imputati. (...) E se forse l'impostazione della Corte di giustizia potrebbe essere condivisibile – in un'ottica funzionale alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione – qualora la prescrizione venisse intesa come garanzia solo 'oggettiva', che attesta il venire meno dell'interesse statale alla repressione di determinate fattispecie criminose, più difficile è da accogliere laddove si rilevi anche il suo *côté* di garanzia soggettiva, non assumendo alcun rilievo, nel bilanciamento di interessi effettuato dalla Corte di giustizia, l'interesse dell'imputato alla prevedibilità della sua effettiva punizione".

[53] Al riguardo, si rinvia alla sentenza n. 2210/2016 della Cassazione penale, punto 23 del Considerato in diritto. In relazione agli effetti della sentenza *Taricco* sull'ordinamento italiano, la Cassazione sostiene che la "disapplicazione non può provocare la reviviscenza di una norma anteriore (ossia, nella specie, il regime della prescrizione antecedente alle modifiche introdotte dalla legge 251/2005) (...) perché non incide sulla norma abrogatrice (e sull'effetto abrogativo). (...) Neppure può determinare la revoca della dichiarazione di estinzione del reato già intervenuta, perché il soggetto al quale l'autorità giurisdizionale abbia dichiarato estinto il reato acquisisce un diritto soggettivo che prevale sulle istanze punitive dello Stato". Infine, per quanto riguarda l'eventuale futura dichiarazione di estinzione che dipende dal meccanismo del combinato disposto degli articoli 160, co. 3, e 161, co. 2, c.p., queste norme devono essere disapplicate. In questo caso, infatti, "il soggetto non ha alcun diritto soggettivo che prevale sulla pretesa punitiva dello Stato,

L'eccessiva durata del processo penale a causa dell'inefficienza della macchina giudiziaria determina, altresì, la violazione del principio fondamentale della presunzione di innocenza, enunciato nell'art. 27, co. 2, Cost. Si tratta di un problema sistemico, rilevato anche dalla Corte EDU, che ha condannato più volte l'Italia per la violazione reiterata dell'art. 6, par. 1, CEDU[54]. Se l'ordinamento non riesce a garantire che il processo penale si realizzi in termini ragionevoli, neppure la pena svolge la sua funzione precipua. Con il trascorrere del tempo, da un lato, si affievoliscono le ragioni che giustificano l'imposizione della pena (prospettiva general-preventiva) e aumentano le difficoltà di ricostruzione probatoria del fatto, rendendo ancor più difficile per l'imputato coinvolto nel procedimento penale esercitare il diritto di difesa; dall'altro, le circostanze soggettive del presunto colpevole possono cambiare, risultando la sanzione penale sproporzionata alla fattispecie di reato commessa e, pertanto, inidonea alla rieducazione e risocializzazione del reo (prospettiva special-preventiva). In questo senso, l'istituto della prescrizione del reato costituisce per il presunto colpevole una garanzia contro l'irragionevole durata del processo e la pretesa punitiva dello Stato, impedendo che il processo possa prolungarsi oltremisura.

Per quanto riguarda poi le situazioni in cui i giudici dovrebbero applicare la dottrina *Taricco*, un'applicazione generalizzata di questa dottrina anche alle situazioni pregresse, vale a dire a quei casi in cui era già maturata la prescrizione prima dell'intervento della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, non solo sarebbe contraria alle indicazioni della giurisprudenza dell'Unione[55] ma soprattutto violerebbe i principi fondamentali del sistema penale italiano[56]. Tali casi, pertanto, dovrebbero essere risolti dalla Corte costituzionale con una pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza della situazione di quegli imputati per i quali alla data di pubblicazione della sentenza *Taricco* era già maturato il termine prescrizionale. Davanti a tali fattispecie, i giudici dovranno pronunciare una sentenza di assoluzione per non luogo a procedere. Una simile interpretazione assicurerebbe "la tenuta dei principi ispiratori del sistema penale nazionale"[57], *in primis* dell'art. 25, co. 2, Cost., e permetterebbe di garantire il rispetto del primato dell'ordinamento UE. Non può non ravvisarsi, infatti, "una sorta di 'diritto quesito' dell'imputato all'estinzione del reato per il quale fosse già intervenuto il termine di prescrizione, diritto che non

---

dovendo escludersi ogni violazione del diritto di difesa, perché non può assegnarsi alcun rilievo giuridico a tale aspettativa dell'imputato al maturarsi della prescrizione". Di conseguenza, per effetto della disapplicazione di tale normativa, anche nel caso di reati concernenti frodi gravi in materia IVA, in applicazione della normativa di cui all'art. 51, co. 3 *bis*, e 3 *quater*, c.p.p., "il termine ordinario di prescrizione (nel caso di specie, anni 6) ricomincerà da capo a decorrere dopo ogni atto interruttivo (nella specie, dall'ultimo, costituito dalla sentenza d'appello intervenuta in data 21/10/2014), come accade nei procedimenti attribuiti alla competenza della Procura distrettuale dove appunto già vige questa regola, senza essere vincolato dai limiti massimi stabiliti dal successivo art. 161 in maniera differenziata per delinquenti primari o recidivi".

54 Corte EDU, sentenza del 31 marzo 2009, *Simaldone* c. *Italia*, par. 36.

55 La Corte di giustizia e l'Avvocato generale sono stati chiari al riguardo. Sul punto si rinvia alla nota n. 4 di questo contributo.

56 A questo proposito, sarebbe interessante, come propone Viganò, distinguere i "singoli casi concreti a seconda che la prescrizione sia già maturata, ovvero il suo termine sia ancora pendente": F. Viganò, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE*, cit.

57 Cassazione penale, sentenza n. 7914/2016, punto 7.4 del Considerato in diritto.

appare pregiudicabile per effetto di una forma atipica di *ius superveniens* come quella introdotta dalla Corte lussemburghese con la più volte citata pronunzia"[58].

Il problema più spinoso si propone in relazione alle situazioni sorte prima della sentenza in commento e in attesa di sentenza definitiva, rispetto alle quali la persona imputata non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere l'intervento della Corte di giustizia. In questo caso la Corte costituzionale potrebbe applicare i controlimiti o elaborare una soluzione di compromesso con la Corte di giustizia, che la obbligherebbe a modificare la sua giurisprudenza costante, dichiarando l'inammissibilità di tali ipotesi, posto che durante il decorso del termine prescrizionale vi sarebbe una mera aspettativa in capo all'indagato/imputato alla maturazione della prescrizione e non un vero e proprio diritto soggettivo[59]. Non rientrando questa situazione nell'ambito di copertura dell'art. 25, co. 2, Cost., il legislatore sarebbe legittimato a modificare il regime prescrizionale, ampliandone i margini intertemporali. Secondo questa impostazione, l'esclusione della retroattività *in peius* avrebbe la sola finalità di assicurare al cittadino che rispetto al momento in cui è stata commessa la fattispecie di reato non si modifichino le disposizioni che definiscono l'*an* e il *quantum* della sanzione penale non anche quelle concernenti altri elementi, come l'interruzione della prescrizione, che potrebbero essere considerate come disposizioni processuali, alle quali si applicherebbe il criterio del *tempus regit actum*.

La possibilità di distinguere – come parte della dottrina propone[60] – la natura dell'istituto della prescrizione del reato (art. 157 c.p.) da quello dell'interruzione, attribuendo al primo carattere sostanziale (e, pertanto, la copertura costituzionale dell'art. 25, co. 2, Cost.) e al secondo processuale in ragione delle diverse finalità che perseguono, permetterebbe di superare il problema della presunta violazione del principio di legalità in materia penale. Da questo punto di vista, la prescrizione apparterrebbe al contenuto essenziale del *nullum crimen*, mentre l'interruzione sarebbe un mero elemento accessorio, che può essere limitato. In definitiva, il nucleo minimo del principio di legalità, che può assurgere al rango di controlimite, sarebbe costituito dal diritto a conoscere le condotte penalmente rilevanti (*an*) e le conseguenze che derivano dalla violazione di tali norme (*quantum*), assumendo come punto di riferimento il momento della commissione del fatto tipico.

Solo l'intervento della Corte costituzionale e, successivamente, del legislatore nazionale potrebbe meglio definire la portata della pronuncia della Corte di giusti-

---

58 *Ibidem*.

59 La Corte costituzionale nella sentenza n. 452/1999 del 4 dicembre ha affermato che non può assegnarsi alcun rilievo giuridico ad una sorta di aspettativa dell'imputato al maturarsi del tempo della prescrizione.

60 P. Faraguna, P. Perini, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *Penale contemporaneo*, 30 marzo 2016, reperibile *online*, p. 15 ss. Riguardo questa questione, secondo gli autori, attraverso la prospettata "scissione" tra natura giuridica della prescrizione e natura dell'interruzione si eviterebbe di arginare troppo l'ambito di applicazione della legalità nazionale. L'art. 157 c.p. continuerebbe ad avere natura sostanziale e sarebbe coperto dalla garanzia offerta dall'art. 25, co. 2, Cost. Diverso sarebbe, invece, il discorso per la disciplina dell'interruzione del termine prescrizionale, la cui funzione è quella di concedere un maggiore lasso di tempo per ovviare alle lungaggini del processo penale. Questo principio dovrebbe essere ricondotto nell'alveo delle disposizioni processuali, con la conseguenza che in caso di successione di norme si applicherebbe il criterio del *tempus regit actum.*

zia, modulandone gli effetti e definendo alcuni aspetti importanti destinati ad incidere sulla sua applicazione, e consentirebbe di raggiungere un punto di equilibrio tra le esigenze di accertamento del reato e la tutela dei diritti fondamentali del presunto colpevole, coinvolto nel processo penale. La soluzione di queste zone d'ombra risulta di grande importanza soprattutto se si considera che la dottrina *Taricco* potrebbe essere estesa anche ad altri settori, determinando la progressiva espansione della competenza dell'UE in materia penale.

5. Il caso *Taricco* ha reso ancor più evidente la necessità di trovare un punto di incontro tra la dimensione europea e la dimensione nazionale del principio di legalità in materia penale, tra primato del diritto dell'UE e diritti processuali costituzionalmente garantiti. La Corte costituzionale si trova, così, di fronte al difficile compito di decidere se conformarsi al *decisum* della Corte di giustizia o se opporsi al primato del diritto dell'UE, come ora richiedono non solo la Corte di Appello di Milano ma anche la Corte di Cassazione. Si dovrà solo attendere per vedere se l'interprete supremo della Costituzione utilizzerà davvero quest'"arma" anche contro l'Unione.

La Consulta già nella nota sentenza n. 238/2014[61], sull'esecuzione della pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012[62], riguardante le azioni di risarcimento promosse contro la Germania da cittadini italiani deportati e costretti ai lavori forzati tra il 1943 e il 1945, aveva considerato la norma internazionale consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati esteri in contrasto con il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) in quanto espressione della dignità umana (art. 2 Cost.). In questa pronuncia, la Corte costituzionale non solo si è opposta all'applicazione di una norma di diritto internazionale consuetudinario considerata lesiva di uno dei principi fondamentali dell'ordinamento statale ma ha finalmente elaborato una ricostruzione sistematica e giurisprudenziale di questa emblematica categoria, offrendone, per la prima volta, una definizione, nella quale cerca di includere la pluralità di ordinamenti che compongono il sistema (internazionale, europeo, concordatario e nazionale)[63]. A questo proposito, è interessante osservare che la Corte costituzionale ha ribadito che i principi supremi dell'assetto costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un "limite all'ingresso (…) delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma", in virtù dell'art. 10, co. 1, Cost.[64], ed operano come "'controlimiti' all'ingresso delle norme dell'Unione europea[65], oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei

---

[61] Su questa sentenza, si rinvia *ex multis* a: R. Dickmann, *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Federalismi*, 2014, n. 22, reperibile *online*; P. Faraguna, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum costituzionale*, 2 novembre 2014, reperibile *online*; A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta online*, 2014, reperibile *online*; R. Calvano, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *Federalismi*, 2016, n. 1, reperibile *online*.

[62] CIG, Judgment of 3 February 2012, *Jurisdictional immunities of the State*, *Germany* v. *Italy.*

[63] Corte costituzionale, sentenza n. 238/2014 del 22 ottobre 2014, punto 3.2 del Considerato in diritto.

[64] Corte costituzionale, sentenze n. 48/1979 del 12 giugno e n. 73/2001 del 19 marzo.

[65] *Ex plurimis*, Corte costituzionale, sentenze n. 183/1973 del 18 dicembre, n. 170/1984 del 5 giugno, n. 232/1989 del 13 aprile, n. 168/1991 dell'8 aprile e n. 284/2007 del 4 luglio 2007.

Patti Lateranensi e del Concordato[66]". "Essi rappresenterebbero, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, i quali sarebbero, pertanto, sottratti anche alla revisione costituzionale" (articoli 138 e 139 Cost.)[67]. In questo senso, tali principi supremi dell'ordinamento costituzionale sarebbero dotati di un valore superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale.

La Consulta ha ravvisato il fondamento costituzionale del primato del diritto sovranazionale in relazione alle materie di competenza dell'UE nell'art. 11 Cost., dal quale ha dedotto altresì l'esistenza dei cosiddetti "controlimiti". Secondo questa disposizione, "l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni", promuovendo e favorendo le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo, al fine di "definire l'apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale"[68]. Tuttavia, siffatte limitazioni non possono permettere agli organi dell'Unione di violare i principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali interni o i diritti inalienabili della persona umana. In tale ipotesi, la Corte costituzionale sarebbe legittimata ad intervenire, sindacando sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali[69].

Per quanto riguarda le ricadute interne della sentenza *Taricco*, se la Corte costituzionale decidesse di applicare i controlimiti favorirebbe lo sviluppo di un circolo vizioso che alimenterebbe il disordine giudiziale e pregiudicherebbe il primato del diritto dell'UE e la sua effettività, compromettendo l'evoluzione del processo di integrazione e del dialogo tra le Corti. Sebbene questa possa sembrare la soluzione più scontata, è forse quella che comporterebbe i maggiori "costi" per l'Italia e per l'intera UE[70].

Nel contesto attuale, nel quale alla crisi dell'euro e della *multilevel governance*, aggravata dal risultato negativo del referendum sul *Brexit* e dai relativi effetti sul

---

66 Corte costituzionale, sentenze n. 18/1982 del 22 gennaio, n. 32, n. 31 e n. 30/1971 del 24 febbraio.

67 Corte costituzionale, sentenza n. 1146/1988 del 15 dicembre.

68 Corte costituzionale, sentenza n. 183/1973 del 18 dicembre, punto 5 del Considerato in diritto.

69 *Ivi*, punto 9 del Considerato in diritto; e Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 1984 del 5 giugno, punto 7 del Considerato in diritto. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 114 ss.

70 Realizza un'efficace ed esaustiva analisi dei "costi" di una decisione in questo senso F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 4 ss. Per converso, M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, reperibile *online*, pp. 17 e 18, afferma: "Al di là di eventuali ostacoli processuali, vi sono tutte le condizioni perché il vento cambi: a) siamo a un punto bassissimo del consenso nei confronti del progetto di integrazione europea, che può essere risollevato solo imprimendo una sterzata al perdurante economicismo dell'Unione, novellamente palesatosi in Taricco; b) la sentenza violativa dei controlimiti è talmente discutibile che opporvisi sarebbe semplicemente un atto di civiltà giuridica; c) la Corte di giustizia non ha mostrato la minima considerazione per la Corte costituzionale italiana, la quale, non foss'altro per tutelare la propria dignità, potrebbe e dovrebbe reagire; d) vera l'interpretazione dell'art. 4.2 del TUE che sopra si è avanzata, la Corte costituzionale non dovrebbe temere di innescare una 'guerra' con la Corte di giustizia, per la semplice ragione che anche ai sensi di un diritto europeo rettamente interpretato è sua competenza la determinazione dei tratti identitari del nostro ordinamento: chi vorrebbe tenere i controlimiti sempre in soffitta agita lo spauracchio di chissà quali catastrofi, ma una Corte costituzionale autorevole come la nostra non ha motivo di farsene spaventare. Le ragioni della tutela dei diritti della persona e la 'ragion di Stato', per una volta, coincidono e, unite, cospirano nel senso della cancellazione della grave anomalia che la sentenza della Corte di giustizia ha determinato".

processo d'integrazione europea, si aggiungono la crisi umanitaria dei rifugiati, che ha messo in discussione il sistema di Schengen, e la crisi della politica europea di difesa e sicurezza con la minaccia del terrorismo, occorrerebbe instaurare una relazione di collaborazione e di cooperazione forte da parte degli Stati membri con il massimo organo giurisdizionale dell'Unione. Se la Corte costituzionale opponesse ora i controlimiti contribuirebbe ad aggravare questa situazione, già di per sé insostenibile, incentivando il pericolo di "disintegrazione"[71] e distruggendo le *chance* di cui l'Unione ancora dispone per uscire da questa situazione di *impasse*. L'UE sarebbe a questo punto davvero "perduta"[72] e il sogno europeo sarebbe destinato ad infrangersi.

D'altro canto, nel caso in cui la Consulta decidesse di non usare quest'arma, conformandosi alla posizione della Corte di giustizia, non dovrebbe accettare passivamente la sentenza *Taricco*[73], limitandosi a riconoscere la prescrizione dei reati come un istituto di diritto processuale, ma dovrebbe affrontare i nodi cruciali del caso sottopostole. L'attesa pronuncia è ancor più interessante se si pensa che si inserisce nella recente tendenza delle Corti costituzionali degli Stati membri ad invocare sempre più frequentemente i principi supremi dell'ordinamento nazionale, la quale è il risultato della sempre maggiore interazione che caratterizza la dimensione *multilevel* e della conseguente necessità di chiarire quali sono i principi fondamentali, costituenti il nucleo duro del patrimonio costituzionale nazionale e, soprattutto, fino a che punto l'UE possa incidervi.

Nel caso *Melloni*[74], ad esempio, il Tribunal constitucional spagnolo (TC)[75] non ha applicato l'art. 24(2) Cost. spagnola (CE) come controlimite ma ha solo ricordato alla Corte di giustizia l'esistenza di "limiti materiali all'integrazione europea",

---

71 J. Zielonka, *Disintegrazione. Come salvare l'Europa dall'Unione europea*, Roma, 2015.

72 G. Amato, E. Galli Della Loggia, *Europa perduta?*, Bologna, 2014.

73 La Corte di Cassazione nella prima sentenza in cui dà esecuzione alla dottrina *Taricco* si è limitata ad affermare che, a prescindere dalla natura sostanziale o procedurale della prescrizione, la disapplicazione nei processi in corso della normativa italiana in materia di prescrizione di reati non comporterebbe alcun contrasto con l'art. 25 Cost., non ravvisandosi un'applicazione retroattiva di norme penali incriminatrici sanzionatorie (Cassazione penale, sentenza n. 2210/2016, punto 20 del Considerato in diritto).

74 Sulla "saga" *Melloni*, *ex multis*: A. Tinsley, *Note on the Reference in Case C-399/11 Melloni*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2012, p. 19 ss.; C. Amalfitano, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali. Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Penale contemporaneo*, 4 luglio 2013, reperibile *online*; G. De Amicis, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, in *Forum costituzionale*, 5 maggio 2013, reperibile *online*; N. De Boer, *Addressing Rights Divergence under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1083 ss.; S. Manacorda, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Penale contemporaneo*, 17 maggio 2013, reperibile *online*; A. Ruggeri, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 399 ss.; V. Skouris, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 229 ss.; V. Faggiani, *Verso la definizione di uno "standard comune" di protezione del diritto a un processo equo (gli effetti della "sentenza Melloni" nello spazio europeo di giustizia penale)*, in *Federalismi*, 2014, n. 19, reperibile *online*; A. Torres Pérez, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 308 ss.

75 Il TC nella sentenza 26/2014 del 13 febbraio, sul caso *Melloni*, attraverso un *revirement* della sua giurisprudenza, modificò la dottrina sulle "violazioni indirette dei diritti fondamentali" in relazione al "contenuto assoluto" del diritto a un processo equo *ex* art. 24.2 CE, adottando un nuovo *standard* di tutela, conforme ai parametri europei, sebbene inferiore a quello garantito fino a quel momento

che potrebbe opporre al "primato incondizionato" del diritto UE qualora si produca un conflitto inconciliabile con la Costituzione tale da pregiudicare la sovranità del popolo spagnolo, le strutture fondamentali dello Stato e, in definitiva, l'ordine costituzionale[76]. La reazione del TC, il suo atteggiamento forse un po' ambiguo, che lo porta ad accettare anche se con un velato dissenso la risposta della Corte di Lussemburgo, era prevedibile ed anche comprensibile. La sentenza *Melloni*, infatti, non sosteneva solo un orientamento contrario a quello consolidato nella giurisprudenza del TC ma soprattutto ribadiva il ruolo della Corte di giustizia di massimo garante dei diritti fondamentali nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE. Arrendendosi al primato del diritto europeo, il TC ha inteso confermare la sua deferenza nei confronti dell'Unione, al fine di non pregiudicare la costruzione di uno spazio di giustizia comune. Ciononostante, se la Corte costituzionale adottasse una posizione simile a quella del TC, recependo *in toto* la pronuncia della Corte di Lussemburgo, lascerebbe insolute sia alcune delle principali questioni che presenta l'esecuzione da parte dei giudici comuni del caso *Taricco* sia il ruolo dei controlimiti nelle relazioni tra l'ordinamento costituzionale nazionale e quello dell'UE.

Diversamente, il IIº senato del BvR nella recente sentenza n. 2735/14 del 15 dicembre 2015[77], in cui ha realizzato, per la prima volta, il controllo del rispetto dell'identità costituzionale *ex* art. 4, par. 2, TUE, ha accolto il ricorso di un cittadino statunitense contro un mandato di arresto europeo esecutivo in Italia emesso in seguito ad una condanna in contumacia a trent'anni di reclusione. Secondo la Corte costituzionale tedesca, la protezione dei diritti inalienabili garantiti dalla Legge Fondamentale, i quali appartengono al nucleo duro del patrimonio costituzionale del popolo tedesco (art. 23, paragrafi 1 e 3, e art. 79, par. 3), prevale sull'applicazione del diritto dell'UE. Di conseguenza, il diritto fondamentale alla presunzione di innocenza non può essere soggetto né a revisione né ad alcuna limitazione in quanto espressione dell'inviolabilità della dignità della persona, prevista dall'art. 1 GG. Forte della sua tradizionale *auctoritas*, attraverso un'astuta manipolazione del diritto dell'UE, il BvG oppone lo standard di protezione sancito a livello nazionale, pervenendo ad una soluzione contraria a quella affermata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Melloni*. Si tratta di una nuova sfida del BvG, al fine di riaffermare la sua sfiducia nei confronti del primato del diritto dell'UE e il suo ruolo di garante ultimo dei diritti fondamentali nell'ambito interno.

---

nell'ordinamento spagnolo. Su questa sentenza si rinvia a V. Faggiani, *La sentenza Melloni: il Tribunal Constitucional si arrende al primato del diritto dell'UE*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 445 ss.

[76] Il TC nella sentenza 26/2014, *FJ* 3, richiama la *Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004*, *FJ* 2, affermando che "la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)".

[77] 2 BvR 2735/14, 15.12.2015. Al riguardo, si rinvia alla nota di N. Canestrini, *Questione di dignità? L'identità costituzionale degli Stati membri come controlimite al primato del diritto comunitario*, in *Camere penali*, 8 febbraio 2016, reperibile *online.*

Da un'analisi approfondita delle due vicende, si può scorgere, infatti, che mentre nel caso *Melloni*, il TC dovette cedere perché la condanna penale imposta con sentenza pronunciata in contumacia non violava il "contenuto assoluto" del diritto di difesa (art. 24(2) CE), anzi rispettava gli standard previsti nella decisione quadro sul mandato d'arresto[78], posto che l'assenza dell'accusato era stata decisa volontariamente e in modo inequivocabile e l'interessato era stato citato personalmente o comunque debitamente informato della data e del luogo del giudizio ed era stato difeso da un avvocato da lui scelto[79]; nel caso sottoposto al BvR pare, invece, che tali garanzie non fossero state rispettate, legittimando il giudice proprio in virtù di quanto disposto dal diritto dell'UE a non dare esecuzione al mandato d'arresto europeo.

La Corte costituzionale tedesca giustifica la sua posizione considerando che il diritto alla tutela giudiziaria effettiva costituisce dalla sentenza *Johnston*[80] un principio generale del diritto dell'UE, il quale include, ai sensi degli articoli 47 e 48 della Carta, il diritto di essere ascoltato in giudizio e di ottenere una decisione solo dopo che il giudice abbia potuto ascoltare le parti e valutato le prove pertinenti[81]. Tali garanzie, che devono essere interpretate in conformità alla clausola di standard minimo contenuta nell'art. 52, par. 3, della Carta, devono essere rispettate anche nell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo[82].

Una simile interpretazione, che sarebbe coerente con il diritto dell'UE, secondo la dottrina dell'"atto chiaro", non lascerebbe spazio a dubbi ragionevoli ed escluderebbe addirittura la necessità di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Pertanto, il giudice competente nel merito potrà verificare la possibilità per il condannato di potersi difendere, mediante la riapertura dell'istruttoria dinanzi all'Alta Corte Regionale di Düsseldorf (*Oberlandesgericht*), al fine di garantire la tutela dei diritti del ricorrente, stante l'impossibilità di una difesa effettiva secondo il diritto processuale italiano. In tal modo, il BvG, servendosi del diritto dell'UE, è riuscito ad elaborare una soluzione in grado di preservare lo standard nazionale di tutela costituzionalmente sancito e a ribadire il suo ruolo di garante ultimo dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento tedesco senza necessità di azionare i "principi supremi" dell'ordinamento[83].

---

78 Art. 4 *bis*, decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

79 Sentenza *Melloni*, punti 55-64.

80 Sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*, punto 19.

81 Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1998, causa C-221/97 P, *Schröder e Thamann* c. *Commissione*, punto 24.

82 2 BvR 2735/14, 98.

83 Nello stesso senso, F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 5. Secondo l'A., "[e]bbene, in questa occasione i giudici costituzionali tedeschi sono arrivati a un passo dall'azionare i controlimiti; ma, contrariamente a quanto insistentemente affermato da autorevole dottrina italiana, *in concreto non l'hanno fatto*, preferendo argomentare che – nel caso di specie – non vi era alcuna necessità di arrivare a tanto, posto che una retta interpretazione del diritto dell'Unione già consentiva ai giudici tedeschi di rifiutare la consegna del condannato alle autorità italiane, in nome della tutela dei diritti fondamentali del condannato".

Tornando alla vicenda *Taricco*, la Corte costituzionale non dovrebbe applicare i controlimiti, elaborando una soluzione contraria a quanto statuito dalla Corte di giustizia, la quale determinerebbe la dichiarazione di illegittimità costituzionale *in parte* della legge di ratifica del Trattato di Lisbona, ma dovrebbe cercare di chiarirne i profili problematici, a partire dai principi fondamentali del diritto costituzionale europeo, senza necessità di opporvisi[84], esortando il legislatore italiano a riformare urgentemente l'istituto della prescrizione. Una soluzione in questo senso contribuirebbe, altresì, a superare il conflitto creatosi tra la concezione della legalità in materia penale propria del diritto dell'UE e quella "nazionale" propria dell'ordinamento italiano, favorendone l'evoluzione, attraverso un'indiscutibile spinta all'armonizzazione.

In definitiva, al di là della risposta della Corte costituzionale, è evidente che questo caso mostra gli effetti espansivi del diritto UE sul diritto penale e, in particolare, della giurisprudenza della Corte di giustizia nella definizione sia della portata delle principali categorie del diritto penale sostanziale, sia delle garanzie processuali delle parti coinvolte nel procedimento penale. Tali ambiti, prima riservati al legislatore, in quanto appartenenti al nucleo duro della sovranità statale[85], hanno assunto progressivamente una nuova dimensione "sovranazionale", che ne ha imposto la riformulazione in chiave europea. In questa cornice, le Corti costituzionali nazionali potrebbero servirsi del potente strumento dei controlimiti per opporsi al primato incondizionato del diritto dell'UE, frenando la forza dirompente della Corte di Lussemburgo. Quest'arma, tuttavia, dovrebbe essere azionata con cautela, atteso che l'attivazione di essi potrebbe creare una frattura difficilmente ricucibile nel processo di integrazione europea. Alla Corte costituzionale, quindi, l'ardua sentenza sull'esecuzione del controverso caso *Taricco*, il quale pare destinato a segnare le sorti del diritto penale dell'UE.

---

[84] *Ivi*, p. 20. Al riguardo, afferma l'A.: "[l]o ripeto da tempo, ma mi rendo conto di essere rimasto ormai tra i pochi a sostenerlo: se davvero la preoccupazione sottostante alla difesa della sovranità statale in materia penale è quella di difendere i diritti fondamentali della persona (quelli veri: il diritto a un processo davvero 'equo'; il diritto a prevedere *an* e *quantum* della sanzione penale a fronte di norme o di interpretazioni giurisprudenziali dai contorni oscuri; il diritto a non subire un doppio processo, prima in sede 'amministrativa' e poi penale, per lo stesso fatto; ma anche il diritto delle vittime di fatti gravissimi di tortura o di *extraordinary renditions* ad ottenere giustizia), allora la nostra strada obbligata è di difenderli in Europa, e assieme all'Europa; non – come si invoca oggi – contro l'Europa. In una prospettiva, insomma, di sovranità condivisa con l'Europa in materia penale, sullo sfondo rappresentato da un quadro costituzionale europeo alla cui costruzione siamo chiamati tutti a contribuire; non già di difesa gelosa e puntuta dei nostri piccoli rimasugli di sovranità esclusiva".

[85] Secondo F. Rossi, *op. cit.*, pp. 1570 e 1571, "[d]etta sentenza sembra svelare la crisi sempre più profonda del 'mito' della sovranità nazionale in materia criminale e, soprattutto, la crescente incidenza esercitata dal diritto europeo su istituti di parte generale funzionali a garantire un'efficace, corretta ed uniforme attuazione di tale diritto a livello nazionale (e cioè, nel caso di specie, a tutelare in maniera effettiva, sufficientemente dissuasiva ed equivalente gli interessi finanziari dell'Unione)".

Abstract

European *Ius Puniendi* vs. Counter-limits. Reflections on the *Taricco* Case

The CJEU judgment in *Taricco* has opened a new backdrop of uncertainty in the dialogue between Courts, which undermined the role of national Criminal Law, setting off the immediate reaction of ordinary judges. Both the Milan Court of Appeal and the Court of Cassation have invoked to the Constitutional Court the application of counter-limits to the primacy of EU Law. The Constitutional Court should decide on the execution of this controversial case, which could mark the destiny of EU Criminal Law.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 533-556

Rossana Palladino*

Protezione delle finanze degli Stati membri e ridefinizione delle condizioni di esercizio delle libertà fondamentali

Sommario: 1. Premessa. – 2. Libertà "fondamentale" di circolazione e di soggiorno, parità di trattamento ed interpretazione restrittiva delle condizioni imposte dagli Stati membri nell'impostazione "tradizionale" della Corte di giustizia. – 3. Le condizioni economiche quali elementi a tutela dell'"interesse legittimo" a proteggere le finanze pubbliche degli Stati: l'esclusione di automatismi e la necessità di un "test di proporzionalità" ai fini della mancata concessione di benefici sociali. – 4. La sentenza *Dano*: l'utilizzo "rigido" delle deroghe alla parità di trattamento connesse ai cittadini economicamente non attivi. – 5. Cittadini in cerca di lavoro e (dis)parità di trattamento: l'abbandono espresso del "test di proporzionalità" rispetto alla situazione individuale e del riferimento alla cittadinanza quale "*status* fondamentale" dei cittadini dell'Unione europea. – 6. Il consolidamento della recente giurisprudenza nella sentenza *Commissione* c. *Regno Unito* del 14 giugno 2016 (C-308/14). – 7. La tutela delle finanze degli Stati da "interesse legittimo" ad "obiettivo" prevalente rispetto alla parità di trattamento tra cittadini europei? Alcune considerazioni conclusive sul nuovo assetto ermeneutico della Corte di giustizia.

1. Fattori quali la crisi economico-finanziaria, nonché la piena attribuzione del diritto alla libera circolazione ai cittadini di Stati membri dell'Unione europea (UE) di più recente adesione hanno determinato un netto irrigidimento delle politiche nazionali rispetto all'accesso ai sistemi di *welfare*, specie nei confronti di cittadini europei, provenienti da altri Stati membri, economicamente "non attivi". La gestione della "migrazione interna" all'Unione europea è così divenuta, negli ultimi anni, fattore di destabilizzazione che si associa alle ben note problematiche legate alla difficoltosa gestione della migrazione "esterna".

Quali i riflessi su quella che tradizionalmente è stata qualificata come "libertà fondamentale" alla circolazione e al soggiorno, nonché sull'altrettanto fondamentale diritto alla parità di trattamento, riconosciuti quali corollari della cittadinanza europea?

La libera circolazione, attualmente prevista dall'art. 21 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), rappresenta uno dei principi cardine sui quali è stato costruito sia il mercato unico europeo sia l'unione "politica", venutasi

* Ricercatore a t. d. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Salerno.

a delineare dal Trattato di Maastricht in poi, grazie anche ad un processo di costante potenziamento sorretto dall'azione interpretativa della Corte di giustizia dell'Unione europea. Nel ricollegare la libertà di circolazione, il diritto di soggiorno e la parità di trattamento direttamente allo *status* di cittadino europeo, pronunce come *Martínez Sala*, *Grzelczyk* e *Baumbast* sono in grado immediatamente di riecheggiare l'impianto di una giurisprudenza che si è consolidata nel tempo nella direzione dell'ampliamento dello spettro dei cittadini europei beneficiari di diritti in condizione di parità di trattamento, a fronte di una "compressione" dei fattori suscettibili di pregiudicarne il godimento.

Dalla giurisprudenza europea "tradizionale" prende le mosse il presente contributo, con l'obiettivo di tracciare gli *steps* di quello che va consolidandosi, a partire dalla sentenza *Dano* in poi, in relazione ai c.d. cittadini economicamente non attivi che soggiornino in uno Stato membro diverso dal proprio dopo aver fatto esercizio della libera circolazione, quale un "nuovo assetto" ermeneutico della Corte di giustizia.

Nel processo di "*escalation*" dell'"obiettivo" di tutela delle finanze pubbliche degli Stati, la libera circolazione e la parità di trattamento sono soggetti a forti ridimensionamenti che palesano una inversione del rapporto con le condizioni e deroghe ad essi apponibili, determinando una complessiva compressione della stessa cittadinanza europea quale "*status* fondamentale" dei cittadini dell'Unione.

Partendo da tali considerazioni, si tenterà di mettere in luce i principali elementi di criticità che sorreggono i *decisa* della Corte di giustizia – *in primis*, l'affievolimento di "autonomia" delle norme di diritto primario a fronte di un processo di "assorbimento" delle stesse da parte delle fonti di diritto derivato – che possono rappresentare, al tempo stesso, elementi di snodo per la futura "rivitalizzazione" di una giurisprudenza della Corte, attualmente particolarmente incline ad assecondare le misure "protezionistiche" adottate dagli Stati membri.

2. Tra i diritti caratterizzanti la cittadinanza europea, quello di "circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli altri Stati membri" – così come previsto dall'art. 21, par. 1, TFUE – riveste, nell'impianto dei Trattati, un ruolo particolarmente rilevante[1]. Quale primo diritto enunciato dall'art. 20, par. 2, TFUE, esso (specie il diritto di circolare liberamente) rappresenta il presupposto stesso per l'esercizio della maggior parte degli altri diritti ricollegabili alla cittadinanza europea che, per tale motivo, si è ritenuto configurasse una sorta di "cittadinanza interstatale"[2],

[1] Si veda M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Leiden, 2008; A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, 2008; M. C. Baruffi, I. Quadranti (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012; L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza – Libertà di circolazione – Concorrenza – Aiuti di Stato*, Milano, 2012, II ed., pp. 99 ss.; B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012; M. Condinanzi, *Art. 21 TFUE*, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed.; A. Lang, *Articolo 21 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed.; A. Adinolfi, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2015, IV ed., pp. 64 ss.

[2] Sul punto, si vedano le analisi svolte da C. Schönberger, *European Citizenship as Federal Citizenship. Some Citizenship Lessons of Comparative Federalism*, in *Revue européenne de droit public*,

essendo in grado, in linea generale, di conferire ai cittadini di uno Stato membro diritti negli *altri* Stati appartenenti all'Unione europea.

La stessa giurisprudenza europea ha sottolineato come la cittadinanza europea conferisca ad ogni cittadino un diritto "primario e individuale" a circolare e a soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri[3]. Ad esso è strettamente riconnesso il diritto di colui che liberamente circola e soggiorna nel territorio di un altro Stato membro ad ottenere parità di trattamento rispetto ai cittadini di suddetto Stato, in virtù dell'art. 18 TFUE che sancisce il divieto di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità[4].

Tuttavia, la formulazione dell'art. 21 TFUE non appare del tutto "univoca", atteso che all'enunciazione del "doppio" diritto di circolare e soggiornare liberamente segue la previsione per la quale sono fatte salve le "limitazioni" e le "condizioni" previste dagli stessi trattati e dalle disposizioni adottate in loro applicazione[5]. Il che vale a qualificare il diritto in parola quale non assoluto ma da esercitarsi nel rispetto dei limiti e delle condizioni che possono essere previste non solo dai Trattati ma anche dalle norme di diritto derivato.

Ciò non ha impedito che la Corte di giustizia ritenesse l'art. 21 TFUE, secondo l'attuale formulazione, quale produttivo di effetti diretti in capo ai singoli e, quindi invocabile innanzi alle autorità nazionali. Significativa, in tal senso, è la pronuncia *Baumbast* ove si è affermato che la norma primaria ha un'efficacia diretta, nel senso che il diritto in questione può essere esercitato in via giudiziaria ed essere tutelato dai giudici nazionali[6]. Nel caso di specie, pur affermando che il diritto di circolazione e di soggiorno è soggetto alle limitazioni e alle condizioni previste dai Trattati e dalla normativa emanata dalle istituzioni europee, la Corte di giustizia ha ritenuto che tale

---

2007, n. 1, p. 61, e Id., *Unionsbürger: Europasföderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tubingen, 2005. Da qui discendono anche il carattere "derivato" e "complementare" che il Trattato di Maastricht ha attribuito alla cittadinanza europea. Entrambi gli attributi sono valsi a definire la cittadinanza europea come forma di cittadinanza "duale", capace di riunire in sé due *status* tra loro collegati e inscindibilmente connessi. Cfr. V. Lippolis *Cittadinanza dell'Unione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 927. In seguito al Trattato di Lisbona, l'art. 20 TFUE utilizza un differente attributo, stabilendo non più che la cittadinanza "costituisce un complemento" di quella nazionale, ma che essa "si aggiunge alla cittadinanza nazionale". Sulle possibili implicazioni di tale novella e, in generale, sui connotati della cittadinanza europea, si vedano C. Morviducci, *I diritti dei cittadini dell'Unione europea*, Torino, 2014, II ed., e U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 113 ss. Per la prospettazione di un'"autonoma regolamentazione" della cittadinanza europea, si richiama E. Triggiani, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 435 ss., in particolare par. 8.

[3] Sentenze della Corte di giustizia del 7 ottobre 2010, causa C-162/09, *Lassal*, punto 29; del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCharty*, punto 27; del 21 dicembre 2011, cause riunite C-424 e 425/10, *Ziolkowski* e *Szeja*, punti 35-36; del 24 ottobre 2013, causa C-220/12, *Thiele Meneses*, punto 19.

[4] Per tutti, C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008.

[5] Secondo l'impostazione dei Trattati, le "limitazioni" alle libertà fondamentali sono riconducibili a tre ordini classici di fattori, ossia all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica (si vedano gli articoli 45, par. 3, 52, par. 1, e 65 TFUE, oltre che il capo VI della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri).

[6] Sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, sulla quale si veda A. Lang, *Libera circolazione delle persone in ipotesi atipiche*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, pp. 470-474.

diritto deriva direttamente dalla pertinente disposizione del Trattato; di conseguenza un cittadino che non benefici più nello Stato membro ospitante del diritto di soggiorno in qualità di lavoratore migrante, può beneficiarne in virtù dell'attuale art. 21 TFUE.

La pronuncia si inscrive in un *trend* giurisprudenziale – che fa capo alle note pronunce *Martínez Sala*[7] e *Grzelczyk*[8] – orientato alla valorizzazione delle norme di diritto primario relative alla cittadinanza europea, dal quale emerge che la libertà di circolazione, il diritto di soggiorno e alla parità di trattamento sono collegati direttamente allo *status* di cittadino europeo e che, in sostanza, lo svolgimento di un'attività lavorativa non rappresenta più condizione necessaria affinché un cittadino possa godere di tali diritti[9].

Nel primo caso, si è ritenuto che, nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario, non potesse essere discriminato il cittadino comunitario legalmente residente nello Stato membro ospitante (Germania), a prescindere dal riconoscimento dello *status* di lavoratore. Di conseguenza, è stato riconosciuto alla sig. Sala, in quanto cittadina dell'Unione europea non economicamente attiva, il diritto a beneficiare dell'indennità di educazione per il figlio in regime di parità di trattamento con i cittadini tedeschi[10]. Nella successiva sentenza *Grzelczyk*, la Corte di giustizia ha riconosciuto il diritto di uno studente francese ad ottenere il beneficio disposto dalla legge belga in favore dei soli studenti belgi (c.d. *minimex*), rilevando una discriminazione basata sulla cittadinanza. Il tutto evidenziando, attraverso una formula che sarà più volte ribadita, che lo "*status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri"[11] che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza, il medesimo trattamento giuridico.

Attraverso un'interpretazione consolidatasi nel tempo, la libertà di circolazione e di soggiorno è stata qualificata come "libertà fondamentale" garantita dai Trattati[12] che, in quanto tale, deve beneficiare di una interpretazione di tipo estensivo[13]. Anche in considerazione dell'art. 21, par. 2, TFUE che conferisce alle istituzioni europee la competenza ad adottare disposizioni "intese a facilitare l'esercizio" di tali diritti,

---

7 Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 1998, causa C-85/96, *Martínez Sala*.

8 Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*.

9 In tema, A. Tryfonidou, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, Oxford-Portland, 2016.

10 In considerazione del fatto che tale indennità era stata qualificata come "prestazione familiare" o "vantaggio sociale" ai sensi del regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori dipendenti e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, e del regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, all'epoca vigenti, e dunque rientranti nel campo di applicazione *ratione materiae* del Trattato. In tema, C. Tomuschat, Case C-85/96, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, Judgment of 12 May 1998, Full Court. [1998] ECR I-2691*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 449 ss.

11 Sentenza *Grzelczyk* , punto 31.

12 Tra le più recenti, sentenze della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, cause riunite C-523 e 585/11, *Prinz* e *Seeberger*, punto 25; *Thele Meneses*, punto 20; e del 24 ottobre 2013, causa C-275/12, *Elrick*, punto 20.

13 Sentenze della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu* e *Chen*, punto 31; del 23 marzo 2006, causa C-408/03, *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno del Belgio*, punto 40; dell'11 dicembre 2007, causa C-291/05, *Eind*, punto 43; *McCharty*, punto 32.

si è ritenuto, invece, che le "limitazioni" e le "condizioni" alle quali fa riferimento il par. 1 del medesimo articolo siano soggette ad una interpretazione restrittiva e applicate nel rispetto del diritto dell'Unione europea e, in particolare, del principio di proporzionalità[14].

Quest'ultima rappresenta, in linea generale, l'impostazione che ha sposato la Corte di giustizia sia antecedentemente[15] che successivamente[16] all'entrata in vigore della direttiva 2004/38[17], alla quale è stata affidata la disciplina delle modalità d'esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari.

Anche tramite il ricorso al principio dell'"effetto utile", la Corte di giustizia ha svolto un ruolo decisivo nel tutelare e nel potenziare il diritto alla libera circolazione e al soggiorno, censurando le misure nazionali che, seppure applicate senza discriminazioni sulla base della cittadinanza, siano idonee ad ostacolare l'esercizio delle libertà fondamentali oppure soltano a sfavorire o rendere "meno attraente"[18] la mobilità dei cittadini europei.

Attraverso alcune pronunce emblematiche, tale giurisprudenza è giunta, dunque, anche a censurare delle misure che potessero rilevare quale mere "dissuasioni" all'esercizio della libera circolazione, non solo da parte di cittadini europei economicamente attivi, ma anche da parte di coloro che non si muovono per scopi economici[19]. L'incompatibilità delle norme nazionali con le libertà fondamentali di circolazione e di soggiorno è stata ritenuta tale anche nelle ipotesi di dissuasioni meramente "potenziali" alle stesse, come risulta dalla pronuncia *Metock*[20] ove il *decisum* della

---

[14] "Tale duplice interpretazione giustificabile in base al principio che le eccezioni alle regole – e si tratta appunto delle regole fondamentali per il funzionamento del mercato comune – vanno interpretate restrittivamente, è chiaramente ispirata ad una sorta di *favor integrationis*". Cfr. L. S. Rossi, *I cittadini*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, 1, Torino, 2004, p. 100.

[15] Sentenze *Baumbast*, punto 91; *Zhu e Chen*, punto 32; *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno del Belgio*, punto 39.

[16] Sentenze della Corte di giustizia del 4 ottobre 2012, causa C-75/11, *Commissione europea* c. *Repubblica d'Austria*, punto 54; del 9 settembre 2013, causa C-140/12, *Brey*, punto 70.

[17] Sulla quale si veda L. Trifone, *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38/CE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2005, p. 7 ss.; C. Sanna, *La direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 1157 ss.; A. L. Sciacovelli, *La disciplina dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari*, in G. Carella, G. Cellamare, L. Garofalo, P. Gargiulo, G. Pizzolante, A. L. Sciacovelli, R. Di Chio, *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 1 ss.

[18] G. Caggiano, *La "filigrana del mercato" nello* status *di cittadino europeo*, in G. Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2016, II ed., p. 149.

[19] In tal senso, si veda, ad esempio, la sentenza *Prinz* e *Seeberger*, punti 31 e 32, ove la Corte ha ritenuto che un requisito di residenza triennale ininterrotta, come quello previsto dalla normativa tedesca, sebbene si applichi indistintamente ai cittadini tedeschi e agli altri cittadini dell'Unione, costituisce una restrizione al diritto di libera circolazione di soggiorno di cui godono tutti i cittadini dell'Unione per effetto dell'art. 21 TFUE. Un requisito di tal genere è tale da dissuadere i cittadini nazionali dall'esercizio della loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro, tenuto conto dell'incidenza che l'esercizio di tale libertà può avere sul diritto ai sussidi alla formazione.

[20] Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock*, ove, al punto 64, si è affermato che "l'impossibilità, per il cittadino dell'UE, di essere accompagnato dalla sua famiglia o

Corte appare in stretta correlazione con la netta messa in evidenza dell'obiettivo della direttiva 2004/38, consistente nel "facilitare l'esercizio del diritto primario e individuale di circolare e soggiornare liberamente"[21], come peraltro reiterato nella sentenza *Lassal* e in successive pronunce[22].

Si tratta di un impianto interpretativo che, come è evidente, nel suo complesso tende ad ampliare lo spettro dei cittadini europei beneficiari di diritti in condizione di parità di trattamento a fronte di una "compressione" dei fattori in grado di pregiudicarne il godimento e che, anche attraverso l'accentuata valorizzazione delle norme di diritto primario sulla cittadinanza, ha toccato uno dei suoi punti più elevati con la nota sentenza *Ruiz Zambrano* del 2012[23].

---

raggiunto dalla medesimo nello Stato membro ospitante potrebbe ledere la sua libertà di circolazione, dissuadendolo dall'esercitare i suoi diritti di ingresso e di soggiorno in questo Stato membro". Il caso inerisce ad un cittadino di Paese terzo raggiunto da un provvedimento di espulsione per soggiorno irregolare in uno Stato membro dell'UE. Sulla posizione di irregolarità e sul potere di espulsione delle autorità nazionali ha prevalso l'acquisizione successiva dello *status* di familiare di un cittadino europeo. Si segnala anche il rilievo assunto dalla tutela dei diritti fondamentali, atteso che la Corte muove dal presupposto che l'esercizio fruttuoso delle competenze europee in materia di libera circolazione delle persone presupponga che i cittadini siano autorizzati a condurre una "vita familiare normale". Siffatto presupposto è fondato sulla circostanza che tutti gli Stati membri dell'UE sono parti della CEDU, il cui art. 8 consacra "il rispetto della vita privata e familiare" (punto 79). Per ulteriori rilievi, sia consentito rinviare a R. Palladino, *L'interpretazione della direttiva n. 2004/38/CE sulla libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione europea ad opera della Corte di giustizia ed i riflessi nell'ordinamento italiano: commento alla sentenza* Metock, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, p. 471 ss. Sulla capacità, in diversi casi, delle libertà del mercato interno a "veicolare il rispetto dei diritti fondamentali", si rinvia a R. Mastroianni, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 319 ss.

21 Sentenza *Metock*, punto 82.

22 Nella sentenza *Lassal*, al punto 30, si è ribadito che la direttiva "mira ad agevolare l'esercizio del diritto primario e individuale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri che il Trattato conferisce direttamente ai cittadini dell'Unione e che il suo oggetto consiste, in particolare, nel rafforzare il citato diritto, di modo che detti cittadini non possono trarre diritti da questa direttiva in misura minore rispetto agli atti di diritto derivato che essa modifica o abroga". La Corte ha ulteriormente rilevato che, in considerazione del contesto e degli scopi perseguiti dalla direttiva 2004/38, le disposizioni della medesima non possono essere interpretate restrittivamente e, comunque, non devono essere private della loro efficacia pratica. Sulla base di tali premesse, essa ha ritenuto che, ai fini dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente (di cui all'art. 16, par. 1, della direttiva 2004/38) devono essere presi in considerazione soggiorni ininterrotti di cinque anni, conclusi prima della data di trasposizione della stessa, vale a dire il 30 aprile 2006, conformemente a strumenti di diritto dell'Unione antecedenti a tale data e che le assenze dallo Stato membro ospitante di durata inferiore a due anni consecutivi, verificatesi prima del 30 aprile 2006 e successivamente ad un periodo di soggiorno legale ininterrotto di cinque anni concluso prima di tale data, non sono tali da pregiudicare l'acquisizione del diritto di soggiorno permanente di cui al citato art. 16, n. 1. Analoga individuazione dell'obiettivo della direttiva 2004/38 è riscontrabile anche nelle sentenze *McCarthy*, punto 28; del 12 marzo 2014, causa C-456/12, *O.* c. *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* e *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* c. *B.*, punto 41; e *Brey*, punto 53.

23 Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*. Tra i numerosi commenti, si veda A. Adinolfi, *Diritto di soggiorno di cittadini di Stati terzi per rendere effettivo il diritto di soggiorno di cittadini dell'Unione nel loro Stato di cittadinanza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 467 ss.; M. E. Bartoloni, *Il caso* Ruiz-Zambrano*: la cittadinanza dell'Unione europea tra limiti per gli Stati membri e garanzie per i cittadini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 652 ss.; K. Hailbronner, D. Thym, *Court of Justice of the European Union: Case C-34/09,* Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm)*, Judgment of 8 March 2011*, in *Common Market*

Sviluppando l'*iter* argomentativo adottato nel precedente caso *Rottman*[24], nella sentenza *Ruiz Zambrano* i giudici di Lussemburgo hanno, infatti, ritenuto attribuibili diritti in capo ai familiari di un cittadino europeo a prescidere dalla circolazione (effettiva o potenziale) di quest'ultimo ma in connessione al solo *status* di cittadino soggiornante nell'Unione europea. Il tutto ricorrendo al concetto della non compromissione del "godimento reale ed effettivo" del "nucleo essenziale dei diritti" riconnessi allo *status* di cittadino europeo. Si tratta di un'elaborazione giurispruenziale che, sebbene ridimensionata da quella immediatamente successiva[25] che ne ha circoscritto la portata solo a "circostanze eccezionali", ha, in ogni caso, rafforzato la progressione verso l'attribuzione dei diritti legati alla cittadinanza quale "*status* fondamentale" dei cittadini degli Stati membri a prescindere dalla connotazione economica.

3. Nel contesto di un'Unione europea pervasa dalla crisi economico-finanziaria, si è registrato il sempre più frequente ricorso, da parte degli Stati membri, a misure volte a "salvaguardare" i propri interessi sovrani con implicazioni sulla emersione di trattamenti differenziati tra i propri cittadini ed i cittadini soggiornanti di altri Stati membri dell'Unione europea[26].

Sotto il profilo della compatibilità di tali misure con il diritto dell'Unione europea, esse hanno trovato giustificazione tramite il ricorso a quelle disposizioni contenute nella direttiva 2004/38 che delineano delle condizioni di tipo "economico" al fine di accordare alcuni diritti, nello Stato ospitante, ai cittadini di altri Stati membri che abbiano esercitato la libera circolazione delle persone, nell'ottica della garanzia del principio di non discriminazione.

In tal senso, rileva particolarmente l'art. 7 della direttiva citata che subordina il diritto di soggiorno, per un periodo superiore a tre mesi, nel territorio di un altro Stato membro, alla condizione che il soggetto interessato possegga la qualifica di lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante (lett. a)) oppure che disponga, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante (lett. b))[27].

Law Review, 2011, p. 1253 ss.; P. Mengozzi, *La sentenza* Zambrano*: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 417 ss. Sia consentito rinviare anche a R. Palladino, *Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, *ivi*, 2011, p. 331 ss.

[24] Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottman*.

[25] Oltre alla sentenza *McCarthy*, v. le sentenze della Corte di giustizia del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci*; dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Iida*; del 6 dicembre 2012, cause riunite C-356 e 357/11, *O.*, *S.* e *L.*; del 10 ottobre 2013, causa C-86/12, *Alopka.*

[26] Sulle connessioni tra crisi e sviluppi della cittadinanza europea, M. Martín Martínez, *New Developments on the Free Movement of Persons in the European Union in a Time of Crisis. Eroding the European Citizenship*, in J. Schmidt, C. Espugues, R. Arenas García (eds.), *EU Law after the Financial Crisis*, Cambridge, 2016, p. 263 ss.

[27] Oppure, sulla base delle successive lettere c) e d): di essere iscritto presso un istituto pubblico o privato, riconosciuto o finanziato dallo Stato membro ospitante in base alla sua legislazione o prassi amministrativa, per seguirvi a titolo principale un corso di studi inclusa una formazione professionale, di disporre di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di assicurare all'autorità nazionale competente, con una dichiarazione o con altro mezzo di sua scelta equivalente, di

Tali disposizioni sono venute in rilievo, ad esempio, in un'ipotesi concernente la mancata concessione dell'integrazione compensativa ad un cittadino tedesco (Brey) che, nonostante avesse ricevuto un attestato d'iscrizione, non soddisfaceva le condizioni per beneficiare del diritto di soggiorno legale per un periodo superiore a tre mesi nel territorio austriaco.

Giunta al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea, quest'ultima ha, in primo luogo, qualificato tale integrazione compensativa quale "prestazione speciale in danaro a carattere non contributivo" di cui agli articoli 3, par. 3, e 70 del regolamento 883/2004[28], specificando come in particolare l'art. 70 citato enunci una "norma di conflitto" il cui oggetto consiste, nel caso delle prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo, nel determinare la legislazione applicabile nonché l'istituzione tenuta al versamento delle prestazioni ivi indicate[29].

In altre parole, rileva l'obiettivo perseguito dall'art. 70 del regolamento 883/2004, che consiste non soltanto nell'evitare l'applicazione simultanea di diverse legislazioni nazionali e le complicazioni che possono derivarne, ma anche nell'impedire che le persone che ricadono nell'ambito di applicazione del regolamento non restino prive di tutela in materia previdenziale a causa dell'assenza di una legislazione che sia loro applicabile.

Peraltro, anche rivolgendo lo sguardo allo scopo e all'oggetto generale del regolamento 883/2004 emerge che esso non è finalizzato ad organizzare un regime comune di previdenza sociale – lasciando, al contrario, sussistere regimi nazionali distinti – e che è sorretto dall'unico scopo di assicurare un coordinamento tra questi ultimi. Di conseguenza, anche dall'impianto complessivo del regolamento, se ne ricava che le disposizioni particolari sopra richiamate non abbiano lo scopo di stabilire le condizioni sostanziali per l'esistenza del diritto alle prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo, essendo siffatta determinazione demandata alla legislazione dei singoli Stati membri.

È sulla base di una tale ricostruzione che la Corte di giustizia fa discendere l'affermazione della facoltà in capo agli Stati membri di subordinare la concessione di prestazioni sociali a cittadini dell'Unione economicamente inattivi al requisito che essi soddisfino le condizioni per disporre di un diritto di "soggiorno legale" nello Stato membro ospitante[30]. Essa rappresenta elemento che assumerà rilievo centrale anche nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia (e che sarà ulteriormente approfondito *infra*), unitamente all'operazione ermeneutica di "associazione" o "connessione" tra la nozione di "prestazione speciale in danaro a carattere non contributivo" contenuta nel regolamento 883/2004 con quella di "sistema di assi-

---

disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il suo periodo di soggiorno; oppure di essere un familiare che accompagna o raggiunge un cittadino dell'Unione rispondente alle condizioni di cui alle lettere a), b) o c).

[28] Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

[29] Sentenza *Brey*, sulla quale si veda H. Verschueren, *Free movement or benefit tourism: The unreasonable burden of* Brey, in *European Journal of Migration and Law*, 2014, p. 147 ss.

[30] In tal senso, sentenze *Martínez Sala*, punti 61-63; *Grzelczyk*, punti 32-33; del 7 settembre 2004, causa C-456/02, *Trojani,* punti 42-43; del 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, punto 37; del 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Förster*, punto 39.

stenza sociale" di cui all'art. 7, par. 1, lett. b) della direttiva 2004/38[31], che vale a legittimare le restrizioni da parte degli Stati circa la concessione di tali prestazioni a cittadini dell'Unione, qualora questi non posseggano o non posseggano più la qualità di lavoratore.

In linea con la sua precedente giurisprudenza, analizzata *supra* al par. 2, nella sentenza *Brey* la Corte di giustizia riconosce che il precipuo obiettivo della direttiva 2004/38 consiste nel facilitare e rafforzare l'esercizio del diritto fondamentale e individuale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri conferito direttamente a ogni cittadino dell'Unione dal Trattato, ma allo stesso tempo sottolinea che "essa mira anche a precisare, come emerge dal suo articolo 1, lettera a), le condizioni di esercizio di tale diritto", tra le quali figura, per quanto concerne i soggiorni di durata superiore a tre mesi, quella prevista dall'art. 7, par. 1, lett. b)[32].

Per quanto si dirà anche nei paragrafi successivi, non può sfuggire che la previsione di tale condizione è posta in correlazione con il 10° 'considerando' della direttiva 2004/38, che mira ad evitare che le persone economicamente non attive possano diventare un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante[33].

In altri termini, pur a fronte del riconoscimento della libertà di circolazione e di soggiorno quale "diritto fondamentale" riconnesso allo *status* di cittadino europeo, nel disciplinare le condizioni concrete di esercizio di tale diritto, gli Stati membri ben possono prevedere condizioni dettate anche dalla necessità di tutela delle "loro finanze pubbliche" che, nella sentenza *Brey*, la Corte di giustizia qualifica quale "interesse legittimo" degli Stati stessi, secondo una linea interpretativa già emersa nella pronuncia *Baumbast* ed in successive pronunce[34].

---

[31] Invero, la correlazione non si evince direttamente dal testo dei due atti che non recano un richiamo l'uno all'altro, tanto che siffatta impostazione è stata contestata dalla Commissione che ha sostenuto che, poiché l'integrazione compensativa costituisce una prestazione speciale in denaro a carattere non contributivo rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento 883/2004, essa non può essere considerata come una prestazione di "assistenza sociale" ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. b), della direttiva 2004/38. La Commissione fa leva anche sulla relazione afferente alla direttiva – proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, COM(2001)257 def. –, per evidenziare come le prestazioni d'"assistenza sociale" oggetto di tale disposizione sono quelle che attualmente non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento 883/2004. Tale interpretazione si ritiene confermata dal fatto che, secondo la relazione della Commissione, l'assistenza sociale ai sensi della direttiva 2004/38 comprende l'assistenza medica gratuita, specificamente esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento 883/2004 dall'art. 3, par. 5, dello stesso. Va, peraltro, rilevato, che al par. 74 delle conclusioni dell'Avvocato generale relative alla causa *Brey*, emerge che la versione in lingua tedesca dell'art. 7, par. 1, lett. b), della direttiva 2004/38, contrariamente alla maggior parte delle altre versioni linguistiche di tale disposizione, non risulta fare riferimento a un tale "sistema". Sul punto della connessione tra i due atti di diritto derivato si ritornerà più approfonditamente *infra*, ai paragrafi 6 e 7.

[32] Sentenza *Brey*, punto 53.

[33] Ciò trova affermazione anche nella sentenza *Ziolkowski* e *Szeja*, punto 40.

[34] Nella sentenza *Baumbast*, al punto 90, infatti, i giudici di Lussemburgo avevano precisato che "le limitazioni e le condizioni di cui all'art. 18 CE e previste dalla direttiva 90/364 si ispirano all'idea che l'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione può essere subordinato ai legittimi interessi degli Stati membri. A tal riguardo, si deve ricordare che dal quarto 'considerando' della direttiva 90/364 emerge che i beneficiari del diritto di soggiorno non devono divenire un onere 'eccessivo' per le

È, peraltro, in tale ottica che va anche inquadrato l'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38 che stabilisce una deroga al principio della parità di trattamento di cui beneficiano i cittadini dell'Unione diversi dai lavoratori subordinati o autonomi, dai soggetti che mantengano tale *status* e dai loro familiari, soggiornanti nel territorio di uno Stato membro ospitante, permettendo a quest'ultimo di non attribuire il diritto alle prestazioni di assistenza sociale, in particolare durante i primi tre mesi del soggiorno.

Nel fare utilizzo dell'impostazione "tradizionale" (delineata *supra* al par. 2) che regola il rapporto tra diritto fondamentale alla libera circolazione e al soggiorno e "condizioni" allo stesso, nella pronuncia *Brey* la Corte non manca di evidenziare i principi ai quali gli Stati devono uniformarsi nel valutare l'applicabilità della deroga alla concessione delle prestazioni in oggetto e, dunque, nella sostanza alla non discriminazione tra cittadini dell'Unione europea. In tal senso, il ricorso alla prestazione richiesta può rappresentare un mero "indizio" atto a dimostrare che il cittadino inattivo non disponga di risorse economiche sufficienti a evitare di divenire un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale di tale Stato, ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. b), della direttiva 2004/38[35]. Ciò, infatti, non esonera le autorità nazionali competenti a procedere ad una "valutazione globale dell'onere che, concretamente, la concessione di tale prestazione rappresenterebbe per il sistema nazionale di assistenza sociale nel suo complesso, a seconda delle circostanze individuali che caratterizzano la situazione dell'interessato"[36].

Pertanto, la Corte richiede una "valutazione globale dell'onere" che, in primo luogo, risulta essere imposta dalla formulazione dell'art. 7, lett. b) della direttiva che mette in correlazione la "sufficienza" delle risorse economiche del cittadino inattivo con l'"eccessività" dell'onere che ne discende a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante. In secondo luogo, rileva l'uniformazione della valutazione al rispetto del principio di proporzionalità, secondo una linea argomentativa che era già stata adottata nella pronuncia *Baumbast*, laddove si precisava che l'applicazione di "limitazioni" e "condizioni" deve essere operata "nel rispetto dei limiti imposti a tal riguardo dal diritto comunitario e in conformità ai principi generali del medesimo, in particolare al principio di proporzionalità"[37].

In altri termini, risulta escluso qualsivoglia tipo di "automatismo" determinato, ad esempio, dal ricorso stesso al beneficio della prestazione o dal superamento di soglie prefissate; al contrario, la decisione circa la mancata concessione del beneficio a cittadini inattivi deve essere preceduta da una valutazione "globale" che impone agli Stati membri di prendere in considerazione l'onere che la concessione della prestazione è in grado di determinare in concreto sul sistema nazionale di assistenza sociale.

4. L'impostazione sposata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Brey* e che, come si è visto, risulta essere nel suo complesso in linea con la giurisprudenza

finanze pubbliche dello Stato membro ospitante". Si vedano anche le sentenze *Zhu* e *Chen*, punto 32, e *Commissione europea* c. *Regno del Belgio*, punti 37 e 41.

35 V. anche sentenza *Trojani*, punti 35 e 36.

36 Cfr. sentenza *Brey*, punto 64.

37 Sentenza *Baumbast*, punto 91.

"tradizionale" della stessa Corte, ha rappresentato la base dalla quale hanno preso le mosse le linee ermeneutiche più recenti che originano da ulteriori questioni (sollevate tramite rinvii pregiudiziali di interpretazione o procedure di infrazione aperte dalla Commissione) relative a dinieghi di concessioni di prestazioni sociali da parte di Stati membri dell'UE nei confronti di differenti categorie di cittadini europei economicamente non attivi[38].

Il caso più noto (*Dano*) ha tratto origine dal diniego di prestazioni, da parte della Germania, in favore di cittadina rumena (e di suo figlio) – alla quale era stata rilasciata una carta di soggiorno di validità illimitata destinata ai cittadini dell'Unione – qualificate come "prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo" ai sensi dell'art. 70, par. 2, del regolamento 883/2004 e ritenute ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 4 del regolamento stesso.

Dalla questione ha tratto origine un rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia, finalizzato a sapere se la previsione di siffatta esclusione, determinante un regime discriminatorio tra i cittadini tedeschi e quelli (economicamente non attivi) di altri Stati membri, dovesse o meno essere considerato in contrasto con la normativa europea, nella specie con gli articoli 18 e 20, par. 2, TFUE, nonché con gli articoli 24, par. 2, della direttiva 2004/38 e 4 del regolamento 883/2004.

Con la relativa sentenza[39], la Corte di giustizia non si è, in primo luogo, sottratta dall'enfatizzare la qualificazione di "*status* fondamentale" da riconoscere allo *status* di cittadino europeo, in linea con l'ormai consolidata impostazione risalente alla "storica" sentenza *Grzelczyc*. Corollario imprescindibile è rappresentato dal principio di non discriminazione in base alla nazionalità che incontra un corrispondente divieto in capo agli Stati membri, così come sancito dall'art. 18 TFUE.

---

[38] In tema, S. Giubboni, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2013, p. 491 ss.; N. N. Shuibhne, *Limits Rising, Duties Ascending: The Changing Legal Shape of Union Citizenship*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 889 ss.; R. Rossolini, *L'assistenza sociale ai cittadini europei migranti economicamente inattivi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp. 125 ss.

[39] Sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2014, causa C-333/13, *Dano*, sulla quale F. Costamagna, *«Chi non lavora…». Alcune considerazioni su cittadinanza europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali a margine della sentenza* Dano, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2014, p. 368 ss.; A. Yong, *The Limits to Benefit Tourism: The Case of Elisabeta Dano v Jobcenter Leipzig*, in *Cyprus Human Rights Law Review*, 2014, n. 3, p. 217 ss.; M. E. Bartoloni, *La libera circolazione dei cittadini europei economicamente inattivi tra principio di non discriminazione e tutela dei sistemi nazionali di* welfare, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 474 ss.; D. Dumont, *Arrêt "Dano": fin du "tourisme social", ou de la citoyenneté européenne?*, in *Journal de droit européen*, 2015, n. 219, p. 196 ss.; M. Messina, *La Corte di giustizia UE si pronuncia, positivamente, nei confronti della normativa nazionale di uno Stato membro UE che esclude i cittadini economicamente inattivi di un altro Stato membro, che soggiornano nel proprio territorio, dall'accesso a talune prestazioni sociali a parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali dello Stato membro ospitante*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 1130, reperibile *online*; S. Peers, *Benefits for EU Citizens: A U-Turn by the Court of Justice*, in *The Cambridge Law Journal*, 2015, p. 195 ss.; L. Taschini, *Libera circolazione e protezione sociale: limiti all'accesso al* welfare system *per i cittadini europei. In margine alla sentenza* Dano *(causa C-333/13) della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2015, p. 579 ss.; D. Thym, *When Union Citizens Turn into Illegal Migrants: The* Dano *Case*, in *European Law Review*, 2015, p. 249 ss.

Pur tuttavia, particolare rilievo è stato accordato anche alle precisazioni contenute negli articoli 18 e 20, par. 2, co. 2, TFUE inerenti alla loro rispettiva sfera di applicazione *ratione materiae*. Il primo che fa riferimento ad un'applicazione "senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste", il secondo che fa riferimento alle "condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi". Allo stesso modo, anche il diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri è subordinato, ai sensi dell'art. 21, par. 1, TFUE, al rispetto delle "limitazioni e (…) condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi"[40].

La sottolineatura relativa all'ambito di applicazione degli articoli citati rappresenta un passaggio fondamentale nella pronuncia *Dano*, atteso che consente alla Corte di evidenziare il rapporto esistente tra le norme di diritto primario e quelle di diritto secondario che si pongono quali "precisazioni" rispetto alle prime. A tale tipo di schema è, in particolare, uniformato il rapporto tra l'art. 18 TFUE, che sancisce in termini generali il principio di non discriminazione, e l'art. 24 della direttiva 2004/38 con riguardo ai cittadini dell'Unione che esercitano la loro libertà di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri. Inoltre, il principio di non discriminazione trova precisazione anche nell'art. 4 del regolamento 883/2004 con riguardo ai cittadini dell'Unione che intendono avvalersi, nello Stato membro ospitante, delle prestazioni previste all'art. 70, par. 2, del regolamento stesso.

In tale contesto, al pari della sentenza *Brey*, riemerge la necessità di esaminare, al fine di rivendicare un trattamento pari a quello dei cittadini dello Stato membro ospitante, se i cittadini dell'Unione europea economicamente non attivi soddisfino i requisiti di cui all'art. 7, par. 1, lett. b), della direttiva 2004/38, che "mirano ad evitare che i cittadini dell'Unione economicamente inattivi utilizzino il sistema di protezione sociale dello Stato membro ospitante per finanziare il proprio sostentamento".

Pur tuttavia, in rottura rispetto alla precedente sentenza *Brey*, dalla sentenza *Dano* emergono profili di "novità" legati al tipo di accertamento e di valutazione connessi alla sussistenza del requisito di cui all'art. 7, par. 1, lett. b) della direttiva 2004/38.

Non può non evidenziarsi, infatti, che la Corte di giustizia concentri il suo ragionamento solo su una porzione della disposizione da ultimo citata, ossia quella relativa al possesso di "risorse economiche sufficienti", laddove si ricorda che la lettera dell'art. 7, par. 1, lett. b) della direttiva 2004/38 prosegue specificando la finalità di non divenire "un onere eccessivo a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno".

Una tale lettura, come è evidente, amplia il margine di discrezionalità degli Stati membri nel derogare all'applicazione del principio di parità di trattamento, atteso che l'unico elemento da valutare inerisce alla "sufficienza" delle risorse personali e non anche al concreto onere che deriva dall'erogazione del beneficio a carico dello Stato ospitante, nell'ottica di quella che la stessa Corte, nella pronuncia *Brey*, aveva qualificato come "valutazione globale" dell'onere stesso. Una valutazione che dovrebbe essere effettuata anche nel rispetto del principio di proporzionalità, come emerge non soltanto dalla precedente giurisprudenza europea ma anche

[40] In tal senso viene anche richiamata la sentenza *Brey*, punto 46, e la giurisprudenza *ivi* citata.

dagli orientamenti sulla migliore applicazione della direttiva 2004/38, forniti dalla Commissione nel 2009[41].

Merita, infatti, di essere sottolineata l'indicazione della Commissione alla luce della quale, "[n]el valutare se una persona le cui risorse economiche non possono più ritenersi sufficienti e a cui è stato concesso un sussidio minimo vitale è diventata un onere eccessivo, le autorità degli Stati membri devono procedere a un esame di proporzionalità. A tal fine gli Stati membri possono predisporre, ad esempio, uno schema a punti da usare come indicatore". La Commissione fa, peraltro, riferimento al 16° 'considerando' della direttiva 2004/38 al fine dell'individuazione di tre criteri precisi che dovrebbero guidare la valutazione, consistenti nella durata, nella situazione personale e nell'importo.

Da un punto di vista più teorico, facendo venire meno una siffatta "valutazione globale", la sentenza *Dano* segna il passaggio verso un utilizzo c.d. "rigido" delle deroghe alla parità di trattamento, non assoggettate più al criterio della loro interpretazione restrittiva in nome dell'obiettivo di protezione della libertà "fondamentale" alla circolazione e al soggiorno dei cittadini europei, laddove la Corte ritiene sufficiente l'effettuazione di "un esame concreto della situazione economica dell'interessato, senza tener conto delle prestazioni sociali richieste"[42]. Un utilizzo che può arrivare a legittimare la valutazione di qualsiasi richiesta di accesso a forme di aiuto sociale quale indice della non "sufficienza" delle risorse economiche, aprendo la strada alla paradossale conseguenza che i sistemi nazionali di *welfare* diventano accessibili "soltanto per coloro che, in linea di principio, non hanno l'esigenza di beneficiare di prestazioni di carattere sociale"[43].

Da una parte, è verosimile che una spiegazione all'assenza del "test di proporzionalità" possa risiedere nella circostanza, con vigore sottolineata dalla stessa Corte[44], che il caso *Dano* riguardasse cittadini europei nei confronti dei quali era accertato che avevano esercitato la libera circolazione solo per ottenere benefici di assistenza sociale in Germania, senza mostrare nessuna reale volontà di integrarsi (economicamente) nella società dello Stato ospitante[45]. Tale rilievo renderebbe meglio comprensibile la differente conclusione alla quale è giunta la Corte, rispetto alla pronuncia relativa al caso *Brey*, dichiarando che uno Stato membro "deve pertanto avere la possibilità, ai sensi di detto articolo 7, di negare la concessione di prestazioni sociali a cittadini dell'Unione economicamente inattivi che esercitino la

---

41 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 2 luglio 2009, concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, COM(2009)313 def.

42 Peraltro, la Corte di giustizia non rimette nemmeno la valutazione dell'esame concreto innanzi al giudice *a quo*, ritenendo già sufficientemente provato nel procedimento principale che i ricorrenti non dispongono di risorse sufficienti e che, di conseguenza, non possono rivendicare il diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante in forza della direttiva 2004/38 e avvalersi del principio di non discriminazione di cui all'art. 24, par. 1, della direttiva stessa.

43 Secondo le condivisibili osservazioni di M. E. Bartoloni, *La libera circolazione*, cit., p. 478.

44 In particolare, si legga il punto 78 della sentenza *Dano*.

45 Nell'ottica di una "*narrow interpretation*", si veda H. Verschueren, *Preventing "benefit tourism" in the EU: A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in* Dano?, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 363 ss., in particolare p. 373.

libertà di circolazione con l'unico fine di ottenere il beneficio dell'aiuto sociale di un altro Stato membro pur non disponendo delle risorse sufficienti per poter rivendicare il beneficio del diritto di soggiorno".

Dall'altra, tale spiegazione, che fa leva sulle circostanze del caso concreto, non appare reggere alla luce della successiva giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riguardato differenti categorie di cittadini europei non economicamente attivi e che sarà oggetto specifico di analisi nei paragrafi successivi.

Ma un ulteriore profilo di criticità merita di essere evidenziato in relazione alla "sorte" assegnata alle norme di diritto primario che, nella sentenza *Dano*, vengono private di "vita autonoma" e, in certo senso, "assorbite" dalle disposizioni di diritto derivato, invertendo la tendenza inaugurata con le sentenze *Grzelczyk*, *Martínez Sala* e *Baumbast.* Attraverso queste ultime pronunce, le norme di diritto primario avevano assunto rilievo autonomo rispetto alla disciplina secondaria dell'Unione europea, tramite un processo di valorizzazione delle stesse che aveva portato a ritenere, in particolare, che la parità di trattamento andasse accordata a prescindere dal possesso di uno *status* particolare che valesse a qualificare ulteriormente il cittadino europeo. In tale ottica si poneva anche la sentenza *Trojani*, con la quale la Corte era giunta ad affermare che il cittadino dell'Unione economicamente non attivo "non può non fruire, durante il suo soggiorno lecito nello Stato membro ospitante, del principio fondamentale relativo alla parità di trattamento quale sancito all'art. 12 CE" (attuale art. 18 TFUE), e ciò quand'anche cioè il suo soggiorno sia precario o fondato sul solo ordinamento dello Stato membro ospitante, elemento che non è stato preso in considerazione nella sentenza *Dano*, essendosi fatto esclusivamente riferimento al diritto di soggiorno fondato sulla direttiva 2004/38.

5. L'"*escalation*" dell'esigenza di protezione delle finanze degli Stati membri è segnata da un'ulteriore questione inerente al diniego di erogazione di assegni familiari e prestazioni di assicurazione di base, ossia di contributi di sussistenza per disoccupati di lungo periodo, qualificati quali "prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo" ai sensi dell'art. 70, par. 2, del regolamento 883/2004 e, dunque, costitutive – nell'impostazione sposata dalla Corte di giustizia – di una "prestazione d'assistenza sociale" ai sensi dell'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38.

Nella relativa sentenza *Alimanovic*[46], i giudici di Lussemburgo consolidano la posizione assunta nella pronuncia *Dano*, nello specifico ribadendo che, nell'accesso a siffatte prestazioni di assistenza sociale, un cittadino dell'Unione può far valere la parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro ospitante in forza dell'art. 24, par. 1, della direttiva 2004/38 solo se il suo soggiorno sul territorio dello Stato membro ospitante rispetta i requisiti previsti dalla direttiva stessa.

Orbene, nel caso di specie, i requisiti sono stati rinvenuti nell'art. 14, par. 4, lett. b), della direttiva 2004/38[47] che stabilisce che un cittadino dell'Unione che entra nel

[46] Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2015, causa C-67/14, *Alimanovic*. Si veda C. Boutayeb, *Légalité du séjour et accès aux prestations sociales: l'essor de la jurisprudence Dano*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2015, p. 1017 ss.; E. Bartoloni, *Lo* status *del cittadino dell'Unione in cerca di occupazione: un limbo normativo?*, in *European Papers*, 2016, p. 153 ss.

[47] Atteso che le ricorrenti non disponevano più, nel momento in cui il diritto ad ottenere le prestazioni è stato loro negato, del beneficio accordato dall'art. 7, par. 3, lett. c), della direttiva 2004/38, che dispone

territorio dello Stato membro ospitante per cercare un posto di lavoro non può essere allontanato fintantoché possa dimostrare di essere alla ricerca di un posto di lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo.

Ciò non ha impedito, comunque, che la Corte di giustizia ritenesse invocabile, da parte dello Stato membro ospitante, la deroga contenuta nell'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38, al fine di non accordare a detto cittadino, qualificato come soggetto in cerca di lavoro (*job seeker*) la prestazione di assistenza sociale richiesta. Si tratta di una deroga ritenuta applicabile proprio in considerazione del fatto che, diversamente, il riconoscimento della parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali, si porrebbe in contrasto con quello che è ormai qualificato come un "obiettivo" della direttiva 2004/38, enunciato al suo 10° 'considerando', "che è quello di evitare che i cittadini di altri Stati membri diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante"[48], riprendendo quanto affermato nella sentenza *Dano*.

Invero, è percepibile un mutamento di impostazione rispetto alla precedente sentenza *Dano*, ove era stata seguita una linea argomentativa maggiormente coerente con quella "tradizionale": attraverso l'esplicito riferimento alla sentenza *Grzelczyk*, la Corte aveva fatto precedere il suo ragionamento dal presupposto teorico che riconosce alla cittadinanza lo "*status* fondamentale" dei cittadini degli Stati membri, peraltro sottolineando più volte che l'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38 si pone in rapporto di "deroga" rispetto alle libertà fondamentali alla libera circolazione e al soggiorno negli altri Stati membri.

Nella sentenza *Alimanovic*, il processo di "inversione" del rapporto tra libertà e deroghe/condizioni appare, in primo luogo, simbolicamente testimoniato dall'assenza di riferimento allo "*status* fondamentale" rappresentato dalla cittadinanza europea che in qualche modo meriterebbe di essere "salvaguardato" attraverso un utilizzo "oculato" delle deroghe al principio della parità di trattamento. A tale assenza "simbolica" si associa la rinuncia espressa o "formale" ad un qualsivoglia giudizio di proporzionalità nella valutazione del caso concreto che era, nella sostanza, già stato abbandonato nella sentenza *Dano*. Si tratta, peraltro, di un'assenza che viene motivata dalla stessa Corte seppure, in prima battuta, venga ricordato che la direttiva 2004/38 richiede che lo Stato membro prenda in considerazione la situazione individuale della persona interessata al momento dell'adozione di una misura di allontanamento o prima di stabilire che tale persona costituisce un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale nell'ambito del suo soggiorno[49].

Ed infatti, nonostante siffatto richiamo, nella sentenza *Alimanovic* si giunge a ritenere che, tuttavia, "tale esame individuale non è necessario in una fattispecie quale quella di cui al procedimento principale"[50]. Tanto trova motivazione nella considerazione che la direttiva 2004/38, istituendo un "sistema graduale di mante-

che, se il lavoratore si trova in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata al termine di un contratto di lavoro di durata determinata inferiore ad un anno o si è venuto a trovare in tale stato durante i primi dodici mesi e si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro, egli conserva la qualità di lavoratore per un periodo che non può essere inferiore a sei mesi.

[48] Punto 50 della sentenza *Alimanovic*, che richiama il punto 74 della sentenza *Dano*.

[49] Così come affermato dalla stessa Corte di giustizia ai punti 64, 69 e 78 della sentenza *Brey*.

[50] Sentenza *Alimanovic*, punto 59.

nimento dello *status* di lavoratore", che mira a tutelare il diritto di soggiorno e l'accesso alle prestazioni sociali, prende essa stessa in considerazione diversi fattori che caratterizzano la situazione individuale di ogni richiedente una prestazione sociale e, in particolare, la durata dell'esercizio di un'attività economica[51].

In sostanza – come precisato al punto 61 della pronuncia *Alimanovic* – atteso che consente agli interessati di conoscere senza ambiguità i loro diritti e doveri, il criterio previsto dall'art. 7, par. 1 e par. 3, lett. c), della direttiva 2004/38 (vale a dire un periodo di sei mesi successivi alla cessazione di un'attività lavorativa durante la quale il diritto all'assistenza sociale è mantenuto) è idoneo a garantire un livello elevato di certezza del diritto e di trasparenza nell'ambito della concessione di prestazioni di assistenza sociale dell'assicurazione di base, restando al contempo conforme al principio di proporzionalità.

In altri termini, secondo le argomentazioni della Corte di giustizia, il dettato normativo, attraverso la previsione di un "sistema graduale di mantenimento dello status di lavoratore" risulta di per se stesso rispettoso del principio di proporzionalità, senza che alcun "test di proporzionalità" sia operato dalle autorità nazionali che decidono sulla concessione del beneficio o dalle giurisdizioni nazionali competenti a dirimere le controversie.

Si tratta di una linea interpretativa che, all'evidenza, conduce ad un netto ribaltamento della precedente giurisprudenza europea, attraverso la quale si era sviluppato il concetto di "minimo sostrato di integrazione sociale" quale criterio sul quale fondare la valutazione circa l'accessibilità ai sistemi nazionali di *welfare* da parte di quei cittadini che non svolgono un'attività utile per il mercato interno.

Preme, allora, riportare alla mente alcune pronunce giurisprudenziali, come quella relativa al caso *Vatsouras*[52], ove la Corte di giustizia aveva interpretato la direttiva 2004/38 nel senso che il sostegno tedesco al reddito per disoccupati stabilmente residenti non potesse essere rifiutato a un cittadino greco alla ricerca di lavoro, giacché "l'eccezione" prevista all'art. 24, par. 2, della direttiva "dev'essere interpretata alla luce dell'art. 39, n. 2, CE" (attuale art. 45 TFUE).

Nell'ottica di un rapporto tra "eccezione" disciplinata dalla norma di diritto secondario e "libertà fondamentale" prevista da una norma del Trattato, nella pronuncia relativa al caso *Vastouras* la Corte imponeva, al fine di decidere circa l'attribuzione delle prestazione richiesta, di procedere alla verifica dell'esistenza di un "*real and genuine link test*", in linea con quanto affermato, tra le altre, già nelle pronunce relative ai casi *D'Hoop* e *Ioannidis*[53]. "Legame" la cui sussistenza va

[51] *Ivi*, punto 60.

[52] Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009, cause riunite C-22 e 23/08, *Vatsouras*, sulla quale L. Raimondi, C*ittadini dell'Unione europea in cerca di lavoro e principio di non discriminazione*: *osservazioni in margine alla sentenza* Vatsouras, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 443 ss.

[53] Sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop*, punto 38, e del 15 settembre 2005, causa C-258/04, *Ioannidis*, punto 30. Ma si vedano anche le sentenze *Bidar*, punto 57; *Förster*, punto 54, e del 1° ottobre 2009, causa C-103/08, *Gottwald*, punto 32. Lo sviluppo del "*real and genuine test*" è riconducibile a due filoni giurisprudenziali relativi all'accesso ai vantaggi sociali da parte delle persone disoccupate o in cerca di occupazione e quello relativo all'accesso alle misure di sostegno finanziario da parte degli studenti. Per ulteriori approfondimenti L. Appicciafuoco, *Lo* status *sociale dei cittadini europei economicamente non attivi: una "cittadinanza sociale di mercato europeo"?*, in E. Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p.

verificata, in particolare, accertando che la persona di cui trattasi ha effettivamente e concretamente cercato un lavoro nello Stato membro in questione per un periodo di una durata ragionevole [54].

Già dalla sentenza *Dano* emergeva un netto "impoverimento" della valutazione relativa alla concessione dei benefici in capo a cittadini non economicamente attivi, essendo essa fondata solo sul requisito della "sufficienza" delle risorse e non già anche della valutazione dell'onere in capo allo Stato. Pur essendo affermata la necessità di procedere alla valutazione della "situazione personale" essa non teneva già sostanzialmente in considerazione i criteri elaborati alla precedente giurisprudenza della Corte. Quest'ultima, infatti, enfatizzando più volte – nella sentenza *Dano* – l'aspetto particolare di una persona che non aveva tentato di rendersi economicamente attiva e che aveva esercitato la libertà di circolazione con l'unico scopo di accedere al sistema di *welfare* tedesco, ha del tutto "bypassato" l'indagine circa l'esistenza di un collegamento reale con lo Stato tedesco. Si tratta di una valutazione che avrebbe quanto meno dovuto portare a prendere in considerazione il "contesto familiare in cui si trova il richiedente", oltre alla durata del soggiorno nello Stato membro ospitante[55] e che, invece, risulta essere stato *a priori* escluso per l'assenza di un collegamento esclusivamente "economico".

Ancor più, nel caso *Alimanovic* la Corte non ritiene vi sia alcun margine di valutazione della situazione personale, considerando il dettato normativo soddisfacente rispetto ad ogni ulteriore accertamento. Peraltro, va sottolineato come da lettura sinottica delle due pronunce della Corte di giustizia si possa giungere a conclusioni "paradossali", atteso che nella sentenza *Dano*, seppure con tutti i limiti evidenziati, si è considerata necessaria una valutazione della situazione personale, con riferimento a persone per le quali si è ritenuto accertato il trasferimento in un altro Stato membro all'unico scopo di usufruire del sistema di assistenza sociale. Differentemente, la pronuncia *Alimanovic* inerisce alla situazione di cittadini europei che sono stati qualificati come "persone in cerca di lavoro".

Ad ogni buon conto, si segnala il consolidamento della giurisprudenza della Corte in favore della "tesi *Alimanovic*" poc'anzi analizzata. Infatti, i giudici di Lussemburgo hanno proprio sostenuto che se un siffatto esame non è necessario nel caso di un cittadino alla ricerca di un impiego che non abbia più lo *status* di lavoratore, lo stesso vale, *a fortiori*, anche per quanto riguarda le persone che si trovano in una situazione come quella di chi fa richiesta – come nel caso *García-Nieto* – di pre-

278 ss., nonché S. Amadeo, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo 'inattivo'*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 59 ss., in particolare p. 68. Nel caso degli studenti, l'esistenza di un "certo grado di integrazione nella società dello Stato ospitante" può essere considerata provata in seguito all'accertamento che lo studente di cui trattasi ha soggiornato per un certo periodo nello Stato membro ospitante (in particolare, si veda la sentenza *Bidar*, punto 59).

[54] Sentenza *Vatsouras*, punto 44. Va tuttavia segnalato che la Corte affermava che "[l]e prescrizioni di natura finanziaria che, a prescindere dalla qualificazione che ne dà la legislazione nazionale, siano destinate a facilitare l'accesso al mercato del lavoro, non possono essere considerate 'prestazioni d'assistenza sociale', ai sensi dell'art. 24, n. 2, della direttiva 2004/38" e, pertanto, non le riteneva assoggettabili al regime di deroga previsto da tale disposizione. Si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins*, punto 70.

[55] In tal senso, si veda, ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 21 luglio 2011, causa C-503/09, *Stewart*, punti 97-101, sulla quale si ritornerà *infra* al par. 7.

stazioni di assicurazione di base, soggiornando in uno Stato membro da meno di tre mesi, peraltro non possedendo la qualifica di lavoratore subordinato o autonomo[56].

6. Il progressivo consolidamento dell'orientamento della Corte di giustizia intrapreso con la sentenza *Dano* ha trovato recente consacrazione in una pronuncia del 14 giugno 2016, con la quale sono state rigettate le richieste della Commissione avanzate contro il Regno Unito a seguito di una procedura di infrazione[57]. Quest'ultima si era aperta, nella sua fase precontenziosa, nel 2008, allorquando la Commissione aveva avviato una prima richiesta di chiarimenti, sollecitata da numerose denunce di cittadini di altri Stati membri residenti nel Regno Unito, secondo i quali le autorità britanniche competenti avevano negato loro determinate prestazioni sociali in ragione del fatto che essi non disponevano di un diritto di soggiorno in tale Stato membro. Nel giugno del 2010, la Commissione aveva poi inviato al Regno Unito una lettera di diffida riguardante le disposizioni della sua normativa ai sensi delle quali, per poter beneficiare di determinate prestazioni, i richiedenti devono disporre, a titolo di condizione preliminare per essere considerati abitualmente residenti nel Regno Unito, del diritto di soggiornarvi.

A tali censure il Regno Unito rispondeva affermando che il suo sistema nazionale non era discriminatorio e che il criterio del diritto di soggiorno si giustificava in quanto misura proporzionata diretta a garantire che le prestazioni fossero erogate a persone sufficientemente integrate nel Regno Unito. Ritenute le motivazioni non soddisfacenti, la Commissione ha proposto un ricorso che pone innanzi alla Corte alcune questioni che rappresentano elementi nodali e critici anche nell'elaborazione giurisprudenziale accolta da *Dano* in poi e che, pertanto, vale la pena di approfondire nel dettaglio.

In particolare, il ricorso della Commissione è articolato in due questioni, l'una subordinata all'altra. La prima, principale, fa leva sulla circostanza che, imponendo a colui che fa richiesta di prestazioni sociali – nel caso di specie, assegni familiari (*child benefit*) e il credito d'imposta per figlio a carico (*child tax credit*) – di soddisfare il criterio del diritto di soggiorno per essere trattato come un residente abituale in tale Stato membro, il Regno Unito ha aggiunto una condizione che non figura nel regolamento 883/2004.

Secondo la Commissione, in forza dell'art. 11, par. 3, lett. e), del regolamento 883/2004, una persona economicamente inattiva è in linea di principio soggetta alla legislazione dello Stato membro di residenza. A tale proposito l'art. 1, lett. j), del regolamento citato definisce la "residenza" come il luogo in cui una persona risiede abitualmente che nel diritto dell'Unione europea ha un significato autonomo.

Conformemente alla costante giurisprudenza della Corte[58], è noto che tale nozione designa il luogo in cui si trova il centro principale degli interessi della persona interessata. Al fine di determinare tale centro di interessi, occorrerebbe prendere in considerazione, in particolare, la situazione familiare del lavoratore, i motivi

[56] Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2016, causa C-299/14, *García-Nieto*.

[57] Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2016, causa C-308/14, *Commissione* c. *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*.

[58] In particolare, si veda la sentenza del 25 febbraio 1999, causa C-90/97, *Swaddling*, punto 29.

che l'hanno indotto a trasferirsi, la durata e la continuità della residenza, il fatto di disporre eventualmente di un posto di lavoro stabile e l'intenzione di lavorare quale si può desumere da tutte le circostanze utili[59]. Più specificamente, tale luogo dovrebbe essere determinato in funzione delle circostanze di fatto e della situazione delle persone interessate, indipendentemente dal loro *status* giuridico nello Stato membro ospitante e dal fatto che esse godano o meno del diritto di soggiorno nel suo territorio sulla base, ad esempio, della direttiva 2004/38. Di conseguenza, il regolamento 883/2004 conferirebbe un significato specifico alla nozione di "residenza", che sarebbe indipendente dal senso ad essa attribuito in altri atti di diritto dell'Unione o nel diritto nazionale e che non è subordinato a eventuali presupposti legali.

Inoltre, quale censura secondaria, la Commissione sostiene che il Regno Unito, subordinando il diritto di ricevere determinate prestazioni di sicurezza sociale a una condizione che i suoi cittadini soddisfano automaticamente, come il criterio del diritto di soggiorno, ha creato una situazione di discriminazione diretta nei confronti dei cittadini di altri Stati membri e ha quindi violato l'art. 4 del regolamento 883/2004.

Recependo nella sostanza le conclusioni dell'Avvocato generale[60], la Corte di giustizia – circa la prima questione sollevata – ha fatto salva la condizione del possesso del soggiorno legale, atteso che essa si atteggia "condizione sostanziale" che le persone economicamente inattive devono soddisfare per poter beneficiare delle prestazioni sociali di cui trattasi.

Quanto alla seconda questione, la Corte ammette che, ai fini della concessione di prestazioni sociali, la condizione richiesta della regolarità del soggiorno di un cittadino di un altro Stato membro determina una discriminazione, se non diretta, quantomeno indiretta[61]. Ciò richiamando la sua precedente giurisprudenza dalla quale emerge che una disposizione di diritto nazionale dev'essere giudicata indirettamente discriminatoria quando, per sua stessa natura, tenda ad incidere più sui cittadini di altri Stati membri che su quelli nazionali e, di conseguenza, rischi di essere sfavorevole in modo particolare ai primi[62].

Pur tuttavia, siffatta discriminazione indiretta risulta ammissibile perché idonea a garantire un "obiettivo legittimo" che, nel caso di specie, consiste nella "protezione delle finanze dello Stato membro ospitante". Di conseguenza, quest'ultimo

---

[59] Peraltro, la Commissione sottolinea le finalità dell'art. 11 del regolamento 883/2004, consistenti non nell'armonizzazione del diritto sostanziale degli Stati membri, ma piuttosto nella creazione di un sistema di norme di conflitto avente l'effetto di sottrarre al legislatore nazionale il potere di determinare la portata e le condizioni di applicazione della propria normativa nazionale in materia. L'obiettivo perseguito da tale sistema sarebbe quindi, da un lato, garantire che un solo regime di sicurezza sociale sia applicabile e, dall'altro, impedire che le persone contemplate dal regolamento 883/2004 siano private di protezione in materia di sicurezza sociale per via della mancanza di una normativa che sarebbe loro applicabile.

[60] Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 6 ottobre 2015, sulle quali S. Benedi Lahuerta, *Equal Treatment in the Field of Social Security: Can Economically Inactive Citizens Be Required to Be Lawfully Resident in the Host Member State to Access Certain Social Security Benefits?*, in *European Papers*, 2016, p. 323 ss.

[61] Sentenza *Commissione* c. *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, punto 66.

[62] In tal senso, la sentenza della Corte di giustizia del 13 aprile 2010, causa C-73/08, *Bressol* e *a.*, punto 41.

mantiene la possibilità di controllare la regolarità del soggiorno al momento della concessione di una prestazione sociale in particolare alle persone provenienti da altri Stati membri ed economicamente inattive, poiché tale controllo può avere conseguenze sul livello globale dell'aiuto che può essere accordato da tale Stato.

7. Nelle battute conclusive, qualche ulteriore considerazione merita di essere svolta in relazione ad alcuni profili riguardanti, in particolare, il rapporto tra libertà "fondamentali" dei cittadini europei e condizioni al loro esercizio, il ruolo delle norme di diritto primario nel riconoscimento della parità di trattamento tra cittadini dell'UE, nonché l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali.

A partire dalla sentenza *Dano* e attraverso una serie di pronunce successive anche molto recenti, la Corte di giustizia sembra aver adottato un approccio ermeneutico inedito rispetto alla sua stessa "tradizionale" impostazione, improntata ad un'accentuata valorizzazione dei diritti connessi alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione europea, nonché alla tutela della parità di trattamento.

Nella successione di sentenze che si sono analizzate nel dettaglio nei paragrafi precedenti, emerge con vigore la necessità per i cittadini dell'Unione europea che si trovino in una situazione di inattività economica di rispondere al possesso delle "condizioni" previste nell'art. 7 della direttiva 2004/38, in applicazione delle quali, in particolare, il diritto di soggiorno e la parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospitante sono subordinati alla disponibilità di risorse economiche sufficienti, affinché non divengano un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

Dal quadro giurisprudenziale letto nel suo complesso emerge una sorta di "flessione" delle "libertà fondamentali" dei cittadini europei garantite dai Trattati che, come tali, tradizionalmente hanno beneficiato di interpretazioni estensive a fronte di una lettura, in linea generale, restrittiva delle "limitazioni" e delle "condizioni". Se ne è evidenziata la stretta connessione all'"ascesa" dell'"obiettivo" di protezione delle finanze degli Stati che lentamente ha assunto un ruolo preponderante nelle argomentazioni della Corte di giustizia, che per lo più risulta abbia avallato, in tempo di crisi economico-finanziaria, le scelte politico-economiche degli Stati membri coinvolti nelle questioni poste al suo vaglio. Un'"ascesa" che ha determinato la corrispondente progressione, scandita dagli *iter* interpretativi adottati dalla Corte, verso l'abbandono di qualsivoglia giudizio di "bilanciamento" degli interessi in gioco.

Infatti, fintanto che la "tutela delle finanze pubbliche" è stata considerata quale "interesse legittimo" alla base delle condizioni imposte dagli Stati membri, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che le decisioni inerenti alla concessione di prestazioni sociali in capo a cittadini inattivi dovessero essere sorrette da una valutazione che tenesse conto della "sufficienza" delle risorse economiche del cittadino in correlazione all'"eccessività" dell'onere che ne discende a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante (c.d. "valutazione globale dell'onere" secondo l'approccio adottato nella sentenza *Brey*). Inoltre, nell'ottica del rifiuto di qualunque tipo di automatismo, si è affermata la necessità di una valutazione rispettosa dei principi generali che informano l'ordinamento europeo, *in primis* del principio di proporzionalità.

Il progressivo abbandono di una siffatta "valutazione globale dell'onere" appare riflettere la differente connotazione attribuita dalla Corte di giustizia alla necessità di protezione delle finanze pubbliche che, da "interesse legittimo", assurge a vero e

proprio "obiettivo". Un obiettivo in grado di innescare un processo di "inversione" del rapporto tra libertà di circolazione/diritto di soggiorno/parità di trattamento e condizioni/deroghe ad essi apponibili. In particolare a partire dalla sentenza *Alimanovic*, tale processo risulta, in primo luogo, simbolicamente testimoniato dall'assenza di riferimento allo "*status* fondamentale" rappresentato dalla cittadinanza europea (come per prima affermato nella sentenza *Grzelczyk*) che, in quanto tale, meriterebbe di essere "salvaguardato" attraverso un utilizzo "oculato" delle deroghe al principio della parità di trattamento. Esso è corroborato, su di un piano più pratico, dall'espresso abbandono di un qualsivoglia giudizio di proporzionalità nella valutazione del caso concreto, sulla scorta del fatto che la direttiva 2004/38, nell'istituire un "sistema graduale di mantenimento dello *status* di lavoratore", che mira a tutelare il diritto di soggiorno e l'accesso alle prestazioni sociali, prende essa stessa in considerazione diversi fattori che caratterizzano la situazione individuale di ogni richiedente una prestazione sociale quale, in particolare, la durata dell'esercizio di un'attività economica.

Va, peraltro, sottolineato che la garanzia di un *fair balance* avrebbe potuto poggiare anche sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che però, nella giurisprudenza esaminata, non è stata quasi del tutto presa in considerazione. La questione è stata espressamente affrontata nella sola sentenza *Dano*, atteso che una delle domande pregiudiziali poste era volta a sapere se gli articoli 1, 20 e 51 della Carta dovessero essere interpretati nel senso che impongono agli Stati membri di concedere ai cittadini dell'Unione prestazioni assicurative di base in denaro di carattere non contributivo tali da consentire un soggiorno permanente o che tali Stati possono limitare tale concessione alla messa a disposizione dei mezzi necessari per il rientro nello Stato di origine[63].

Richiamando l'art. 51, paragrafi 1 e 2, si è ritenuta non applicabile la Carta, in considerazione del fatto che "nel fissare le condizioni e la portata della concessione delle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo, gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione"[64]. Invero, se è incontestabile che né il regolamento 883/2004 né la direttiva 2004/38 fissano le condizioni sostanziali per l'accesso alle prestazioni sociali, qualche dubbio desta la conclusione alla quale è giunta la Corte di giustizia, specie alla luce delle aperture – nella lettura del criterio

[63] Sulle questioni inerenti ai criteri per l'individuazione dell'ambito di applicazione della Carta, si rinvia a L. S. Rossi, *Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne*, in *Chemins d'Europe: mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacquè*, Paris, 2010, p. 609 ss.; A. Di Stasi, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: ancora a proposito dell'interpretazione dell'articolo 51 paragrafo 1*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 445 ss.; A. Tizzano, *L'application de la Charte des droits fondamentaux dans les Ètats membres à la lumière de son articles 51, paragraphe 1*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 429 ss.; P. Mengozzi, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 23 ss.; B. Nascimbene, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 49 ss. Invece, sul rapporto tra la Carta e le fonti di diritto derivato dell'UE, v. F. Bestagno, *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 259 ss.

[64] Sentenza *Dano*, punto 91.

dell'"attuazione del diritto dell'Unione europea" di cui all'art. 51, par. 1 – riconducibili a sentenze quale quella relativa al caso *Åkerberg Fransson*[65]. In tale ottica si ha qualche difficoltà a considerare come non ricomprese nel campo di attuazione del diritto dell'Unione europea le norme interne che riguardano l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dai Trattati, in particolare della libertà di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri, quale conferita dall'art. 21 TFUE[66].

Progressivamente, differenti categorie di cittadini europei "inattivi" sono state interessate dall'irrigidimento degli Stati rispetto all'accesso ai propri sistemi di *welfare* e rispetto alla creazione di una solidarietà "sovranazionale"[67]: non solo coloro che si spostano a fini di "turismo sociale", ma anche coloro che cercano lavoro nonché gli studenti[68]. Quest'ultima categoria è proprio quella che era interessata dalla pronuncia *Grzelczyk* e non può non notarsi come in quel caso la Corte aveva ampliato, per via interpretativa, le maglie della direttiva 93/96[69], all'epoca vigente, relativa al diritto di soggiorno degli studenti, affermando che l'art. 3 che stabilisce che gli studenti i quali fruiscono di un diritto di soggiorno non hanno diritto al pagamento da parte dello Stato membro ospitante di "borse di mantenimento" in realtà non dice nulla in merito ad "altre misure di sostegno finanziario" la cui erogazione non è quindi preclusa agli Stati.

In direzione diametralmente opposta, nella recentissima sentenza *Commissione* c. *Regno dei Paesi Bassi* del 2 giugno 2016, la Corte sembra operare una forzatura del dettato normativo per affermare che i "contributi alle spese di trasporto" rientrano nella nozione di "aiuti di mantenimento agli studi (…) consistenti in borse di studio o prestiti per studenti" in modo da legittimare l'applicabilità, da parte degli Stati membri, delle deroghe previste dall'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38. Il tutto a "trattati invariati" e semplicemente "sfruttando" a livello ermeneutico i "segmenti di sovranità" che gli Stati si sono riservati nella scrittura della direttiva 2004/38.

---

[65] Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Aklagaren* c. *Åkerberg Fransson*. In tal caso, la Corte ha affermato la propria competenza, sulla considerazione che la normativa svedese volta a sanzionare l'evasione dell'IVA risponda all'esigenza di tutelare gli interessi finanziari europei, *ex* art. 325 TFUE, in quanto parte delle risorse proprie dell'UE derivano dalla riscossione di tale imposta e, dunque, concorre a dare attuazione al generale obbligo in capo agli Stati di porre in essere ogni misura necessaria a reprimere efficacemente condotte contrarie agli interessi finanziari dell'Unione.

[66] Che la stessa Corte ha ritenuto rientrare nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'Unione europea. Cfr. sentenza *Grzelczyk*, punto 33.

[67] Per una disamina degli sviluppi – e dei limiti – di una solidarietà "sovranazionale", si veda S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al* welfare *nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2008, p. 19 ss.

[68] Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 2016, causa C-233/14, *Commissione* c. *Regno dei Paesi Bassi*, con la quale la Corte, respingendo le censure della Commissione europea, ha stabilito che il contributo alle spese di trasporto rientra nella nozione di "aiuti di mantenimento agli studi (…) consistenti in borse di studio o prestiti per studenti, di cui all'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, e che, di conseguenza, il Regno dei Paesi Bassi può avvalersi della deroga prevista a tale riguardo al fine di negare la concessione di tale prestazione, prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente, a persone diverse dai lavoratori subordinati o autonomi, da coloro che hanno mantenuto tale *status*, o loro familiari".

[69] Direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti.

In quest'ottica, si ritiene possa essere spiegata la riconduzione, in maniera anche "forzata", di ognuna delle fattispecie che sono state sottoposte al vaglio della Corte di giustizia, al dettato normativo della direttiva 2004/38.

Infatti, a partire dalla sentenza *Dano*, la Corte ha ragionato sulla base di un processo di sostanziale "sovrapponibilità" del regolamento 883/2004 con la direttiva 2004/38, in particolare ritenendo – peraltro, in contrasto con l'interpretazione della Commissione europea – la nozione di "prestazione speciale in danaro a carattere non contributivo" contenuta nel regolamento riconducibile a quella di "sistema di assistenza sociale" di cui all'art. 7, par. 1, lett. b) della direttiva 2004/38: il tutto al fine di legittimare le restrizioni da parte degli Stati circa la concessione di tali prestazioni a cittadini dell'Unione, qualora questi non posseggano o non posseggano più la qualità di lavoratore.

Inoltre, non del tutto condivisibile è la considerazione per la quale gli Stati, in ragione degli obiettivi di mero "coordinamento" dei regimi di assistenza sociale assegnati al regolamento 883/2004, possano prevedere, quale requisito sostanziale quello del possesso del "soggiorno legale" ai sensi della direttiva 2004/38. Sul punto, significativa è la posizione assunta dalla Commissione nella controversia contro il Regno Unito analizzata *supra* al par. 6, che mette in luce come l'ambito di applicazione del regolamento dovrebbe rimanere ancorato al solo requisito della "residenza abituale". Nella relativa sentenza del 14 giugno 2016, la Corte ha ritenuto configurabile una discriminazione "indiretta" considerandola, tuttavia, giustificata in ragione proprio dell'"obiettivo" di protezione delle finanze degli Stati. Se "politicamente" una tale ricostruzione possa ritenersi motivata in un'epoca di forti pressioni provenienti proprio dal Regno Unito – ove dopo qualche giorno ha preso concretezza, a seguito dell'esito positivo del *referendum*, il rischio "Brexit" – non può non evidenziarsi quanto meno la linea di collisione rispetto alla precedente giurisprudenza della stessa Corte di giustizia.

Specie laddove si tratti dell'acquisto del diritto ad una prestazione a carattere non contributivo non soggetto a requisiti di contribuzione, la Corte aveva già considerato legittimo che uno Stato membro conceda una simile prestazione solamente previa dimostrazione dell'esistenza di un nesso reale tra il richiedente e lo Stato competente. Nella pronuncia relativa al caso *Stewart* aveva però rilevato che, se è vero che la richiesta di un previo soggiorno legale sul territorio dello Stato membro non appaia di per sé irragionevole, "esso presenta un carattere troppo esclusivo"[70]. Ciò si spiega, in sintesi, con la considerazione che siffatto requisito privilegia indebitamente un elemento che "non è necessariamente rappresentativo del grado reale ed effettivo di collegamento" tra il richiedente la prestazione e lo Stato membro ospitante, con esclusione di ogni altro elemento rappresentativo. La Corte giungeva, dunque, a censurare tale requisito, in quanto sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito.

Il cambio di prospettiva, nella più recente giurisprudenza europea, è sintomatico della preponderanza assunta dall'"obiettivo" della "tutela delle finanze pubbliche" degli Stati membri che conduce, pertanto, a non ritenere "sproporzionata" la previsione del requisito del soggiorno legale. In altri termini, emerge la centralità dell'elemento del soggiorno legale, al quale è attribuito un carattere assorbente rispetto

[70] Sentenza *Stewart*, punto 95.

all'elemento sostanziale del reale collegamento con lo Stato membro ospitante, laddove nella pregressa interpretazione della Corte l'elemento di forma veniva considerato "sproporzionato" rispetto al prevalere dell'elemento sostanziale (considerata la possibilità di provare il collegamento attraverso altri elementi rappresentativi).

In questo senso, si registra un inedito assetto ermeneutico della Corte di Lussemburgo, caratterizzato da una preponderanza delle condizioni "economiche" fissate dalla direttiva 2004/38 che diventano esse stesse "costitutive" delle libertà fondamentali connesse alla cittadinanza europea. Ne deriva che le norme di diritto primario sembrano "assorbite" in quelle di diritto derivato, attraverso un processo di temperamento della stessa natura "costituzionale" della cittadinanza europea che era emersa grazie anche ad una meritoria azione della Corte di giustizia, responsabile dello "spostamento del baricentro del complessivo processo d'integrazione sulla libera circolazione delle persone in quanto tali, con il loro bagaglio di interessi e diritti"[71].

Abstract

Protection of Member States' Public Finances and Redefinition of the Conditions for Exercising Fundamental Freedoms

Since the judgment in *Dano*, the EU Court of Justice seems to have adopted a brand new hermeneutical approach with respect to its 'traditional' approach as far as the freedom of movement and residence enjoyed by EU citizens is concerned. This essay focuses on the 'flexion' of such 'fundamental freedoms' guaranteed by the Treaties, that have traditionally benefited from extensive interpretations, as well as from restrictive interpretations of the 'conditions' to be fulfilled. This issue is closely connected with the rise of the 'objective' of protecting public finances of the host Member States, that has taken a prominent role in the decisions of the EU Court of Justice. Such 'rise' has gradually led the Court to give up any 'balance' of the interests at stake.

[71] Cfr. G. Tesauro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 483 ss., ove si evidenzia il ruolo svolto dalla Corte "nel voler far progredire il disegno di integrazione" europea.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 557-572

Daniela Fanciullo*

Il principio della presunzione di innocenza ed i suoi corollari alla luce della direttiva (UE) 2016/343: un'occasione mancata?

Sommario: 1. Un'ulteriore tappa nel rafforzamento delle garanzie delle persone indagate o imputate nei procedimenti penali: la direttiva 2016/343. – 2. L'esigenza di assicurare "in concreto" il rispetto della presunzione di innocenza. – 3. Il travagliato *iter* legislativo della direttiva: analisi dei punti oggetto di maggiore discussione. – 4. Le ulteriori garanzie previste: il diritto di rimanere in silenzio ed il diritto di non autoincriminarsi. – 5. *Segue*: il diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. – 6. Il riferimento agli articoli 6 della CEDU e 48 della Carta dei diritti fondamentali ed il recepimento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 7. Qualche considerazione finale anche in chiave critica.

1. La direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali[1] risponde all'esigenza – avvertita dal legislatore europeo soprattutto a partire dal 2009 – di consolidare ulteriormente le garanzie delle persone indagate o imputate nei procedimenti penali nell'ambito del c.d. spazio europeo di giustizia[2].

* Dottore di ricerca in "Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" dell'Università degli studi di Salerno.

[1] Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Cfr. L. Camaldo, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 marzo 2016. Ci si permette di rinviare, inoltre, a D. Fanciullo, *The Principle of Presumption of Innocence in the European Union Law: Towards an "Incomplete" Transposition of the Case Law of the European Court of Human Rights?*, in corso di pubblicazione su *Cahiers de droit européen*, 2016, n. 1 e Id., *La direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *Eurojus.it*, 18 aprile 2016.

[2] Sullo spazio europeo di giustizia si rinvia, per tutti, ad A. Di Stasi, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014 ed alla ricca bibliografia ivi richiamata, nonché a L. Kalb (a cura di), «*Spazio europeo di giustizia*» *e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012.

Prima, tra una serie di misure annunciate dalla Commissione europea nel novembre del 2013, essa dovrebbe raggiungere, con tutti i limiti che saranno meglio precisati *infra*, l'ambizioso obiettivo di rafforzare il diritto ad un equo processo nei procedimenti penali e, soprattutto, di stabilire "norme minime comuni" – ai sensi dell'art. 82, par. 2, lett. b) del TFUE, che ne costituisce, pertanto, la base giuridica[3] – in relazione ad "alcuni" aspetti del principio della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali[4].

In tal modo, la direttiva intende promuovere (anche) la fiducia reciproca tra gli Stati membri, facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni in materia penale e favorire la libera circolazione dei cittadini: il tutto, a sostegno del progressivo avanzamento della cooperazione giudiziaria in materia penale che, a ben vedere, evolve piuttosto lentamente rispetto agli altri settori previsti nell'ambito dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia[5].

Cfr., altresì, A. Di Stasi, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, *mandato di arresto europeo e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in A. Barbera, A. Lojodice, M. Scudiero, P. Stanzione (a cura di), *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci*, 2, Catanzaro, 2010; Id., (Lemma) *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (cooperazione giudiziaria in materia penale)*, in AA.VV., *Digesto del processo penale*, Torino, 2012; A. Damato, P. De Pasquale, N. Parisi, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2014, II ed.; A. Iermano, *Garanzie* minime *nello spazio europeo di giustizia penale*, Napoli, 2014; R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014. Cfr., altresì, G. Caggiano, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 335 ss.; C. Amalfitano, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, *ivi*, 2009, p. 73 ss.; N. Parisi, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, *ivi*, 2012, p. 33 ss.; K. Lenaerts, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 525 ss. Come è noto, nella costruzione dello spazio europeo di giustizia penale ha assunto un ruolo determinante la risoluzione del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali. Essa ha portato all'adozione delle seguenti direttive: 2010/64/UE del Parlamento e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; 2012/13/UE del Parlamento e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; 2013/48/UE del Parlamento e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari.

[3] Ove si prevede che "in materia di diritti della persona nella procedura penale", il Parlamento europeo ed il Consiglio "possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria", "laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale".

[4] Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 27 novembre 2013, Progredire nell'attuazione dell'agenda dell'Unione europea sulle garanzie procedurali per indagati e imputati − Rafforzare le basi dello spazio europeo di giustizia penale, COM(2013) 820 def.

[5] Sulla cooperazione giudiziaria in materia penale cfr., tra gli altri, C.M. Paolucci, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, 2011; M. Pedrazzi, I. Viarengo, A. Lang (eds.), *Individual Guarantees in the European Judicial Area in Criminal Matters*, Bruxelles, 2011; A. Boroi, I. Rusu, M. I. Balan-Rusu, *The Judicial Cooperation in Criminal Matters in the European Union*, Saarbrücken, 2012; S. Montaldo, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015; E. Guild, F. Geyer (eds.), *Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation*

Invero, l'intento del "legislatore europeo" di rafforzare le garanzie procedurali delle persone indagate o imputate emerge *ictu oculi* dall'esame delle altre misure che compongono il già menzionato "pacchetto" del 2013 e che hanno ad oggetto la tutela di soggetti particolarmente vulnerabili: *in primis*, la recente direttiva (UE) 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali[6] ed una proposta di direttiva concernente i soggetti economicamente svantaggiati che risultino beneficiari del c.d. patrocinio a spese dello Stato[7]. In secondo luogo, due raccomandazioni aventi ad oggetto, rispettivamente, le garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate nei procedimenti penali[8] ed il diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali[9].

In tale contesto, così brevemente delineato, si colloca, come anticipato, la direttiva 2016/343, che dovrà essere recepita entro il 1° aprile 2018 e che disciplina, oltre al principio della presunzione di innocenza, anche una serie di garanzie procedurali di chiara derivazione giurisprudenziale, quali il diritto di non autoincriminarsi, il diritto di rimanere in silenzio ed il diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

2. L'esigenza di rafforzare il principio della presunzione di innocenza ed i suoi corollari non costituisce sicuramente un *quid novi* sul piano europeo.

Lo testimonia, innanzitutto, l'adozione del Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza, con il quale nel 2006 la Commissione aveva rivolto una serie di quesiti agli Stati membri dell'Unione europea, al fine di verificare se la presunzione di innocenza fosse intesa allo stesso modo all'interno dei diversi ordinamenti giuridici nazionali[10]. Nel rispondere a tali interrogativi, undici Stati membri si erano dichiarati favorevoli ad un'iniziativa europea che introducesse misure volte ad assicurare "in concreto" il rispetto di tale principio[11]. Invero, il Libro verde rispondeva ad un duplice interesse della Commissione europea: verificare se le cause transfrontaliere

in the European Union, London, 2016. Cfr., inoltre, B. Nascimbene, *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 518 ss.

[6] Direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali. Cfr. L. Salazar, *Presto una direttiva dell'Unione sui diritti processuali del minore autore di reato*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2015, p. 33 ss. Ci si permette di rinviare, infine, a D. Fanciullo, *Le garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate nei procedimenti penali nel diritto dell'Unione europea: stato attuale e prospettive future*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, n. 2, p. 1 ss.

[7] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2013, sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, COM(2013) 824 final. Ci si permette di rinviare a D. Fanciullo, *Il diritto al patrocinio a spese dello Stato nello spazio europeo di giustizia penale: verso una disciplina armonizzata?*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, pp. 447-476.

[8] Raccomandazione della Commissione, del 27 novembre 2013, sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali, 2013/C 378/02.

[9] Raccomandazione della Commissione, del 27 novembre 2013, sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali, 2013/C 378/03.

[10] Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza, COM(2006) 174 def., del 26 aprile 2006.

[11] In quell'occasione si era, altresì, sottolineato che nelle indagini dirette nei confronti degli stranieri e dei non residenti sembrava operare piuttosto un principio di "presunzione di colpevolezza".

presentassero particolari problematiche in questo settore e se la legislazione dell'UE potesse rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati.

Lo conferma, in secondo luogo, il Programma di Stoccolma, segnatamente il punto 2.4 concernente i "diritti della persona nei procedimenti penali", ove il Consiglio aveva invitato la Commissione europea ad "esaminare ulteriori aspetti dei diritti procedurali minimi di indagati e imputati e [a] valutare se sia necessario affrontare altre questioni, ad esempio la presunzione di innocenza, per promuovere una migliore cooperazione nel settore"[12].

D'altra parte, l'estrema rilevanza del principio *de quo* emerge anche dal Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione, ove la presunzione di non colpevolezza appare strettamente correlata all'obbligo di garantire il diritto alla libertà, considerato essenziale per l'applicazione di una misura a carattere eccezionale quale la custodia cautelare[13]; nonché dalla direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine (OEI) penale, ove si legge che l'autorità di emissione di un OEI dovrebbe prestare particolare attenzione al pieno rispetto della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa[14]: eventuali limitazioni di tali diritti mediante un atto di indagine dovrebbero rispettare pienamente i requisiti stabiliti nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, in ordine alla necessità, agli obiettivi di interesse generale da perseguire ed all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Su tali basi, al fine di facilitare la stesura della direttiva 2016/343, la stessa Commissione europea aveva avviato uno studio avente l'obiettivo di individuare l'*iter* migliore per rafforzare il principio della presunzione di innocenza, mediante l'approfondimento e la comprensione della legislazione esistente nei diversi Stati membri dell'Unione europea nonché delle più significative pronunce giurisprudenziali[15].

3. La versione definitiva della direttiva 2016/343 – che non trova applicazione per Regno Unito, Irlanda e Danimarca – costituisce il "compromesso" finale di un acceso dibattito inter-istituzionale in ordine alla definizione dell'esatta portata di una serie di disposizioni previste nell'originario testo proposto dalla Commissione europea.

Tra i punti oggetto di maggiore discussione si colloca la questione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva che – nel testo finale – risulta limitato

[12] Programma di Stoccolma − Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, 2010/C 115/01.

[13] Libro verde, Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo − Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione, COM(2011) 327 def., del 14 giugno 2011, in part. punto 4. A sua volta, il Libro verde richiama la decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, le cui misure dovrebbero, *inter alia*, "mirare inoltre a rafforzare il diritto alla libertà e la presunzione di innocenza nell'Unione europea nel suo complesso".

[14] Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in particolare 12° 'considerando'.

[15] Lo studio è stato affidato al Centre for Strategy & Evaluation Services ed aveva l'obiettivo di raccogliere esempi concreti di questioni sorte nel diritto interno, nella prassi e nei casi transfrontalieri. V. http://ec.europa.eu/justice.

soltanto ai procedimenti penali, così come intesi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e fatta salva la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: sono esclusi, pertanto, i procedimenti civili ed amministrativi "anche quando questi ultimi possono comportare sanzioni, quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio, servizi finanziari, circolazione stradale, fiscalità o maggiorazioni d'imposta, e alle indagini connesse svolte da autorità amministrative"[16].

Anche l'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva è stato oggetto di ampia discussione con particolare riferimento alla sua estensione alle persone giuridiche[17], laddove il testo definitivo – come chiaramente si evince dall'art. 2 e dal 12° 'considerando' – è limitato soltanto alle persone fisiche che sono indagate o imputate in un procedimento penale[18]. La *ratio* di siffatta "esclusione" è desumibile dal 13° 'considerando', ove si fa riferimento a "diversi livelli ed esigenze di tutela di alcuni aspetti della presunzione di innocenza con riferimento alle persone fisiche e giuridiche. Per quanto riguarda le persone fisiche, tale protezione rispecchia la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di giustizia ha tuttavia riconosciuto che i diritti derivanti dalla presunzione di innocenza non sorgono in capo alle persone giuridiche allo stesso modo rispetto a quanto accade per le persone fisiche".

Inoltre, vi si legge che sul piano del diritto dell'UE è (addirittura) prematuro legiferare in materia di presunzione di innocenza con riferimento alle persone giuridiche, laddove per queste ultime si rinvia alla protezione offerta dalle garanzie normative e dalla giurisprudenza esistenti[19]. È fatta salva, tuttavia, l'applicazione della presunzione di innocenza alle persone giuridiche così come sancita nella CEDU e come interpretata dalla giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo[20].

Quanto all'ambito di applicazione *ratione temporis*, ai sensi dell'art. 2 la direttiva copre ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi

---

16 11° 'considerando'. Invero, in sede di discussione il Parlamento europeo aveva sostenuto che la direttiva avrebbe dovuto applicarsi non soltanto ai procedimenti penali, ma anche ai "similar proceedings of a criminal nature leading to comparable sanctions of a punitive and deterrent nature". La Presidenza del Consiglio, tuttavia, si era opposta a tale emendamento per motivi di coerenza con le direttive già adottate e perché non lo reputava necessario in quanto la nozione di "procedimento penale" è una nozione autonoma che deve, dunque, essere interpretata dalla Corte di giustizia. Cfr. la nota inviata dalla Presidenza alle Delegazioni, del 29 luglio 2015, http://db.eurocrim.org.

17 Estensione che, invero, era stata proposta da un emendamento del Parlamento europeo. Cfr., in dottrina, H. P. Nehl, *Article 48 – Presumtion of Innocence and Right of Defence (Administrative Law)*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1277 ss., in particolare p. 1282. Vi si legge: "The *personal scope* of application of the presumption of innocence thus covers any natural or legal persons (see Article 48(1): 'everyone') charged with and liable to be held responsible for an infringement of EU competition law that may give rise to a decision stating the infringement and imposing a pecuniary sanction, ie mainly fines or periodic penalty payments under Articles 23 and 24 of Regulation 1/2003 or Article 14 of Regulation 139/2004".

18 Il 27 ottobre 2015 la Presidenza del Consiglio dell'Unione europea ed i rappresentanti del Parlamento europeo hanno raggiunto un accordo "ad referendum" in tal senso, che può essere consultato al seguente indirizzo: http://data.consilium.europa.eu.

19 14° e 15° 'considerando'.

20 14° 'considerando'.

definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato. Tale disposizione può essere letta in combinato disposto con il 12° 'considerando', ove si precisa che la direttiva trova applicazione anche prima che una persona sia informata, mediante notifica ufficiale o in un altro modo, di essere indagata o imputata[21].

Al contempo, con una formula alquanto generica, l'art. 3 della direttiva cristallizza l'obiettivo di rafforzare soltanto alcuni aspetti della presunzione di innocenza dei soggetti indagati o imputati nei procedimenti penali "sino a quando non ne sia stata legalmente provata la colpevolezza", generando non poche perplessità in ordine all'esatta portata del principio *de quo*. Siffatta espressione è meglio precisata dal 12° 'considerando', ai sensi del quale la direttiva trova applicazione fino a quando "non diventi definitiva la decisione che stabilisce in maniera finale se l'indagato o l'imputato abbia commesso il reato".

Indubbio rilievo assume, inoltre, l'art. 4 della direttiva, concernente i riferimenti in pubblico alla colpevolezza, ove si precisa che gli Stati membri devono adottare le misure necessarie a garantire che "le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole", fino a quando non sia stata legalmente provata la colpevolezza di un indagato o imputato; ai sensi del 17° 'considerando', per "dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche", si intendono quelle riconducibili ad un reato e provenienti da un'autorità coinvolta nel procedimento penale che ha ad oggetto tale reato, quali le autorità giudiziarie, di polizia e altre autorità preposte all'applicazione della legge, o da un'altra autorità pubblica, quali ministri e altri funzionari pubblici, fermo restando che ciò lascia impregiudicato il diritto nazionale in materia di immunità[22]. È fatta salva, comunque, la possibilità di "divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale o per l'interesse pubblico"[23]. Così come sono "impregiudicati gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza dell'inda-

[21] La stessa disposizione precisa, inoltre: "Le azioni legali e i mezzi di ricorso che sono disponibili solo quando tale decisione è divenuta definitiva, comprese le azioni dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva".

[22] Tra le numerose pronunce della Corte EDU si segnala, in particolare, la sentenza del 10 novembre 2015, ric. n. 58500/10, *Slavov* e *altri* c. *Bulgaria*, con la quale la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione della presunzione di innocenza in seguito alla dichiarazioni rilasciate dal Ministro dell'interno nel corso di un'intervista in occasione della quale aveva additato il ricorrente come colpevole. Con la sentenza del 21 luglio 2015, ric. n. 23319/08, *Neagoe* c. *Romania*, la presunzione di innocenza risulta violata in seguito alle dichiarazioni rese da un giudice che, anziché limitarsi ad indicare alla stampa lo stato di avanzamento della causa, aveva sostanzialmente anticipato la condanna dell'imputato. Ancora, con la sentenza del 16 giugno 2015, ric. n. 48621/07, *Dicle* e *Sadak* c. *Turchia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha considerato violata la presunzione di innocenza in quanto i ricorrenti, sebbene fossero stati condannati in seguito ad un processo giudicato non equo dagli stessi giudici di Strasburgo, venivano ancora additati come "colpevoli" nell'ambito di un nuovo giudizio. Con la sentenza del 22 maggio 2014, ric. n. 15172/13, *Ilgar Mammadov* c. *Azerbaigian*, la Corte europea ha accertato una violazione della presunzione di innocenza in seguito alle dichiarazioni rilasciate nel corso delle indagini dal Procuratore generale e dal Ministro dell'interno, che consideravano il ricorrente responsabile di disordini pubblici.

[23] Si pensi, nel primo caso, e ai sensi del 18° 'considerando', alla diffusione di materiale video e all'invito al pubblico a collaborare nell'individuazione del presunto autore del reato e, nella seconda ipotesi, al "caso in cui, per motivi di sicurezza, agli abitanti di una zona interessata da un presunto reato ambientale

gato o imputato e le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie o da altre autorità competenti e fondate sul sospetto o su indizi di reità"[24].

Invero, siffatta disposizione, specie se letta in combinato disposto con il 16° 'considerando', costituisce una chiara – sia pur implicita – espressione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto le dichiarazioni pubbliche, così come le decisioni giudiziarie, non dovrebbero rispecchiare l'idea che una persona sia colpevole; sul punto la Corte di Strasburgo è intervenuta in varie occasioni, perfezionando notevolmente la sua giurisprudenza che, com'è noto, distingue tra una "mera dichiarazione" che una persona è sospettata di aver commesso il reato ed una "chiara dichiarazione", in assenza di una condanna definitiva, che una persona ha commesso il reato[25].

Segue l'art. 5 della direttiva, rubricato "presentazione degli indagati e imputati", ai sensi del quale: "Gli Stati membri adottano le misure appropriate per garantire che gli indagati e imputati non siano presentati come colpevoli, in tribunale o in pubblico, attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica. (…) Il paragrafo 1 non osta a che gli Stati membri applichino misure di coercizione fisica che si rivelino necessarie per ragioni legate al caso di specie, in relazione alla sicurezza o al fine di impedire che gli indagati o imputati fuggano o entrino in contatto con terzi". Tale disposizione è ulteriormente specificata dal 20° 'considerando', che annovera, tra le misure di coercizione fisica, le manette, le gabbie di vetro o di altro tipo e i ferri alle gambe e dal 21° 'considerando' che invita invece le autorità degli Stati membri a non presentare gli indagati e gli imputati con uniformi carcerarie "onde evitare di dare l'impressione che siano colpevoli".

L'art. 6 della direttiva, ancora una volta in sintonia con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, stabilisce che l'onere della prova incombe sulla pubblica accusa "fatti salvi l'eventuale obbligo per il giudice o il tribunale competente di ricercare le prove sia a carico sia a discarico e il diritto della difesa di produrre prove in conformità del diritto nazionale applicabile". A tal proposito, gli Stati membri dovrebbero fare in modo che ogni dubbio in merito alla colpevolezza venga valutato in favore dell'indagato o dell'imputato.

4. La direttiva oggetto del presente studio cristallizza anche il diritto di rimanere in silenzio ed il diritto di non autoincriminarsi (art. 7), entrambi considerati "standard internazionali" ed aspetti specifici del principio della presunzione di innocenza[26]: essi mirano, in buona sostanza, ad evitare che gli indagati e gli imputati

---

siano fornite informazioni o la pubblica accusa o un'altra autorità competente fornisca informazioni oggettive sullo stato del procedimento penale al fine di prevenire turbative dell'ordine pubblico".

[24] Tali affermazioni sono meglio specificate dal 16° 'considerando'.

[25] Cfr., *ex multis*, Corte EDU, sentenza del 10 gennaio 2012, ric. n. 33468/03, *Vulakh* e *altri* c. *Russia*, par. 32; sentenza del 21 ottobre 2010, ric. n. 25404/09, *Gaforov* c. *Russia*, par. 210; sentenza del 23 ottobre 2008, ric. n. 13470/02, *Khuzhin* e *altri* c. *Russia*, par. 94; sentenza del 27 febbraio 2007, ric. n. 65559/01, *Nešťák* c. *Slovacchia*, paragrafi 88-89; sentenza del 6 febbraio 2007, ric. n. 14348/02, *Garycki* c. *Polonia*, par. 71; sentenza del 13 gennaio 2005, ric. n. 42914/98, *Capeau* c. *Belgio*, par. 22; sentenza del 3 ottobre 2002, ric. n. 37568/97, *Böhmer* c. *Germania*, paragrafi 54 e 56.

[26] V. per tutte Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 17 dicembre 1996, ric. n. 19187/91, *Saunders* c. *Regno Unito*, paragrafi 68-69, ove si precisa: "The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention (art. 6), the right to silence and the right not to

siano in qualche modo "costretti" a produrre prove o documenti ed a fornire informazioni che possano indurli ad autoincriminarsi[27].

A tal proposito, sembra opportuno precisare che il riconoscimento del diritto di rimanere in silenzio e del diritto di non autoincriminarsi è avvenuto, sul piano europeo, soltanto per via giurisprudenziale, in quanto né l'art. 6 della CEDU né il Capo VI della Carta di Nizza/Strasburgo contengono riferimenti a tali diritti[28].

Orbene, l'esercizio del *right to remain silent* e del *privilege against self-incrimination* – che non possono essere invocati in relazione a domande concernenti l'identificazione dell'indagato e dell'imputato – consente innanzitutto alle autorità giudiziarie di tenere in debita considerazione, al momento dell'adozione della decisione finale, il comportamento collaborativo degli indagati e degli imputati; al contempo, proibisce alle autorità competenti di considerare l'esercizio di siffatti diritti come una prova di colpevolezza.

La stessa disposizione precisa, inoltre, che l'esercizio del diritto di non autoincriminarsi non impedisce "alle autorità competenti di raccogliere prove che possono essere ottenute lecitamente ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà dell'indagato o imputato"; si pensi, ad esempio, al materiale ottenuto sulla base di un mandato, o per il quale sussista l'obbligo per legge di conservarlo e fornirlo su richiesta, o all'analisi dell'aria alveolare espirata, del sangue o delle urine, o dei tessuti corporei per la prova del DNA (29° 'considerando').

Inoltre, come specificato dal sesto paragrafo dell'art. 7, gli Stati membri possono "prevedere che, in relazione ai reati minori, lo svolgimento del procedimento, o di alcune sue fasi, possa avvenire per iscritto o senza un interrogatorio dell'indagato o imputato da parte delle autorità competenti in merito al reato ascritto loro, purché ciò rispetti il diritto a un equo processo"[29]. Anche in questo caso sono richia-

---

incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6). Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6".

[27] Sul diritto di non autoincriminarsi cfr., in dottrina, R. Palladino, *Diritto "al processo" e diritti "nel processo": Corte di San José e Corte di Strasburgo a confronto*, in L. Cassetti, A. Di Stasi, C. Landa Arroyo, *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, 2014, p. 89 ss., in part. p. 89 ove si afferma che "il privilegio della non autoincriminazione deriva dall'affermazione del principio della presunzione di innocenza e di non colpevolezza ed è espressione del principio racchiuso nel brocardo *nemo tenetur se detegere*, che trova articolazione nel diritto a non essere interrogato (*right not to be questioned*), nel diritto a non autoincriminarsi (*privilege against self-incrimination*) e nel diritto al silenzio (*right to silence*)". L'A. richiama, a sua volta, E. Amodio, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Rivista di diritto processuale*, 1974, p. 412. V., inoltre, E. M. Catalano, *Diritto al silenzio, right not to be questioned e tutela dalla autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cassazione penale*, 2011, p. 4018 ss.

[28] Il Patto internazionale sui diritti civili e politici prevede, invece, all'art. 14, par. 3, lett. g), tra le garanzie minime riconosciute ad ogni persona accusata di un reato il diritto di "non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole".

[29] Si veda, inoltre, il 30° 'considerando', ai sensi del quale: "Il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi non dovrebbero impedire agli Stati membri di decidere che, per quanto riguarda le infrazioni minori, quali le infrazioni minori del codice della strada, lo svolgimento del procedimento, o di alcune sue fasi, possa avvenire per iscritto o senza un interrogatorio dell'indagato o imputato da parte delle autorità competenti in merito al reato in questione, purché ciò avvenga in conformità con il diritto a un equo processo".

mati i principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: lo testimonia, in particolare, il 27° 'considerando' ai sensi del quale per stabilire l'eventuale violazione del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi è necessario tener conto dell'interpretazione del diritto a un equo processo fornita dalla Corte di Strasburgo.

Parimenti, si dovrebbe prendere in considerazione la giurisprudenza della stessa Corte allorché le dichiarazioni ottenute mediante tortura o altri maltrattamenti in violazione dell'art. 3 della CEDU vengano ammesse come mezzi di prova per accertare i fatti in un procedimento penale, violando in tal modo il diritto all'equo processo[30].

Infine, gli indagati e gli imputati dovrebbero essere informati del diritto di non autoincriminarsi sia quando ricevono informazioni sui loro diritti, sia quando ricevono la comunicazione dei diritti ai sensi, rispettivamente, degli articoli 3 e 4 della già citata direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

5. La direttiva 2016/343 disciplina, infine, il diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali che, com'è noto, costituisce un elemento essenziale del diritto ad un equo processo, di cui all'art. 6 della CEDU e agli articoli 47 e 48, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali[31].

L'esercizio di tale diritto – che può essere invocato soltanto nel caso in cui le norme procedurali nazionali consentano lo svolgimento di una o più udienze, mentre non opera ove esse non siano previste o sia prevista soltanto una procedura scritta – consente agli indagati ed agli imputati di chiedere il differimento della data del processo nel caso in cui non possano prendervi parte "per ragioni che sfuggono al loro controllo"[32].

Tuttavia, siffatto diritto non è assoluto, poiché in alcuni casi lo svolgimento del processo o l'adozione della decisione sulla colpevolezza o innocenza possono avvenire anche in assenza del soggetto interessato: ad esempio, qualora quest'ultimo sia

[30] Cfr., in tal senso, il 45° 'considerando'. Tra le numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo si segnalano: la sentenza del 17 dicembre 2015, ric. n. 15102/10, *Sobko* c. *Ucraina*, che accerta una violazione del principio del *nemo tenetur se detegere* in quanto il ricorrente era stato condannato sulla base di una serie di dichiarazioni autoincriminanti rese nel corso dell'interrogatorio di polizia in assenza di un difensore; la sentenza del 21 luglio 2015, ric. nn. 29376/12 e 29384/12, *Zachar* e *Čierny* c. *Slovacchia*, in cui viene rilevata una violazione dell'art. 6 della CEDU poiché sull'esito del processo avevano influito, seppur in modo non determinante, le dichiarazioni confessorie rese dai ricorrenti durante le fasi iniziali del procedimento ed in assenza del difensore; la sentenza del 7 aprile 2015, ric. n. 16667/10, *O'Donnell* c. *Regno Unito*, che escluse la violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU in seguito all'utilizzo da parte della giuria, a sostegno di altre prove, del silenzio dell'imputato; la sentenza del 19 febbraio 2015, ric. n. 57980/11, *Zhyzitskyy* c. *Ucraina*, in cui viene sancita la violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU in ragione dell'utilizzo delle dichiarazioni confessorie rese sotto tortura; la sentenza del 5 febbraio 2015, ric. n. 29644/10, *Ogorodnik* c. *Ucraina*, con la quale viene accertata la violazione del diritto a non autoincriminarsi e del diritto di difesa tecnica, per l'impiego di dichiarazioni confessorie rese nel corso dell'interrogatorio di polizia, senza l'assistenza di un difensore.

[31] Cfr. in tal caso la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107, paragrafi 49-50. Va rilevato che in sede di esame dei progetti di atti legislativi trasmessi ai sensi del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità erano emerse, per il nostro ordinamento, alcune criticità in relazione al diritto di presenziare al processo. V. http://www.senato.it.

[32] 34° 'considerando'.

stato comunque informato del processo ed abbia conferito mandato ad un difensore, di fiducia o d'ufficio, che lo abbia rappresentato in giudizio[33]; o qualora l'indagato o l'imputato siano stati informati in tempo utile del processo e delle conseguenze di una mancata comparizione e siano stati rappresentati da un difensore[34].

È comunque consentita agli Stati membri l'adozione e l'esecuzione di una decisione laddove l'indagato o l'imputato non possano essere rintracciati in alcun modo, ad esempio in caso di fuga o latitanza: in tali ipotesi, tuttavia, questi ultimi dovrebbero essere informati, per iscritto o oralmente, dell'adozione della decisione, della possibilità di impugnarla e del diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale che consenta di riesaminare il merito della causa, ivi compreso l'esame di nuove prove, e che possa condurre alla riforma della decisione originaria, ai sensi dell'art. 9 della stessa direttiva.

Inoltre, il diritto di presenziare al processo non risulta violato, purché vengano rispettati i diritti della difesa, nel caso in cui il giudice, per garantire il corretto svolgimento del procedimento penale, allontani temporaneamente l'indagato o l'imputato, ad esempio, ove la sua presenza ostacoli l'audizione di un testimone.

Sono fatte salve, soprattutto per il diritto di presenziare al processo e per il diritto ad un nuovo processo, le esigenze specifiche delle persone vulnerabili, ed in particolare dei minori: in tal caso è richiamata la già menzionata raccomandazione della Commissione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili, che considera tali gli indagati o imputati che non siano in grado di capire o partecipare efficacemente al procedimento penale per ragioni di età, condizioni mentali o fisiche o eventuali disabilità.

Infine, gli Stati membri sono tenuti a garantire ad indagati ed imputati un mezzo di ricorso effettivo nell'ipotesi in cui siano violati i diritti previsti dalla direttiva.

6. Sebbene il principio della presunzione di innocenza sia, ormai da tempo, oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza nazionale ed europea nonché al centro del dibattito della più autorevole dottrina, non è semplice darne una definizione precisa ed esaustiva[35]. La problematicità di talune questioni ad esso strettamente riconducibili – quali, ad esempio, le inevitabili ripercussioni sulla libertà di espressione e sul diritto di cronaca – ha indotto il giudice "europeo" ad un costante intervento in materia.

Come precisato in dottrina, la presunzione di innocenza costituisce un elemento essenziale di un sistema processuale penale che rispetti, innanzitutto, la persona in

[33] 37° 'considerando'.

[34] Art. 8, par. 2, e 36° 'considerando'. Si precisa, altresì: "Il fatto che l'indagato o imputato sia informato del processo dovrebbe essere inteso nel senso che l'interessato è citato personalmente o è informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo in modo tale da consentirgli di venire a conoscenza del processo. Il fatto che l'indagato o imputato sia informato delle conseguenze di una mancata comparizione dovrebbe essere inteso, in particolare, nel senso che l'interessato è informato del fatto che potrebbe essere pronunciata la decisione nel caso in cui non compaia in giudizio".

[35] Com'è noto, il principio della presunzione di innocenza trova riconoscimento nei più importanti atti internazionali: esso è disciplinato dall'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; dall'art. 14, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici; dall'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino; e dall'art. 66 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale. Sul piano nazionale, infine, l'art. 27, co. 2, della Costituzione dispone: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

quanto tale, i suoi valori e la sua dignità[36]. Nondimeno, la stessa giurisprudenza europea ha, in più occasioni, ritenuto che la presunzione di innocenza sia volta a garantire i diritti della difesa e a favorire il rispetto dell'onore e della dignità dell'indagato o dell'imputato[37].

Orbene, dall'analisi delle disposizioni della direttiva concernenti il principio della presunzione di innocenza emerge, come si è visto, il puntuale riferimento agli articoli 6 della CEDU e 48 della Carta dei diritti fondamentali i quali, com'è noto, con una formulazione pressoché identica sanciscono, rispettivamente, che "[o]gni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata"[38] e che "[o]gni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata"[39].

Collocata all'interno del Capo VI dedicato alla "Giustizia", quest'ultima disposizione costituisce una specificazione del più generico diritto al *fair trial* ed assume, altresì, un'indubbia rilevanza nel perfezionando "spazio europeo di giustizia" in quanto si pone in stretta correlazione con le previsioni del Trattato di Lisbona ed in particolare con le disposizioni del Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea[40].

Pur nella sua estrema sinteticità, l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali costituisce uno strumento potenzialmente idoneo ad ovviare alle difformità di disci-

---

[36] Cfr. M. Chiavario, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 1089 ss.

[37] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 maggio 2011, ric. n. 53466/07, *Konstas* c. *Grecia*, par. 32. Per un commento a tale sentenza, v. G. Garuti (a cura di), *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo. Mancato rispetto della presunzione di non colpevolezza e diritto a un ricorso effettivo*, in *Diritto penale e processo*, 2011, n. 11, p. 908 s.

[38] Sull'art. 6, par. 2, CEDU ci si permette di rinviare a D. Fanciullo, *Il diritto all'equo processo*, in A. Di Stasi, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012, p. 148 ss. ed alla bibliografia ivi indicata.

[39] Sull'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ci si permette di rinviare a D. Fanciullo, *Il principio della presunzione di innocenza ed il rispetto dei diritti della difesa* ex *art. 48 della Carta dei diritti fondamentali*, in A. Di Stasi, *Spazio europeo e diritti di giustizia*, cit., p. 211 ss. ed alla bibliografia ivi indicata. V., in particolare, M. Borraccetti, *Art. 48. Presunzione di innocenza e diritti della difesa*, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009, p. 573 ss.; M. D'Amico, *Article 48 − Presumption of Innocence and Right of Defence*, in W.B.T. Mock, G. Demuro (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010, p. 299 ss. V., inoltre, anche nell'ottica di un più generale commento al Capo VI della Carta, A. Di Stasi, *Rispetto dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia: a proposito del Titolo VI della Carta dei diritti fondamentali*, in L. Panella (a cura di), *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2013, p. 327 ss.

[40] L'art. 48 della Carta costituisce il "compromesso" finale di un acceso dibattito che, nel corso dei lavori preparatori, aveva visto contrapporsi le posizioni di quanti ritenevano che la presunzione di innocenza ed i diritti della difesa dovessero essere trattati unitamente alle più generiche previsioni dell'equo processo − di cui al precedente art. 47 − e quanti dibattevano, invece, sul destinatario ultimo delle garanzie in esso previste, ovvero "ogni persona accusata", "ogni persona accusata di un reato", infine "ogni imputato". Su tali aspetti si rinvia alle più autorevoli considerazioni sui lavori preparatori della Carta dei diritti fondamentali in M. Panebianco (dir.), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, 2001, p. 456 ss., in part. p. 457 ss.

plina della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa nei diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione europea[41]; per altro verso, tuttavia, esso non appare sufficiente a garantire "in concreto" il rispetto della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa da parte di questi ultimi[42].

Da qui la necessità di integrare la lapidaria formula utilizzata con una normativa uniforme di maggiore specificazione e dettaglio che non soltanto allontani il rischio che tale articolo resti una mera enunciazione di principio, ma gli attribuisca, allo stesso tempo, anche un contenuto "minimo" comune: d'altra parte, la necessità di introdurre normative che non si limitino semplicemente a rispettare le disposizioni della Carta di Nizza/Strasburgo, ma che diano, piuttosto, attuazione "concreta" ai diritti ed ai principi in essa contenuti ben rispecchia le attuali "politiche" europee[43].

Orbene, proprio per far fronte a tali esigenze è stata adottata la direttiva (UE) 2016/343 che, nel garantire (tra l'altro) il rispetto della presunzione di innocenza, recepisce, in buona sostanza, i principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, soprattutto in relazione al contenuto "tipico" di tale diritto. Ci si riferisce, in particolare, all'impossibilità di trarre elementi di colpevolezza dalle decisioni o dalle dichiarazioni che precedono la sentenza definitiva; all'attribuzione dell'*onus probandi* in capo alla pubblica accusa e all'applicazione del principio del *favor rei* in caso di dubbi sulla colpevolezza dell'imputato; infine, al diritto dell'imputato di essere informato delle accuse nei suoi confronti[44]: principi che, com'è noto, sono stati condivisi anche dalla stessa Corte di giustizia dell'Unione europea[45].

---

41 Il principio della presunzione di innocenza ed i diritti della difesa non sono intesi allo stesso modo all'interno dei diversi sistemi giuridici nazionali. La divergenza di disciplina è evidenziata, ad esempio, dal Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for measures on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings, SWD(2013) 478 final, Bruxelles, del 27 novembre 2013, reperibile *online*. Per un'efficace sintesi della disciplina del principio della presunzione di innocenza nel contesto degli altri ordinamenti giuridici nazionali si rinvia al volume di P. P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, in part. p. 5 ss.

42 La portata ed il significato di una disposizione oltremodo sintetica − quale l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali − trovano il proprio *humus* di sviluppo nell'applicazione e nell'interpretazione fornite dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

43 Su questo aspetto è possibile richiamare, *ex multis*, il Commission staff working document on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights in 2012, ove si precisa, al punto 2.1, che è necessario porre in essere una normativa che non si limiti soltanto a rispettare le disposizioni della Carta ma che dia, invece, ad esse attuazione concreta.

44 Cfr., in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 marzo 2010, ric. n. 44418/07, *Poncelet* c. *Belgio*, par. 51; sentenza del 28 novembre 2002, ric. n. 58442/00, *Lavents* c. *Lituania*, par. 125; sentenza del 23 luglio 2002, ric. n. 34619/97, *Janosevic* c. *Svizzera*, par. 97; sentenza del 23 luglio 2002, ric. n. 36985/97, *Västberga Taxi Aktiebolag* e *Vulic* c. *Svizzera*, par. 101; sentenza del 6 dicembre 1998, ric. nn. 10588/83, 10589/83 e 10590/83, *Barberà, Messegué* e *Jabardo* c. *Spagna*, par. 77.

45 Sul punto appaiono particolarmente interessanti le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 3 maggio 2007, causa C-62/06, *Fazenda Pública*, ECLI:EU:C:2007:264, punti 59-61: "La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo chiarisce il principio della presunzione di innocenza. Ne emerge che questo principio si presenta con sfumature differenti. (…) Il principio della presunzione di innocenza interviene solo a favore di una persona accusata di un atto perseguibile a norma di legge. Esso impone allo Stato di trattare l'accusato come se non avesse commesso reati fino a quando lo Stato, nella persona delle autorità che esercitano l'azione penale, abbia prodotto prove sufficienti che convincano un giudice indipendente e imparziale della sua colpevolezza. Di norma il pubblico ministero deve provare

Quest'ultima, invero – come chiaramente emerge dallo studio della casistica giurisprudenziale – è stata spesso chiamata a verificare il rispetto della presunzione di innocenza, soprattutto in relazione ad alcune controversie aventi ad oggetto la tutela della concorrenza, in particolare nelle ipotesi caratterizzate da una violazione che possa sfociare nell'irrogazione di un'ammenda o di una penalità di mora[46].

Infatti, i giudici di Lussemburgo hanno in più occasioni precisato che "[a]lla luce della natura delle infrazioni di cui trattasi nonché della natura e del grado di severità delle sanzioni che possono discenderne, la presunzione di innocenza si applica, in particolare, alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nell'irrogazione di ammende o penalità di mora"[47].

---

la colpevolezza dell'accusato al di là di ogni dubbio. Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo l'onere della prova spetta al pubblico ministero e l'accusato deve avere il beneficio di qualsiasi dubbio che sussista. Inoltre, nessun giudice o pubblico ufficiale può dichiarare che l'accusato si è reso responsabile di un reato prima che sia stato chiamato a giudizio e condannato".

[46] Cfr. M. Guerrin, *La libre concurrence à l'épreuve des libertés individuelles*, in *Droit et Société*, 2003, n. 53, p. 87 ss., in part. pp. 101-102, ove l'A. afferma: "(…) la Charte comme la Convention étendent aux procédures de concurrence les garanties qui découlent du droit à un procès équitable, de rigueur en matière pénale, et, selon le même raisonnement que l'on peut qualifier d'interprétation extensive de la jurisprudence, il n'est pas interdit de considérer que la Commission européenne comme les autres autorités nationales en charge des règles de concurrence présentent certaines des caractéristiques d'un tribunal puisqu'elles adoptent des décisions de nature pénale selon des procédures respectant le principe de presumption d'innocence". V., inoltre, I. Van Bael, *Due Process in EU Competition Proceedings*, Leiden, 2011, in part. p. 101, ove l'A. sottolinea che con la sentenza *Hüls AG*, la Corte di giustizia ha espressamente riconosciuto l'applicabilità della presunzione di innocenza alla materia della concorrenza. V. sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1999, causa C-199/92 P, *Hüls AG*, ECLI:EU:C:1999:358. Particolarmente interessanti appaiono anche le conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 23 febbraio 2016, causa C-614/14, *Procedimento penale contro Atanas Ognyanov*, ECLI:EU:C:2016:111: il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia se l'art. 267 TFUE, in combinato disposto con gli articoli 94 del regolamento di procedura nonché con gli articoli 47 e 48 della Carta, debba essere interpretato nel senso che osti ad una normativa nazionale che imponga al giudice del rinvio di dichiarare la propria incompetenza in merito al procedimento principale per aver esposto, nell'ambito della sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il contesto di fatto e di diritto di tale procedimento, venendo così meno al suo dovere di imparzialità e violando il diritto alla presunzione di innocenza. L'Avvocato generale precisa: "Purché correttamente applicate, le modalità sancite dagli articoli 267 TFUE e 94 del regolamento di procedura ai fini della presentazione di una domanda di pronuncia pregiudiziale non possono dunque né compromettere l'imparzialità del giudice del rinvio né violare il diritto alla presunzione d'innocenza, sanciti rispettivamente agli articoli 47 e 48 della Carta".

[47] Sentenza del Tribunale del 12 aprile 2013, causa T-401-08, *Säveltäjäin Tekijänoikeustoimisto Teosto* c. *Commissione*, ECLI:EU:T2013:170, punto 89. Cfr., inoltre, sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012, causa C-89/11 P, *E.ON Energie AG*, ECLI:EU:C:2012:738, punto 73. V., infine, sentenza del Tribunale del 14 luglio 2011, causa T-190/06, *Total SA* e *Elf Aquitaine SA*, ECLI:EU:T:2011:378, punti 123 e 127. V., inoltre, sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 26 novembre 2013, causa C-40/12 P, *Gascogne Sack Deutschland GmbH*, ECLI:EU:C:2013:768, punto 30, ove si precisa che "la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha confermato che la presunzione secondo la quale una società controllante che detenga totalmente o quasi totalmente il capitale della sua controllata esercita effettivamente un'influenza determinante su quest'ultima non è incompatibile con il principio di presunzione di innocenza"; al contempo, v. sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2014, causa C-243/12 P, *FLS Plast A/S*, ECLI:EU:C:2014:2006, punto 27.

Ad ulteriore specificazione di quanto appena detto, gli stessi giudici hanno altresì precisato che "qualora sussista un dubbio nella mente del giudice, esso deve andare a beneficio dell'impresa destinataria della decisione che constata un'infrazione"[48].

Ancora, per i giudici di Kirchberg sussiste una violazione della presunzione di innocenza in presenza di qualsiasi "constatazione formale" o "qualsiasi allusione alla responsabilità della persona cui sia imputata una data infrazione in una decisione che pone fine all'azione", che avvengano nell'ambito di un procedimento in cui il soggetto non abbia potuto beneficiare di tutte le garanzie connesse all'esercizio del diritto di difesa[49].

Tuttavia, il principio stesso è compatibile con l'adozione di misure cautelari che non costituiscano sanzioni e non pregiudichino in alcun modo l'innocenza o la colpevolezza della persona interessata, a patto che tali misure siano previste dalla legge, siano adottate dall'autorità competente e siano limitate nel tempo[50].

Dunque, da quanto brevemente precisato, risulta evidente che la recente direttiva non è altro che la specificazione, sul piano normativo, del principio solennemente affermato dal primo paragrafo dell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali oltre che dal secondo paragrafo dell'art. 6 della CEDU, così come sviluppati ed interpretati dalla prassi giurisprudenziale.

7. Dallo studio del *case law* della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea emerge immediatamente che né l'art. 6 della CEDU né l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali sono in grado di garantire, in concreto, il rispetto del principio della presunzione di innocenza nei diversi ordinamenti giuridici nazionali.

Al contrario, l'assenza di un quadro uniforme di garanzie ha consentito nel corso degli anni ripetute violazioni di tale principio da parte degli Stati membri dell'Unione europea: da qui la necessità di integrare le laconiche formule utilizzate dalla Carta dei diritti (e dalla CEDU) con regole uniformi in grado di attribuire al principio *de quo* ed ai suoi corollari un contenuto minimo comune, così come richiesto,

[48] Sentenza *E.ON Energie AG*, punto 72, e sentenza del Tribunale del 16 giugno 2011, causa T-186/06, *Solvay SA*, ECLI:EU:T:2011:276, punto 99. Particolarmente interessante appare la sentenza del Tribunale del 12 luglio 2011, causa T-113/07, *Toshiba Corp.*, ECLI:EU:T:2011:343, punti 78-80, in cui si afferma: "l'esistenza di un dubbio nella mente del giudice deve andare a vantaggio dell'impresa destinataria della decisione con cui si constata un'infrazione. Il giudice non può quindi concludere che la Commissione abbia sufficientemente dimostrato l'esistenza dell'infrazione in questione se nutre ancora dubbi in merito a tale questione, in particolare nell'ambito di un ricorso diretto all'annullamento di una decisione che infligge un'ammenda". In quest'ultima situazione, prosegue la sentenza del Tribunale, "è necessario tener conto del principio della presunzione di innocenza". V. anche sentenza del Tribunale del 3 marzo 2011, causa T-110/07, *Siemens AG*, ECLI:EU:T:2011:68, punti 43-46.

[49] Così sentenza *Elf Aquitaine SA*, punto 170: "Secondo la giurisprudenza, la presunzione di innocenza implica che ogni persona accusata è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. Essa osta, quindi, a qualsiasi constatazione formale ed anche a qualsiasi allusione alla responsabilità della persona cui sia imputata una data infrazione in una decisione che pone fine all'azione, senza che la persona abbia potuto beneficiare di tutte le garanzie inerenti all'esercizio dei diritti della difesa nell'ambito di un procedimento che segua il suo corso normale e si chiuda con una decisione sulla fondatezza dell'addebito".

[50] Sentenza del Tribunale del 7 dicembre 2010, causa T-49/07, *Sofiane Fahas*, ECLI:EU:T:2010:499, punto 64.

peraltro, dall'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. A tale esigenza – oltre a quella di dotare la presunzione di innocenza di maggiore concretezza ed effettività – dovrebbe, dunque, far fronte la direttiva 2016/343.

Orbene, la direttiva oggetto di approfondimento raggiunge senza dubbio l'obiettivo di attribuire al principio della presunzione di innocenza un contenuto minimo comune ai diversi ordinamenti giuridici nazionali. Così come presenta l'innegabile merito di aver cristallizzato alcuni principi di chiara matrice giurisprudenziale, non espressamente previsti – come si è detto – né nella Carta dei diritti fondamentali né tantomeno nella CEDU, quali il diritto al silenzio, il diritto di non autoincriminarsi ed il diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

Tuttavia, per come è stata formulata, è lecito chiedersi se la direttiva *de qua* sia davvero in grado di rafforzare "concretamente" i principi ivi sanciti e di costituire un *quid pluris* rispetto all'esistente. Ebbene, a modesto avviso di chi scrive, alcune delle disposizioni della direttiva non appaiono affatto convincenti, al punto che ci si interroga se essa sia effettivamente in grado di raggiungere gli obiettivi professati, ovvero uniformare i diritti e consolidare l'equo processo e la fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'Unione europea.

Se è vero che, come si evince dal titolo della stessa direttiva, l'intento è quello di rafforzare soltanto "alcuni" aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, è altrettanto vero che l'approccio adottato dal legislatore europeo sembra essere poco ambizioso, laddove esso avrebbe dovuto probabilmente tenere in più adeguata considerazione una serie di principi di derivazione giurisprudenziale, ormai ampiamente consolidati.

Questo avviene innanzitutto in relazione al principio della presunzione di innocenza, giacché la direttiva introduce – sul piano normativo – un *vulnus* di tutela per le persone giuridiche, essendo limitata, come si è visto, soltanto alle persone fisiche. Ma avviene anche in relazione all'ambito di applicazione *ratione materiae* della stessa, che risulta circoscritto soltanto ai procedimenti penali, laddove lo studio della casistica giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea evidenzia, invece, l'invocabilità della presunzione di innocenza soprattutto in quelle controversie aventi ad oggetto la tutela della concorrenza, ed in particolare nelle ipotesi in cui si riscontri una violazione che possa sfociare nell'irrogazione di un'ammenda o di una penalità di mora[51].

[51] Così come sarebbe stato probabilmente opportuno un riferimento alla tutela della presunzione di innocenza nel susseguirsi di procedimenti di varia natura (es. penale ed amministrativo/penale). Ad esempio, sul piano convenzionale, con la sentenza del 30 aprile 2015, ric. nn. 3453/12, 42941/12 e 9028/13, *Kapetanios* e *altri* c. *Grecia*, è stata riscontrata una violazione della presunzione di innocenza in quanto i ricorrenti, assolti nell'ambito di un giudizio penale, erano stati poi condannati a seguito di un autonomo procedimento amministrativo-penale. Analoga questione si presenta anche nella sentenza del 23 ottobre 2014, ric. n. 27785/10, *Melo Tadeu* c. *Portogallo*, in cui l'art. 6, par. 2, della CEDU risulta violato in ragione del rigetto – da parte dei giudici tributari – del ricorso avverso il sequestro amministrativo dei beni del ricorrente sebbene vi fosse stato proscioglimento in sede penale sui medesimi fatti.

Inoltre, sarebbe stato opportuno un più ampio riferimento, nella direttiva, ai rapporti tra la presunzione di innocenza e la *pre-trial detention*, sebbene la custodia cautelare sia oggetto, come è noto, di autonoma disciplina[52].

Alla luce di quanto precede, la direttiva 2016/343 sembrerebbe costituire una mera riproduzione "parziale" della casistica giurisprudenziale e testimoniare un atteggiamento di eccessiva "cautela" del legislatore europeo nella definizione e nella disciplina dei principi in essa contenuti, al punto tale che – come rilevato anche in sede di lavori preparatori – rischia di armonizzare le disposizioni nazionali "verso il basso"[53].

Soccorre, a tal proposito, la clausola di non regressione, di cui all'art. 13 dell'atto in commento, che dovrebbe impedire l'interpretazione della stessa "in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali garantiti dalla Carta, dalla CEDU, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dal diritto di qualsiasi Stato membro che assicurino un livello di protezione più elevato". Non resta, dunque, che attendere in che modo la direttiva 2016/343 sarà implementata dai 25 Stati dell'UE e in che misura la Corte di giustizia dell'Unione europea sarà chiamata a valutare la portata delle disposizioni in essa contenute.

Abstract

The Principle of Presumption of Innocence and Its Corollaries in the Light of Directive (EU) 2016/343: A Missed Opportunity?

Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 aims to lay down common minimum rules concerning certain aspects of the presumption of innocence in criminal proceedings and the right to be present at the trial in criminal proceedings; furthermore, the Directive covers the right to remain silent and the right not to incriminate oneself. To ensure respect of the presumption of innocence, the Directive incorporates the principles developed by the ECtHR, especially in relation to the 'typical' content of this principle, i.e.: a) a court or public official may not publicly present the suspects or accused persons as if they were guilty of an offence if they have not been tried and convicted of it by a final judgment; b) the burden of proof is on the prosecution; c) any doubt on the guilt should benefit the suspects or accused persons and the right of the accused to be informed of the accusation. However, the Directive seems extremely concise and shows an excessive 'self-restraint' of the European legislator.

[52] Tale relazione è ben sottolineata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Abuse of Pretrial Detention in States Parties to the European Convention on Human Rights, Doc. 13863, 07 settembre 2015. V. Commissione europea, Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione. Cenni alla custodia cautelare sono contenuti nel già richiamato 16° 'considerando' della direttiva.

[53] Cfr. http://www.europarl.europa.eu.

Studi sull'integrazione europea, XI (2016), pp. 573-590

Alessandro Nato*

Il diritto alla salute dei cittadini dell'Unione e l'assistenza sanitaria transfrontaliera: recenti sviluppi

Sommario: 1. La tutela della salute dei cittadini europei nel diritto dell'Unione europea. – 2. L'accesso all'assistenza sanitaria transfrontaliera: la giurisprudenza innovativa della Corte di giustizia. – 3. La direttiva 2011/24 sull'assistenza sanitaria transfrontaliera. – 4. *Segue*: i suoi contenuti innovativi. – 5. *Segue*: i suoi contenuti controversi. – 6. Conclusioni.

1. Tra gli effetti della libertà di circolazione riconosciuta dal diritto dell'Unione ai cittadini europei[1], particolare rilievo assume la possibilità di spostarsi all'estero per beneficiare di cure mediche.

Questo fenomeno si verifica nonostante la crisi economica che negli ultimi anni interessa il continente europeo, circostanza che ha portato, da un lato, ad una sostanziale contrazione della spesa pubblica volta all'erogazione dei servizi legati al *welfare*[2] e, dall'altro, ad una maggiore difficoltà per i cittadini dell'Unione bisognosi di cure a spostarsi in un altro Paese membro al fine di beneficiare di servizi medici non disponibili alle stesse condizioni del Paese di origine[3]. Va subito precisato che l'Unione europea in ambito sanitario[4] esercita una competenza "di

* Dottorando in Diritto civile, societario e internazionale dell'Università degli studi di Genova.

1 Il diritto di circolare liberamente è una delle libertà fondamentali che l'Unione riconosce ai suoi cittadini. Si vedano il par. 2 dell'art. 20 TFUE, dove si fa espresso riferimento al collegamento tra libertà e cittadinanza, l'art. 21 TFUE e il par. 1 dell'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In dottrina, su tutti, v. S. O'Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, London, 1996; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006; B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Milano, 2012; I. Queirolo, L. Schiano Di Pepe, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Milano, 2014.

2 A. Parrino Errante, *La direttiva 2011/24/UE sui diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un diritto alla salute europeo*, in *Persona e Mercato*, 2013, p. 379.

3 A. Heise, H. Lierse, *The Effects of European Austerity Programmes on Social Security Systems*, in *Modern Economy*, 2011, p. 498 ss.; J. M. André, *Health Expenditure in the European Economy*, in S. Hennion, O. Kaufmann (eds.), *EU Citizenship and Free Movement of Patients*, Berlin, 2014, p. 145.

4 Si veda tra gli altri G. Dé Burca, *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, Oxford, 2005; S. L. Greer, *Choosing Paths in European Union Health Services Policy: A Political Analysis of Critical Juncture*, in *Journal of European Social Policy*, 2008, p. 219; R. Shutze, *Lisbon and the Federal Order of Competences: A Perspective Analysis*, in *European Law Review*, 2008, p. 709; F. A.

sostegno", ossia svolge azioni volte a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri[5].

Centrale, per comprendere il ruolo dell'Unione europea in materia sanitaria, è l'art. 168 TFUE, norma che, da un lato, afferma la necessità di garantire un livello elevato di protezione della salute umana nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione, ma dall'altro conferma il carattere complementare della competenza europea, prevedendo un ampio spettro di situazioni in cui l'intervento a livello sovranazionale è finalizzato a completare le politiche degli Stati membri ed incentivarne la cooperazione[6]. Chiaro in tal senso è, in particolare, il par. 7 dell'art. 168 TFUE laddove attribuisce la responsabilità della materia sanitaria ai soli Stati membri, spiegando ancora una volta che l'azione dell'Unione resta confinata al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Completa il quadro normativo di riferimento delle fonti di diritto primario l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[7], che nel prevedere il diritto di ogni persona ad accedere alla prevenzione sanitaria e ottenere cure mediche ne subordina la realizzazione al fatto che ciò possa avvenire alle condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali.

Per quanto concerne le norme di diritto derivato, l'Unione europea (*rectius* la Comunità economica europea) aveva originariamente previsto con il regolamento

---

Cancilla, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, 2009; C. Newdick, *The European Court of Justice, Trans-national Health Care and Social Citizenship: Accidental Death of Concept?*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2009, p. 854; S. L. Greer, B. Vanhercke, *The Hard Politics of Soft Law: The Case of Health*, in E. Mossialos, G. Permanand, R. Baeten, T. K. Hervey (eds.), *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge, 2010, p. 186 ss.; T. K. Hervey, B. Vanhercke, *Health Care and the EU: The Law and Policy Patchwork*, *ivi*, p. 84; E. Mossialos, G. Permand, R. Baeten, T. Harvey (eds.), *op. cit.*; F. Pennings, *European Social Security Law*, Cambridge, 2010; J. W. Van de Groden, E. Szyszczak, U. Neergaard, M. Krajewsky (eds.), *Health Care and EU Law*, London, 2011; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 442; D. Chalmers, G. Davies, G. Monti (eds.), *European Union Law. Text and Materials*, Cambridge, 2014; S. L. Greer, *Rules for Rights: European Law, Health Care and Social Citizenship*, in *European Law Journal*, 2014; S. Hennion, O. Kaufmann (eds.), *op. cit.*, p. 66; U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 73.

[5] Ciò risulta evidente dalla lettura del par. 5 dell'art. 2 TFUE in combinato disposto con il par. 2, lett. k), dell'art. 4 TFUE, e l'art. 6, lett. a), TFUE.

[6] M. Migliazza, *Art. 168 TFUE*, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1040. Per di più, dalla lettura dell'art. 168 TFUE si evince che la protezione della salute ha carattere trasversale e viene completata con la previsione di interventi normativi dell'Unione nelle situazioni comuni agli Stati membri indicate al par. 4, lettere a) e c), dell'art. 168 TFUE: "a) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; tali misure non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano misure protettive più rigorose; c) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico".

[7] Il quale dispone: "Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione, è garantito un livello elevato di protezione della salute umana". Le Spiegazioni relative alla Carta chiariscono che i principi enunciati nell'art. 35 si basano sull'art. 168 TFUE, nonché sugli articoli 11 e 13 della Carta sociale europea, che a loro volta prevedono il diritto alla protezione della salute e il diritto all'assistenza sociale e medica.

1408/71[8], successivamente abrogato e sostituito dal regolamento 883/2004[9], la possibilità che il sistema sanitario nazionale di un Paese membro rimborsasse le spese sostenute da un proprio assicurato in un altro Stato membro. Ciò al fine di rafforzare il coordinamento tra i diversi sistemi sanitari nazionali ed evitare che lo spostamento del lavoratore migrante provocasse la perdita dei diritti previdenziali da questi acquisiti.

Ciò che ci si propone di verificare, attraverso questo contributo, è l'efficacia in concreto della normativa europea così individuata, nel caso di spostamento di un cittadino europeo da uno Stato membro all'altro. Norma di riferimento è l'art. 20 del regolamento 883/2004 che, come il precedente art. 22 del regolamento 1408/71, prevede che un cittadino europeo possa recarsi in un altro Stato membro per ricevere cure mediche a carico del proprio sistema sanitario nazionale solo a seguito di debita autorizzazione da parte delle competenti autorità interne. In questo modo il regolamento dispone che lo Stato di provenienza del cittadino europeo possa valutare se le cure delle quali il suo cittadino ha bisogno possano essere prestate nel territorio nazionale entro un lasso di tempo accettabile e, nel caso ciò non sia possibile, concede l'autorizzazione a recarsi all'estero per ottenere le suddette cure.

Vi è chi ha definito questo meccanismo come un'applicazione *sui generis* del principio di esportabilità delle prestazioni sanitarie[10]: il tradizionale *favor* dell'Unione europea rispetto alle libertà di circolazione va, nel caso di specie, bilanciato con l'obiettivo, altrettanto importante – soprattutto in una situazione di crisi – di evitare che l'esercizio di tale libertà metta in pericolo la stabilità finanziaria dei sistemi sanitari nazionali.

Il compito di effettuare tale delicato bilanciamento spetta alla Corte di giustizia che, attraverso vere e proprie incursioni in materia[11], si è tendenzialmente sbilanciata a favore dell'obiettivo della libera circolazione, gettando in tal modo le basi per l'adozione di uno strumento – la direttiva 2011/24[12] – che ha innovato e completato il quadro normativo di riferimento.

Prima di procedere all'analisi della direttiva, giova qui ripercorrere la rilevante giurisprudenza in materia.

---

[8] Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori dipendenti e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità. Al fine di semplificare e di chiarire le regole comunitarie relative al coordinamento dei sistemi di previdenza sociale degli Stati membri, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato il regolamento 883/2004 (cit. *infra*). Quest'ultimo costituisce il nuovo punto di riferimento per quanto riguarda il coordinamento dei sistemi di previdenza sociale degli Stati membri. Esso facilita considerevolmente la vita dei cittadini europei, che possono ora più facilmente esercitare il loro diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea. Inoltre, esso migliora gli obblighi di cooperazione fra le amministrazioni in materia di previdenza sociale. Il regolamento 883/2004 abroga il regolamento 1408/71 a decorrere dalla data d'entrata in vigore del suo regolamento d'applicazione, verificatasi il 1° maggio 2010.

[9] Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul coordinamento dei sistemi di previdenza sociale.

[10] F. Costamagna, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011, p. 138.

[11] Per analoghe incursioni nell'ambito del diritto di famiglia v. I. Queirolo, L. Schiano di Pepe, *op. cit.*, p. 187.

[12] Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

2. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha contribuito a chiarire la natura e le funzioni dell'autorizzazione preventiva, nell'intento di evitare che tale istituto potesse costituire un ostacolo alla libera circolazione dei pazienti aventi cittadinanza europea.

Innanzi tutto, la Corte stabilisce che il diritto dell'Unione europea non lede la competenza degli Stati membri di organizzare i propri sistemi sanitari nazionali. Allo stesso tempo, la Corte ha affermato che la discrezionalità nell'organizzazione dei sistemi sanitari attribuita agli Stati membri non può essere invocata quale motivo per giustificare il mancato adempimento al diritto UE[13]. In secondo luogo, la Corte ritiene che una normativa nazionale la quale richiede al cittadino europeo un'autorizzazione preventiva per ricevere cure in un altro Stato membro scoraggia gli assicurati dal rivolgersi a tali prestatori, favorendo gli operatori nazionali e ostacolando in questo modo la libera prestazione dei servizi[14]. Per i giudici dell'Unione una siffatta misura può essere giustificata solo in presenza di un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale nazionale. Ma è stato altresì precisato che il rimborso delle spese mediche in base alla tariffa vigente nello Stato di affiliazione[15] non comporta alcuna alterazione dell'equilibrio finanziario, poiché lo Stato membro nel quale i pazienti sono assicurati deve rimborsare le spese mediche effettuate all'estero versando il medesimo importo previsto in caso di fattispecie puramente interne[16].

In più, nella sua giurisprudenza innovativa la Corte ha circoscritto l'applicazione della preventiva autorizzazione alle sole cure ospedaliere[17], riducendo così i rischi di indebiti ostacoli alla libera circolazione. E ha altresì precisato che, ogni qual volta venga dimostrato che le cure non potevano essere prestate in un tempo breve e in modo efficace sul territorio di residenza e che, ciò nonostante, l'autorizzazione pre-

[13] Sentenze del 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kohll* c. *Union de caisses de maladie*, punti 18 e 41; e causa C-120/95, *Decker* c. *Caisse de maladie des employé privés*, punto 42. Si vedano i commenti di R. Van Der Mei, *Cross-border Access to Medical Care within the European Union - Some Reflections on the Judgements in Decker and Kohll*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, p. 277; L. Biglia, *La libera circolazione dei servizi sanitari nella Comunità europea*, in *Rivista di diritto industriale*, 2004, p. 237.

[14] Sentenza *Kohll*, punto 35. Si veda a tal proposito F. A. Cancilla, *op. cit.*, p. 226.

[15] Per Stato di affiliazione si intende lo Stato membro in cui il paziente è assicurato, in altre parole lo Stato membro competente a concedere alla persona assicurata un'autorizzazione preventiva a ricevere cure adeguate al di fuori dello Stato di residenza. Si veda il par. i), lett. c), dell'art. 3, della direttiva 2011/24.

[16] Sentenza *Kohll*, punti 40, 41 e 42.

[17] Sentenze del 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smitts and Peerbooms*, punto 82; del 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Muller-Faurè and van Riet,* punto 85. Si vedano i commenti di M. D. Furet, *Les consequences en terms de santé pubblique des arrets Kohll et Decker sur la costruction de l'Europe de la santé*, in *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 2005, p. 253. Sul punto si veda in particolare la sentenza *Smitts and Peerbooms*, punti 75 e 108. In tale pronuncia, i giudici europei hanno ribadito inoltre che le norme inerenti alla libera circolazione dei servizi devono applicarsi anche ai servizi sanitari, in quanto essi devono essere qualificabili alla stregua di attività economiche, anche nel momento in cui il beneficiario non abbia effettivamente pagato per la cura ricevuta fuori dal proprio Stato di affiliazione.

ventiva sia stata negata[18], il sistema sanitario è comunque tenuto al rimborso delle spese mediche sostenute dal cittadino europeo che, privo di autorizzazione, abbia beneficiato dei servizi sanitari erogati in un altro Paese dell'Unione[19].

Inoltre, la Corte è intervenuta specificando che lo Stato membro non può negare il rimborso delle cure ospedaliere prestate in un altro Stato membro in assenza di una preventiva autorizzazione, quando un trattamento medico compreso nell'elenco dei trattamenti rimborsabili nello Stato di residenza non preveda un metodo di cura altrettanto efficace ed erogabile in tempo utile rispetto a quello che può essere erogato in un altro Stato membro[20]. Rispetto alla concessione dell'autorizzazione per il trattamento all'estero, la Corte di giustizia nella medesima pronuncia ha precisato che essa non può essere negata nel caso in cui la normativa nazionale contenga ampie definizioni piuttosto che dettagliati elenchi dei trattamenti sanitari coperti[21]. Recentemente, la Corte di giustizia ha aggiunto che la preventiva autorizzazione dev'essere concessa anche quando le cure ospedaliere non possano essere prestate in tempi ragionevoli nello Stato membro di affiliazione dell'assistito a causa di una mancanza di farmaci e di materiali medici di prima necessità[22].

Due sono i profili sui quali la richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia in questa materia ha inciso maggiormente, sollevando talora critiche da parte degli Stati membri dell'Unione[23]: da un lato, l'eccezione relativa all'equilibrio economico/finanziario nazionale, dall'altro lato la questione delle modalità di accesso ai servizi sanitari europei dello Stato di cura.

La Corte di giustizia, pur riconoscendo che l'equilibrio economico dei sistemi sanitari costituisce una valida deroga alla libera prestazione dei servizi e che va

---

18 Sentenza del 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, punto 148. Si vedano i commenti di A. Kaczorowska, *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Rights to an Effective and Speedy Medical Treatment and this Outcomes*, in *European Law Journal*, 2006, p. 365 ss.; e F. A. Cancilla, *op. cit.*, p. 227.

19 Sentenza *Watts*, punto 149.

20 Sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, punto 81. Si vedano i commenti di W. Ferrante, *Un duplice aspetto della sentenza Elchinov*, in *Rassegna Avvocatura di Stato*, 2011, p. 29; C. Murphy, *An Effective Right to Cross-Border Healthcare? On Patients, Primacy and Procedural Autonomy: Comment on Elchinov*, in *European Law Review*, 2011, p. 553; F. Pennings, *The Cross-Border Health Care Directive: More Movement for Citizens and More Coherent EU Law?*, in *European Journal of Social Security*, 2011, p. 424 ss.

21 In tal caso, il sistema di previdenza sociale dello Stato di affiliazione ha l'obbligo di coprire il trattamento sanitario più efficace e tempestivo disponibile sul suolo dell'Unione europea, anche se il trattamento non rientra tra quelli previsti sul territorio dello Stato membro di residenza del paziente. Per questi motivi, nel momento in cui sia stata accertata l'illegittimità del diniego dell'autorizzazione preventiva e le cure siano state già ricevute dal malato, lo Stato di affiliazione deve rimborsare il paziente con un importo equivalente a quello che gli sarebbe stato rimborsato qualora l'autorizzazione fosse stata concessa prima dell'inizio delle cure. Sentenza *Elchinov*, punti 73, 81 e 82. Si veda W. Ferrante, *op. cit.*, p. 12.

22 Sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2014, causa C-268/13, *Elena Petru* c. *Casa Județeană de Asigurări de Sănătate Sibiu* e *Casa Națională de Asigurări de Sănătate*, punto 36.

23 Gli Stati di cura sostengono che la giurisprudenza della Corte costituisca un'indebita interferenza nella competenza interna ad organizzare i propri sistemi sanitari. Si veda a tal proposito C. Newdick, *Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Right by Corroding Social Solidarity*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1646; S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007; F. Costamagna, *op. cit.*, p. 149.

salvaguardato al fine di garantire il corretto funzionamento del principio di solidarietà, non ha esitato ad affermare perentoriamente – quanto ora espressamente riconosciuto dal TFUE, ossia – che l'Unione europea persegue un livello alto di tutela della salute e per fare ciò deve assicurare ai propri cittadini la possibilità di curarsi nello spazio europeo utilizzando la libertà di circolazione e la libertà di prestazione dei servizi.

Per quanto riguarda l'accesso ai servizi sanitari transfrontalieri, la Corte ha giustamente osservato che, di fatto, esso è consentito solo ad un ristretto gruppo di pazienti, ossia coloro i quali siano in possesso delle informazioni adeguate delle strutture dove possono recarsi per ottenere le cure e abbiano le risorse economiche necessarie[24].

La Corte di giustizia nella giurisprudenza esaminata utilizza un approccio che, a ragione, è stato definito "mercantilistico" dalla dottrina[25], essendo il paziente assimilato sostanzialmente ad un consumatore, che si sposta all'interno del mercato unico alla ricerca dei servizi sanitari migliori: la Corte ha infatti concentrato la sua attenzione verso gli interessi del singolo relegando in secondo piano la dimensione collettiva del diritto alla salute, con effetti potenzialmente negativi sul mantenimento del carattere solidaristico dei sistemi nazionali europei. Questo avviene poiché i giudici della Corte di giustizia riconoscono i benefici ai pazienti transfrontalieri basandosi su alcuni principi fondamentali del mercato interno e non su considerazioni di carattere sociale[26].

Invero, pur riconoscendo la fondatezza di tali critiche, pare più corretto valorizzare il lavoro interpretativo svolto dalla Corte, che ha progressivamente "smantellato" le limitazioni opposte dalle normative nazionali alla realizzazione di un mercato interno delle prestazioni sanitarie, operando una graduale *comunitarizzazione*[27] dei sistemi previdenziali e assistenziali. In tal modo, la Corte ha progressivamente riconosciuto, da un lato, il diritto dei cittadini di scegliere i prestatori di assistenza sanitaria all'interno del mercato unico e, dall'altro, la libertà dei prestatori di svolgere la loro attività nei confronti di tutti gli utenti potenziali di quel mercato[28].

Come si accennava, gli esiti di tale giurisprudenza innovativa sono stati recepiti in buona parte nella direttiva 2011/24.

3. Per chiarire il quadro normativo di riferimento, anche alla luce della giurisprudenza in materia, e nell'ottica di rimuovere gli ostacoli alla realizzazione del

[24] C. Newdick, *Citizenship*, cit., p. 1646. L'A. osserva, inoltre, come la Corte abbia favorito lo sviluppo di una concezione individualistica dei diritti all'assistenza sanitaria senza dare il giusto riconoscimento ai diritti sociali.

[25] G. Davies, *The Effect of Mrs. Watts' Trip to France on the National Health Service*, in *King's College Law Journal*, 2007, p. 158; D. Da Costa Leite Borges, *European Health Systems and the Internal Market: Reshaping Ideology?*, in *Health Care Analysis*, 2011, p. 368.

[26] C. Newdick, *Citizenship*, cit., p. 1650; F. Costamagna, *op. cit*., p. 181.

[27] E. Longo, *Il diritto ai migliori trattamenti sanitari nella giurisprudenza di Lussemburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, p. 664.

[28] F. Costamagna, *op. cit.*, p. 149.

mercato sanitario europeo, le istituzioni europee hanno adottato il 9 marzo 2011 la direttiva 2011/24[29].

In virtù del ruolo di "sostegno" riservato all'Unione in questa materia ed in considerazione del divieto di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nel settore sanitario derivante dal par. 5 dell'art 168 TFUE, la scelta della base giuridica per l'atto in parola non è potuta ricadere che sull'art. 114 TFUE[30], ossia sulla norma che prevede il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, ed in particolare sul par. 3 dell'art. 114 TFUE, che prevede l'elaborazione di misure di armonizzazione proprio in materia sanitaria al fine di migliorare il funzionamento del mercato interno. Questo detto, se è vero che l'art. 114 TFUE ha offerto la possibilità alle istituzioni europee di intervenire in qualche misura nella materia *de qua*, non può non notarsi come la base giuridica in parola confermi in una certa misura l'approccio mercantilistico dell'Unione, posto che le misure hanno l'obiettivo di contribuire alla realizzazione del mercato interno, piuttosto che sviluppare e garantire il diritto fondamentale ad essere curati.

Destinatari delle misure previste dalla direttiva sono i pazienti che decidono di ricorrere all'assistenza sanitaria in uno Stato membro diverso dal proprio Stato di affiliazione, ossia gli utenti dei servizi sanitari[31]. I riferimenti agli obiettivi sociali inseriti nel preambolo[32] non sono idonei a superare la concezione mercantilistica che è alla base della nozione di paziente[33], ma paiono piuttosto un timido riferimento necessariamente presente nei particolari servizi considerati dalla disciplina in esame.

Rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva unicamente i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti, sia all'interno di strutture pubbliche che private, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici[34]. Sono invece esclusi dal campo di applicazione della direttiva: l'assistenza di lunga durata (il cui scopo è sostenere le persone che necessitano di assistenza nello svolgimento di compiti quotidiani e di *routine*); l'assegnazione e l'accesso agli

[29] G. Di Federico, *Protezione della salute e cittadinanza europea nella direttiva 2011/24/UE sulla mobilità transfrontaliera di pazienti*, in L. S Rossi, C. Bottari (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Bologna, 2013, p. 23; J. P. Lhernould, *Access to Healthcare by Cross-Border Patients*, in S. Hennion, O. Kaufmann (eds.), *op. cit.*, p. 175 ss. Il periodo di gestazione della direttiva è stato abbastanza lungo: infatti, la prima proposta risale al 5 luglio 2008.

[30] L'art. 114 TFUE regola l'adozione delle misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

[31] Si veda a tal riguardo l'11° 'considerando' della direttiva 2011/24.

[32] Si veda a tal riguardo il 3° 'considerando' della direttiva 2011/24, il quale riconosce i sistemi sanitari dell'Unione come elemento centrale dei livelli elevati di protezione sociale dell'Unione, che contribuiscono inoltre alla realizzazione della coesione e alla giustizia sociale e allo sviluppo sostenibile. Essi vengono altresì considerati parte dell'ampia gamma di servizi di interesse generale.

[33] W. Palm, R. Baeten, *The Quality and Safety Paradox in the Patients' Right Directive*, in *European Journal of Health*, 2011, p. 273.

[34] Si veda l'art. 3, lett. a), direttiva 2011/24.

organi ai fini dei trapianti e i programmi pubblici di vaccinazione contro le malattie contagiose[35].

L'esclusione dell'assistenza sanitaria di lunga durata è uno degli aspetti maggiormente critici della direttiva[36]. L'inserimento di tale categoria avrebbe aumentato la tutela dei cittadini europei che si trovano in quelle condizioni[37]. Per di più, la Corte di giustizia non è ancora intervenuta per chiarire questa situazione, analizzando materialmente i rapporti esistenti tra assistenza di lunga durata e principio di libera prestazione dei servizi. Tuttavia, trattandosi di attività economiche al pari delle altre prestazioni di malattia, è logico pensare che essi rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 56 TFUE[38].

Il percorso di recepimento della direttiva 2011/24 da parte degli Stati membri si è concluso recentemente, nonostante il termine ultimo fosse stato fissato per il 25 ottobre 2013. Tra gli ultimi Stati membri a recepire la direttiva vi è l'Italia: il nostro Paese ha recepito l'atto solo nel marzo 2014[39]. Comparando le norme di recepimento adottate dagli Stati membri[40] emerge chiaramente l'elevato livello di disomogeneità che le caratterizza, pur rimanendo le stesse all'interno degli spazi di discrezionalità lasciati dall'atto in esame. Del resto tale discrezionalità risponde all'esigenza di intervenire nel rispetto dell'autonomia degli Stati membri in questo delicato settore.

---

35 Si veda il par. 3 dell'art. 1, direttiva 2011/24.

36 E. Szyszczak, *Patients' Rights: A Lost Cause or Missed Opportunity?*, in J. W. Van de Groden, E. Szyszczak, U. Neergaard, M. Krajewsky (eds.), *op. cit*., p. 172.

37 L'esclusione dei trattamenti di lunga durata dall'ambito di applicazione della direttiva può essere giustificata solo da esigenze di pianificazione, e dal timore di gravi ripercussioni sull'equilibrio finanziario del sistema sanitario nazionale.

38 La Corte di giustizia a tal proposito ha avuto occasione di affermare, rispetto all'art. 49 TCE (attuale art. 56 TFUE), che nessuna disposizione del Trattato permette di determinare astrattamente la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizi in un altro Stato membro non può più essere considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato. Dalle precedenti affermazioni la Corte deduce che nella nozione di servizio, ai sensi dell'art. 49 TCE (attuale art. 56 TFUE), possono rientrare servizi dalla natura molto diversa, anche quelli la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni. Si veda sul punto la sentenza del 16 luglio 2009, causa C-208/07, *Petrova von Chamier-Glisczinski*, punto 74.

39 D.lgs. del 4 marzo 2014, n. 38.

40 Si veda per l'analisi dettagliata delle misure di attuazione negli Stati membri, tra gli altri, L. M. H. Bongers, D. M. R. Townend, *The Implementation of the Directive on the Application of Patients' Rights in Cross-border Healthcare in the Netherlands*, in *European Journal of Health Law*, 2014, p. 65; M. Kattelus, *Implementation of the Directive on the Application on Patient's Rights in Cross-border Healthcare (2011/24/EU) in Finland*, *ivi*, p. 23; S. Olsena, *Implementation of the Patients' Rights in Cross-border Healthcare Directive in Latvia*, *ivi*, p. 46; L. Prudil, *Implementation of the Directive 2011/24/EU in the Czech Republic*, *ivi*, p. 15; M. A. Requerjo, *Cross-border Healthcare in Spain and the Implementation of the Directive 2011/24/EU on the Application of Patient's Rights in Cross-border Healthcare*, *ivi*, p. 79; M. Schwebag, *Implementation of the Cross-border Care Directive in EU Member States: Luxembourg*, *ivi*, p. 56; T. Vidalis, I. Kyriakaki, *Cross-border Healthcare: Directive 2011/24 and the Greek Law*, *ivi*, p. 33.

Rispetto al regolamento 883/2004, la direttiva in esame costituisce un meccanismo integrativo che apporta dei miglioramenti alla mobilità transnazionale dei pazienti. I due atti coesistono in un rapporto di autonomia e complementarietà[41].

La differenza tra il regolamento e la direttiva sta nel fatto che il primo si rivolge unicamente ai lavoratori residenti in uno Stato membro diverso da quello di origine, ai loro familiari e superstiti e ai cittadini europei che seguono un percorso di studio o di formazione in un Paese membro diverso da quello di affiliazione, mentre la direttiva si applica non solo ai soggetti citati ma anche agli altri cittadini europei, compresi quelli economicamente inattivi[42].

Inoltre, la direttiva trova applicazione per quanto riguarda le cure ricevute all'interno di strutture sanitarie private e pubbliche, convenzionate e non. Questo non vale per il regolamento, che si applica solo alle cure ricevute in strutture sanitarie private e pubbliche convenzionate.

Una ulteriore differenza tra i due atti in esame è ravvisabile nell'uso dell'autorizzazione preventiva: la direttiva limita la necessità di una preventiva autorizzazione ad alcuni casi[43], mentre ai sensi del regolamento il ricorso ai servizi sanitari di un altro Stato membro rispetto a quello di origine presuppone di regola l'ottenimento di questo atto.

In più, si ravvisa una diversità nel sistema di pagamento delle spese sanitarie sostenute dal cittadino europeo in un altro Stato membro diverso da quello di affiliazione. Le cure autorizzate ai sensi del regolamento sono oggetto di sostegno diretto da parte del sistema sanitario dello Stato di affiliazione, che fornisce all'assicurato l'anticipo delle spese, o per lo meno il rimborso sulla base delle tariffe praticate dallo Stato in cui sono state ricevute, ma con la garanzia di un rimborso accessorio se la stessa cura praticata nello Stato membro di residenza dava diritto ad un sostegno più consistente dei costi effettivamente sostenuti. Si tratta di un sistema molto favorevole per certi aspetti, in quanto il paziente potrà ottenere il più elevato livello possibile di rimborso[44].

Al contrario, la direttiva prevede che l'assistenza sanitaria transfrontaliera sarà rimborsata in conformità alla legislazione dello Stato membro di affiliazione dopo

---

41 V. sul punto quanto stabilito dalla sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 2010, causa C-211/08, *Commissione* c. *Spagna*, punto 53. Cfr. L. Driguez, *Circulation des patients et système national de remboursement des soins de santé*, in *Europe*, 2010, Comment n. 273, Août-Septembre, p. 19-20.

42 L. Busatta, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, p. 9.

43 Per quanto riguarda la direttiva l'autorizzazione serve per recarsi in strutture pubbliche o private (sia convenzionate che non convenzionate) per ricevere cure che comportino il ricovero del paziente per almeno una notte, l'uso di infrastrutture mediche altamente specializzate e costose oppure comportino rischi per la salute pubblica e del soggetto interessato.

44 La ragione di ciò può essere rintracciata nell'idea che le differenze tra i vari dei regimi di sicurezza sociale non devono influenzare la scelta del paziente, che deve di farsi curare fuori dal Paese di residenza a causa della mancanza di cure disponibili nel suo Stato di affiliazione.

che l'assicurato avrà anticipato i costi per le cure nello Stato membro dove sono state fornite, nei limiti delle spese effettivamente sostenute[45].

4. Le maggiori novità della direttiva 2011/24 in esame sono contenute nella sezione dedicata alla cooperazione ed al coordinamento in materia di assistenza sanitaria transnazionale[46], che cura gli aspetti inerenti la *governance* del settore.

Una delle prime novità è stata introdotta dall'art. 4. Essa rappresenta un'innovazione in materia in quanto richiama il nucleo essenziale dei principi che ispirano i sistemi sanitari nazionali, ossia i principi di universalità, elevata qualità, equità e solidarietà come parametri ai quali conformarsi per prestare assistenza sanitaria transfrontaliera.

Il cittadino dell'Unione, inoltre, acquisisce il diritto ad accedere alle informazioni di cui necessita. Ai sensi dell'art. 6 della direttiva, lo Stato di cura deve garantire che i pazienti ricevano le informazioni necessarie relative agli *standard* di qualità e sicurezza dai punti nazionali di contatto, nonché quelle relative ai prestatori di assistenza sanitaria, così da poter compiere le proprie scelte in maniera consapevole[47]. I diritti di informazione del cittadino europeo terminano con il diritto ad accedere alla cartella clinica, scritta o in formato elettronico, in cui sia stato registrato il trattamento ricevuto dal paziente transfrontaliero.

Costituisce un'innovazione rispetto al passato il rafforzamento dell'obbligo di cooperazione da parte degli Stati membri per attuare la direttiva, definire gli *standard* qualitativi e di sicurezza, facilitare lo scambio di informazioni e l'assistenza sanitaria transfrontaliera nelle regioni di confine. Altresì, rappresenta un passo avanti verso la creazione del mercato unico sanitario la garanzia che le prescrizioni mediche rilasciate ad un determinato paziente in un altro Stato membro possano essere dispensate in un altro Paese membro, vietando qualsiasi forma di limitazione[48] del riconoscimento di tali prescrizioni. La previsione normativa contenuta

[45] In altre parole, la direttiva ha introdotto un sistema di assistenza sanitaria indiretta, prevedendo che il paziente anticipi le spese necessarie all'assistenza transfrontaliera, le quali devono essere poi rimborsate. Il rimborso sarà pari al costo che lo Stato membro avrebbe sostenuto se la prestazione fosse stata erogata sul suo territorio, senza mai superare il costo effettivo. Si veda a tal proposito G. Di Federico, *op. cit*., p. 700.

[46] V. Pascalia, *Co-ordination of Social Security in the European Union: An Overview of Recent Case Law*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1203; S. Hennion, *Health Expense Management and Freedom of Circulation*, in S. Hennion, O. Kaufmann (eds.), *op. cit.*, p. 49.

[47] L'assenza di informazioni specifiche per i pazienti transfrontalieri costituisce uno dei principali ostacoli all'integrazione dei servizi sanitari. Al fine di mettere fine a questo problema, l'art. 5, lett. b), della direttiva impone allo Stato di affiliazione di offrire adeguate informazioni ai pazienti che ne facciano richiesta circa le opportunità di assistenza in altri Stati membri. Al raggiungimento dell'obiettivo dovrebbero contribuire i punti di contatto nazionali.

[48] Le prescrizioni mediche devono riguardare medicinali la cui immissione in commercio sia conforme ai dettami della direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, o del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali. Le uniche limitazioni previste dall'art. 11 della direttiva 2011/24 sono quelle circoscritte a quanto necessario e proporzionate a tutelare la salute umana e quelle non discriminatorie; fondate su dubbi legittimi e giustificati circa l'autenticità, il contenuto o la comprensibilità di una

nell'atto in esame oltre a incentivare l'uso della rete Internet in campo sanitario[49], favorisce lo scambio di informazioni mediche, la ricerca, la sanità pubblica e la trasferibilità dei dati nell'assistenza sanitaria transfrontaliera.

A dispetto dell'introduzione nella direttiva di queste disposizioni, accompagnate dall'obbligo di cooperazione da parte degli Stati membri di sviluppare le reti di riferimento europee necessarie a rafforzare la condivisione di conoscenze, fornire un'assistenza sanitaria di qualità, rafforzare la ricerca e massimizzare l'uso economicamente efficiente delle risorse[50], gli strumenti che il testo normativo in esame mette a disposizione per raggiungere tali obiettivi non paiono sufficienti. In effetti, servirebbero un maggiore ravvicinamento tra i sistemi sanitari degli Stati membri e maggiori risorse finanziarie a livello sovranazionale.

Il risultato immediato che la direttiva sembra capace di realizzare è una maggiore integrazione dei sistemi sanitari degli Stati membri. Questo incoraggerà ulteriormente la mobilità dei pazienti, la quale sarà incentivata in maniera consistente anche dalle informazioni che il paziente potrà facilmente acquisire sulle cure disponibili negli altri Paesi membri grazie al sistema creato dalla direttiva. Inoltre, il sempre più stretto coordinamento tra i sistemi sanitari nazionali, oltre a perseguire politiche sanitarie più sostenibili, consente di raggiungere maggiore efficienza e qualità dei servizi sanitari nell'Unione[51]. Il fine ultimo di tale cooperazione è la costruzione di un mercato unico dei servizi sanitari, capace di garantire servizi sanitari accessibili, di alta qualità per i cittadini europei e sostenibili sotto il profilo finanziario per i bilanci degli Stati membri.

---

singola prescrizione. Inoltre, il riconoscimento delle prescrizioni non pregiudica le norme sul rimborso dei medicinali. Il rimborso delle spese per i medicinali è disciplinato dal capo III della direttiva. In particolare, il riconoscimento di una prescrizione non pregiudica il diritto del farmacista, in base al diritto nazionale, di rifiutarsi, per ragioni etiche, di dispensare il medicinale prescritto in un altro Stato membro, dove il farmacista godrebbe dello stesso diritto, qualora la prescrizione sia stata rilasciata nello Stato membro di affiliazione. Lo Stato membro di affiliazione adotta tutte le misure, oltre al riconoscimento della prescrizione, necessarie a garantire la continuità della cura, qualora una prescrizione sia rilasciata nello Stato membro di cura per medicinali o dispositivi medici disponibili nello Stato membro di affiliazione, e l'erogazione sia richiesta nello Stato membro di affiliazione. Ovviamente queste disposizioni si applicano ai dispositivi medici legalmente immessi sul mercato nel rispettivo Stato membro. Con la direttiva di esecuzione 2012/52/UE della Commissione, del 20 dicembre 2012, comportante misure destinate ad agevolare il riconoscimento delle ricette mediche emesse in un altro Stato membro, si dà attuazione a questi aspetti. La direttiva 2012/52 prevede che ad uniformarsi siano i dati che permettono di identificare facilmente il paziente, il medico che la prescrive e il prodotto prescritto, si tratti sia di farmaci che di dispositivi medici. Ad esempio, i farmaci dovranno essere indicati attraverso la denominazione generica (salvo eccezioni per i farmaci biologici), in modo da facilitare la corretta identificazione dei prodotti commercializzabili nell'Unione sotto diverse denominazioni commerciali nonché dei prodotti posti in vendita solo in alcuni Stati membri.

[49] P. Kierkegaard, *Electronic Health Record: Wiring Europe's Health Care*, in *Computer Law & Security Report*, 2011, p. 503 ss.

[50] L. Driguez, V. Michel, *La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers: progrès pour la santé ou pour le marchè?*, in *Europe*, Comment n. 10, 2011, p. 13. Si veda l'art. 12 direttiva 2011/24.

[51] G. Giacomelli, F. Longo, *La mobilità internazionale dei pazienti nella UE: determinanti, rilevanza, regole e tendenze*, in *Management ed Economia Sanitaria*, 2012, p. 113.

5. L'aspetto più controverso della direttiva è rappresentato dal fatto che le scelte più importanti sono lasciate agli Stati di provenienza del cittadino europeo. Infatti, rimane in capo agli Stati membri di affiliazione la possibilità di stabilire: i) quali sono i servizi medici rimborsabili, ii) il sistema di rimborso da utilizzare e iii) il rilascio dell'autorizzazione preventiva.

La direttiva dispone per i pazienti transfrontalieri il diritto di ottenere lo stesso livello di copertura delle spese sanitarie di cui avrebbero beneficiato se si fossero sottoposti al medesimo trattamento nel proprio Stato di affiliazione, facendo dipendere dal regime fissato nello Stato membro di origine sia il rimborso che la determinazione delle prestazioni accessibili[52]. L'erogazione della prestazione sanitaria in questo modo è "neutra"[53] per le finanze del sistema sanitario al quale il paziente è affiliato.

La mancata assunzione degli oneri di rimborso non rappresenta più soltanto una restrizione ingiustificata alla libera prestazione dei servizi, ma anche una violazione della direttiva. Il rimborso è soggetto ad un limite quantitativo. Infatti, esso non può superare i costi effettivi delle prestazioni sanitarie ricevute. Per altro verso, lo Stato di affiliazione non è tenuto al rimborso di spese accessorie (costi di alloggio, viaggio e i costi supplementari). Discostandosi dall'orientamento dei giudici del Lussemburgo[54], la direttiva non ha inserito nell'atto alcun obbligo di rimborso delle spese accessorie, ma ha lasciato in capo agli Stati di affiliazione la facoltà di poter rimborsare l'intero costo sostenuto dal paziente[55].

Il quadro non cambia se si analizza il rimborso delle spese accessorie laddove sia una persona disabile ad usufruire di cure transfrontaliere. Anche in questo caso lo Stato di affiliazione ha la facoltà di rimborsare i costi di alloggio, viaggio e quelli supplementari[56]. In questo modo la direttiva si conforma in parte all'obiettivo di

---

52 M. Falcone, *La direttiva 2011/24 sulla mobilità dei pazienti alla luce della cittadinanza europea*, in E. Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 381. Si veda l'art. 12 direttiva 2011/24.

53 L. Driguez, V. Michel, *op. cit.*, p. 21.

54 Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2001, causa C-368/98, *Vanbraekel*, punto 46. In questa pronuncia la Corte ha fatto derivare l'obbligo del rimborso complementare dall'art. 56 TFUE, vietando in questo modo di riservare al paziente transfrontaliero un trattamento meno favorevole rispetto a quello di cui avrebbe beneficiato nel momento in cui le stesse cure fossero state fornite nel suo Stato di affiliazione. Si vedano a tal proposito i commenti di A. Bonomo, *Programmazione delle spese sanitarie e libertà di cura: un delicato dilemma*, in *Il foro amministrativo*, 2001, p. 1870.

55 M. Inglese, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, p. 127. Si veda l'art. 7, par. 4, direttiva 2011/24. I lavori preparatori della direttiva 2011/24 fanno emergere che dietro questa decisione vi sia la volontà di salvaguardare l'equilibrio finanziario e l'esclusiva competenza statuale in materia di organizzazione e fornitura di cure mediche, poiché l'obbligo di rimborso complementare potrebbe portare a manifesti squilibri nei bilanci dei Paesi membri nel momento in cui il trattamento ricevuto nello Stato di cura abbia un costo superiore rispetto a quello identico o analogo prestato nello Stato di affiliazione.

56 L. Idot, *Secteur de la santé. La libre prestation de services doit s'appliquer même dans le secteur de la santé: le patient peut obtenir des soins dans un autre Etat membr*e, in *Europe*, Comment n. 141, 2004, p. 25. V. il 35° 'considerando' e il par. 4 dell'art. 7 della direttiva 2011/24. Al contrario, la Corte di giustizia con il caso *Leichtle* aveva sostenuto l'esistenza di un obbligo per lo Stato di affiliazione di prevedere il rimborso delle spese accessorie, sia nel caso in cui era previsto per i trattamenti erogati sul territorio, che nel caso in cui tali spese incidono in maniera fondamentale sulla scelta del luogo di cura.

salvaguardia delle fasce più deboli sancito nell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[57].

A parere di chi scrive, il sistema di rimborso, così come codificato nella direttiva 2011/24, invece di chiarire il quadro e favorire la mobilità transfrontaliera dei pazienti, costruisce un sistema che complica lo spostamento. Lo Stato di affiliazione può decidere di non coprire integralmente le spese sostenute dal paziente transfrontaliero. Inoltre, mantenendo il principio del rimborso monetario al paziente, invece di introdurre il pagamento diretto della prestazione da parte dello Stato di affiliazione in favore del sistema sanitario nazionale dove è stata prestata la cura, la direttiva disattende l'obiettivo di garantire un accesso sostanzialmente equo e non discriminatorio alle cure[58]. Ovviamente l'eventuale obbligo di rimborso diretto da parte dello Stato di affiliazione costituirebbe un incentivo molto forte alla mobilità: il superamento dell'obbligo di anticipazione delle spese mediche determinerebbe un indiscriminato accesso alle cure mediche garantite. La direttiva denota una scarsa sensibilità per i soggetti deboli. Il legislatore europeo avrebbe probabilmente dovuto focalizzare i propri sforzi maggiormente su quei cittadini europei particolarmente bisognosi di cure, che rappresentano una sfida per la giustizia sociale, come i meno avvantaggiati economicamente, gli anziani, i disabili e i pazienti con disturbi mentali, prevedendo ad esempio per tali categorie un rimborso diretto delle cure sostenute.

Nell'architettura della direttiva un elemento delicato è rappresentato dalle norme che disciplinano la concessione dell'autorizzazione preventiva. Tale istituto è giustificato da motivi imperativi di interesse generale[59], come l'equilibrio finanziario, sostenuti dalla volontà degli Stati membri di non concedere ulteriori competenze all'UE in un settore delicato come la sanità[60]. La direttiva ribalta la prospettiva della Corte di giustizia e lascia agli Stati membri ampi margini per disciplinarne

---

Si veda a tal proposito la sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2002, causa C-8/02, *Leichtle*, punto 45.

57 M. Inglese, *op. cit.*, p. 128.

58 G. Giacomelli, F. Longo, *op. cit*., p. 114. Va ricordato che la direttiva riconosce che i pazienti transfrontalieri possono godere del principio di non discriminazione diretta. Essi infatti godono dello stesso trattamento previsto per quelli nazionali anche riguardo gli onorari per l'assistenza sanitaria applicati ai pazienti nazionali in una situazione clinica comparabile. Il sistema di rimborso mette a rischio tale principio. Inoltre, secondo la direttiva il divieto di discriminazione non vale nei casi in cui sia il paziente transfrontaliero a beneficiare di un trattamento più favorevole rispetto a quello nazionale. Il riferimento va alle situazioni in cui lo Stato membro di cura concede una priorità ai pazienti transfrontalieri, i quali non essendo conteggiati nel calcolo per il contributo statale costituiscono una fonte aggiuntiva di reddito per i sistemi sanitari nazionali. Sentenze della Corte di giustizia: del 16 giugno 1994, causa C-132/93, *Steen*, punto 11; del 7 novembre 2000, causa C-168/98, *Lussemburgo* c. *Parlamento europeo* e *Consiglio*, punto 70; del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 73. Si v. inoltre F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 917 ss.; e F. Costamagna, *op. cit.*, p. 205.

59 M. Falcone, *op. cit.*, p. 381.

60 Questa flessibilità lascia agli Stati membri un'ampia libertà di manovra, che secondo parte della dottrina a tratti sembra eccessiva. Si veda su tutti per approfondire S. De la Rosa, *The Directive on Cross-border Healthcare or the Art of Codifying Complex Case law*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 41.

la concessione[61]. Infatti, così configurata l'autorizzazione preventiva appare una complessa procedura amministrativa sfavorevole all'incentivazione della mobilità dei pazienti europei.

L'autorizzazione preventiva rappresenta all'interno del testo normativo in esame il fattore di bilanciamento tra l'interesse degli Stati membri (alla tutela organizzativa e finanziaria dei sistemi sanitari nazionali) ed i principi sulla libera circolazione dei pazienti nell'Unione[62].

La direttiva in realtà non arriva a recepire l'orientamento della Corte in materia. All'art. 8 essa ammette il rilascio dell'autorizzazione preventiva, al fine di ottenere cure transfrontaliere, a quanto necessario e proporzionato all'obiettivo di programmazione da raggiungere e precisa che esso non può costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei pazienti.

In particolare, l'autorizzazione può essere circoscritta alle esigenze di pianificazione riguardanti il risultato di assicurare l'accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità, o alla volontà di garantire il controllo dei costi evitando così lo spreco di risorse economiche, tecniche e umane[63]. L'autorizzazione preventiva viene ancora richiesta esplicitamente per le cure che comportano il ricovero del paziente transfrontaliero per almeno una notte, per quelle che richiedono l'utilizzo di un'infrastruttura sanitaria e di apparecchiature mediche altamente specializzate o costose, oppure comportano un rischio particolare per il paziente o la popolazione[64].

La concessione dell'autorizzazione preventiva è soggetta a ulteriori requisiti, sia di carattere sostanziale che procedurale. Con riferimento ai primi, il par. 5 dell'art.

---

61 A. Santuari, *Profili giuridici di tutela del paziente e diritto alla mobilità sanitaria. Opportunità e vincoli finanziari*, in *Giustizia amministrativa*, 2014, p. 107. Esaminando le norme di attuazione poste in essere dall'Italia con il d.lgs. n. 38/2014 appare evidente come la disciplina dell'autorizzazione preventiva dagli Stati membri può interdire la mobilità transfrontaliera dei pazienti. Precisamente, oltre a prevedere i casi in cui il rimborso è soggetto ad autorizzazione preventiva (ricoveri almeno una notte e prestazioni che richiedono l'utilizzo di infrastrutture sanitarie o apparecchiature specializzate e costose) il decreto italiano stabilisce la possibilità per le Regioni di sottoporre ad autorizzazione preventiva ulteriori prestazioni, sempre nel rispetto delle condizioni previste dalla direttiva. In questo modo possono orientarsi anche altri Stati membri che come l'Italia sono organizzati con un sistema sanitario "federale". La possibilità di approcciarsi in modo così espansivo alle condizioni di rilascio dell'autorizzazione preventiva da parte degli Stati rischia di creare delle barriere all'uscita, complicando la circolazione dei pazienti europei.

62 M. Falcone, *op. cit.*, p. 379. Come si accennava, al contrario, la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza innovativa si è opposta strenuamente all'autorizzazione, impegnandosi a rimuovere gli ostacoli derivanti alla libera circolazione di prodotti, servizi sanitari e pazienti. La Corte ha prospettato nelle sue pronunce un'inversione della prospettiva del regolamento 883/2004, trasformando in eccezione la regola della autorizzazione preventiva e ammettendone la richiesta soltanto quando proporzionata e giustificata da motivi imperativi. Nelle intenzioni dei giudici europei il passo successivo è l'eliminazione dell'autorizzazione preventiva. Sentenza del 23 ottobre 2003, causa C-56/01, *Inizian*, punto 56.

63 C. Murphy, *op. cit.*, p. 556.

64 F. Costamagna, *op. cit.*, p. 195. Quest'ultima condizione risulta del tutto fuori luogo, e ha effetti addirittura paradossali se letta in combinato disposto con il par. 6, lett. c), dell'art. 8, direttiva 2011/24. Infatti, tale norma prevede che quelle stesse condizioni che giustificano l'imposizione dell'obbligo di autorizzazione preventiva (l'esistenza di gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità e alla sicurezza dell'assistenza sanitaria) possano essere invocate dalle autorità nazionali per negare detta autorizzazione.

8 prevede che lo Stato di affiliazione non possa rifiutarsi di concedere l'autorizzazione preventiva nel caso in cui l'assistenza sanitaria non possa essere prestata sul loro territorio entro un termine giustificabile da un punto di vista clinico, sulla base di una valutazione medica oggettiva dello stato di salute del paziente. Da questa disposizione si evince che la congruità del trattamento alternativo offerto dallo Stato di affiliazione debba essere valutata in riferimento alle condizioni individuali del paziente, senza però ignorare le esigenze complessive del sistema[65]. In questo modo, la direttiva non aderisce completamente all'impostazione fortemente incentrata sul paziente elaborata dalla Corte di giustizia e si sbilancia in favore dell'obiettivo di salvaguardare la tenuta dei sistemi sanitari nazionali[66].

Il rifiuto dell'autorizzazione preventiva rimane possibile anche alla luce della direttiva. Tale diniego può essere ammesso nei casi in cui, dopo una valutazione clinica, viene stabilito che il paziente otterrebbe pochi benefici dal trattamento transfrontaliero, ponendo in pericolo la sicurezza individuale e collettiva[67]. Oltre a ciò, l'autorizzazione può essere legittimamente negata nel momento in cui lo Stato di affiliazione sia in grado di offrire un trattamento analogo in un termine ragionevole.

Gli aspetti critici del rimborso e dell'autorizzazione preventiva contenuti nella direttiva potranno essere superati attraverso l'intervento della giurisprudenza della Corte di giustizia, che potrebbe in via pretoria garantire anche una maggiore libertà e tutela in questa materia.

Inoltre, contengono criticità le disposizioni di carattere generale[68] della direttiva poste a tutela dei diritti dei pazienti, le quali potrebbero trovare applicazione anche nel caso in cui i pazienti europei vogliano sfruttare la libertà di circolazione per accedere a trattamenti vietati nel loro Stato membro di origine. Infatti, la direttiva pone l'obbligo in capo ai prestatori di servizi sanitari di prendere in carico i pazienti, qualunque sia lo Stato membro di provenienza, assicurando a ciascuno l'accesso alle prestazioni alle medesime condizioni, senza discriminazioni in base alla nazionalità[69].

Da questo scaturiscono i timori degli Stati membri legati al fatto che la direttiva potrebbe comportare un obbligo di garantire quei trattamenti che per ragioni di natura etica sono vietati o limitati in alcune legislazioni degli Stati membri. Il

---

65 G. Di Federico, *op. cit*., p. 698.

66 Vero è che, ai sensi dell'art. 9, lo Stato di affiliazione deve garantire che le procedure amministrative necessarie alla fruizione dell'assistenza sanitaria transfrontaliera e al rimborso dei costi di assistenza sanitaria sostenuti in un altro Stato membro si fondino su criteri di oggettività, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e tempestività. Per di più, gli Stati membri devono assicurare che i pazienti possano accedere a mezzi di ricorso giurisdizionale, innanzi ai quali sia possibile impugnare le decisioni adottate dalle autorità amministrative che riguardano la possibilità di beneficiare dell'assistenza sanitaria transfrontaliera.

67 Il 45° 'considerando' della direttiva 2011/24 chiarisce che "l'assistenza transfrontaliera può esporre il paziente o il pubblico ad un rischio che prevale sull'interesse del paziente a ricevere l'assistenza sanitaria transfrontaliera". Tale clausola ha trovato posto nell'impianto normativo in esame soprattutto con riferimento ai prestatori privati di servizi sanitari, i quali suscitano molte preoccupazioni riguardo al rispetto degli *standard* minimi di sicurezza fissati nella legislazione dell'Unione.

68 Le disposizioni contenute nella direttiva sono quelle relative alla responsabilità dello Stato di cura (art. 4) e di affiliazione (art. 5), nonché all'istituzione dei punti di contatto nazionali, quali collettori di informazioni sui trattamenti disponibili (art. 6).

69 L. Busatta, *op. cit.*, p. 29.

riferimento va, ad esempio, alla procreazione medicalmente assistita, all'eutanasia o all'interruzione volontaria di gravidanza. Le istituzioni dell'Unione europea davanti a tali paure hanno, da una parte, richiamato nel 7° 'considerando' della direttiva la necessità di rispettare le scelte etiche fondamentali degli Stati membri e, dall'altra, hanno escluso dal rimborso le prestazioni che non sono previste dalla legislazione nazionale del paziente. L'accesso a trattamenti medici che pongono problemi dal punto di vista etico necessita di una disciplina più puntuale.

6. Il valore aggiunto della direttiva 2011/24 è quello di avere superato l'approccio casistico della Corte di giustizia in un settore di centrale importanza per la vita dei cittadini europei, creando un quadro normativo più preciso e definito rispetto alle norme che disciplinavano la materia sanitaria in precedenza.

Nonostante queste premesse, il primo bilancio dell'impatto della direttiva 2011/24 sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti appare critico. Il fenomeno della mobilità europea dei pazienti rimane ancora circoscritto, poiché interessa il 4% della popolazione europea[70]. L'aumento graduale al quale si assiste negli ultimi anni sembra riconducibile non solo alla crescente mobilità professionale e residenziale dei cittadini europei, ma tra le cause possiamo annoverare anche la maggiore disponibilità di informazioni, data dalla loro velocità di circolazione e immediata reperibilità, e la circostanza che sono i pazienti stessi a voler conoscere e comprendere il proprio stato di salute e a valutare le possibili soluzioni[71].

Questo è avvenuto nonostante siano stati attivati in ritardo i punti di contatto nazionali previsti dalle norme della direttiva, i quali hanno il compito di fornire informazioni sui soggetti europei adibiti ad erogare le prestazioni sanitarie. Inoltre, non si è concluso il processo di creazione dell'*European Reference Network* (ERNS), uno degli assi portanti dell'atto in esame, che dovrebbe consentire ai cittadini europei di ricevere cure altamente specializzate e spingerli a cambiare Stato membro per curarsi. Questi ritardi, sommati al sistema di rimborso poco favorevole per chi non ha disponibilità economica sufficiente per anticipare i costi delle cure, unitamente al mantenimento e all'uso estensivo dell'autorizzazione preventiva, stanno limitando i benefici previsti dalla direttiva e perciò un aumento ulteriore della mobilità dei pazienti transfrontalieri.

Ulteriori problematicità sono rappresentate dal fatto che la direttiva non è in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia; il quadro normativo composto da regolamento e direttiva risulta complesso e quindi accessibile a pochi; la direttiva presenta ampi margini di discrezionalità che sono sfruttati dagli Stati membri[72].

---

70 G. Giacomelli, F. Longo, *op. cit*., p. 112.

71 Questi fattori i quali hanno fatto aumentare la mobilità dei pazienti transfrontalieri sono evidenziati dai dati contenuti nello speciale Euro-barometro coordinato dalla Commissione europea, n. 425 del maggio 2015. L. Busatta, *op. cit*., p. 2.

72 G. Carboni, *La mobilità sanitaria in Europa: dalla cooperazione per l'assistenza sanitaria all'estero alla convergenza tra sistemi sanitari europei*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 2000. Nelle norme di recepimento della direttiva sono contenuti alcuni esempi di come gli Stati membri utilizzano gli ampi margini di discrezionalità messi a loro disposizione dal diritto UE, soprattutto per quanto riguarda la mobilità transnazionale dei pazienti europei. Il Real decreto ley n. 81 adottato dalla Spagna il 7 febbraio 2014 contiene una disposizione (art. 10, co. 6) che permette al Ministero della salute di limitare l'applicazione delle norme sul rimborso per ragioni di interesse

Al di là degli aspetti critici, la direttiva 2011/24, unitamente alla giurisprudenza innovativa della Corte di giustizia, può contribuire ad innescare un meccanismo virtuoso, aumentando la concorrenza tra i sistemi sanitari nazionali, grazie alla quale la mobilità transfrontaliera dei pazienti porti ad un'organizzazione più efficiente e conveniente dei sistemi nazionali di assistenza sanitaria. Uno dei maggiori vantaggi sarebbe il cofinanziamento di impianti di cura transfrontalieri altamente specializzati.

Inoltre, l'esternalizzazione dei trattamenti in altri Paesi è un'opzione quando il basso numero di pazienti da trattare non giustifica un investimento di risorse pubbliche, necessarie per le strutture e la formazione del personale specializzato, per delle malattie rare[73].

In conclusione, sembra potersi affermare che, dalle recenti sentenze della Corte di giustizia e dall'adozione della direttiva 2011/24, le istituzioni europee, anche in un periodo di crisi economica, confermano la volontà di garantire a tutti i cittadini europei la possibilità di beneficiare delle prestazioni sanitarie alle migliori condizioni ed ottenere cure mediche tempestive e di qualità in qualunque Stato membro diverso da quello di affiliazione[74]. In più, questo consente di sostenere che l'Unione e gli Stati membri sono entrati in un processo di lungo termine[75], che a partire da questo periodo di crisi economica punta a migliorare la cooperazione dei sistemi sanitari nazionali, anche se l'obiettivo dell'europeizzazione di questi ultimi rimane distante.

generale e in particolare per la necessità di programmazione connessa ad esigenze di efficienza e qualità dei servizi, purché non vi sia discriminazione e ne sia dato avviso alla Commissione europea. Inoltre, tale atto prevede un limite al flusso dei pazienti di altri Stati che richiedono assistenza in Spagna e stabilisce che il Ministero della salute può porre un limite all'ingresso ove necessario e proporzionato per garantire un accesso sufficiente e permanente all'assistenza sanitaria offerta dal sistema sanitario, in particolare per la necessità di una pianificazione che garantisca l'equilibrio tra una gamma di cure di elevata qualità e un uso razionale delle risorse finanziarie, tecniche e umane, e dopo averne informato la Commissione europea e averne dato pubblicità attraverso i punti di contatto nazionale (art. 6, co. 4).

[73] T. Clemens, K. Michelsen, H. Brand, *Supporting Health Systems in Europe: Added Value of EU Actions?*, in *Health Economics, Policy and Law*, 2014, p. 55. La direttiva su tali tematiche prevede vari tipi di cooperazione nazionale, ma occorre fornire strumenti più forti in grado di offrire soluzioni di portata ampia per la riorganizzazione della sanità. Le basi possono essere le disposizioni che indicano l'intensificazione della cooperazione degli Stati membri in settori come le malattie rare, *eHealth* e la valutazione delle tecnologie sanitarie, contribuiscono tra l'altro a fornire assistenza sanitaria più efficiente e conveniente. L'inserimento nel testo normativo della previsione per l'istituzione di una rete di riferimento sulle malattie rare potrebbe consentire di sfruttare le economie di scala per le malattie delle quali la diffusione è bassa, spostando l'impatto dei costi e l'utilizzo delle apparecchiature mediche a livello europeo piuttosto che nazionale.

[74] M. Falcone, *op. cit.*, p. 388.

[75] T. Clemens, K. Michelsen, H. Brand, *op. cit*., 2014, p. 64.

Abstract

The Right to Health for EU Citizens and Cross-border Healthcare: Recent Developments

Lately the European Union's institutions are intervening increasingly both in legislative and jurisprudential terms in relation to European citizens' health right. The application of internal market rules and the free movement have led to a gradual expansion of the European policies related to health and have exercised a growing influence on the organization and on the choices of national health systems. Directive 2011/24/EU with its innovation is the best example of this evolution. The free movement of EU patients is a challenge both for the welfare systems and for the Union. The recent consequences of the free movement of patients and the innovations introduced by European Union law are analysed in this article.

Recensioni

Angela Di Stasi (a cura di)

CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)

Padova, CEDAM, 2016, pp. XLII-1147

In modo eloquente il titolo dell'opera qui recensita indica l'ambizioso obiettivo che essa intende perseguire: offrire all'operatore del diritto una guida ragionata sulla incidenza del diritto elaborato dalla giurisdizione di Strasburgo, sulla base delle disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nell'ordinamento italiano.

Il presupposto logico che ben spiega la genesi di una ricerca completa ed accurata, è il dato inconfutabile della crescente pressione che, in virtù dell'efficacia del suo sistema di garanzia, la Convenzione europea (CEDU) – e la giurisprudenza della sua Corte – esercitano sugli ordinamenti statali nello spazio giuridico europeo.

Merito della Curatrice progettare e portare a compimento una preziosa opera collettanea che presenta caratteri di novità nella nostra letteratura giuridica: infatti, caratteristica del lavoro, che ne fa apprezzare l'originalità, è che la disamina meditata delle pronunce del Collegio di Strasburgo avviene secondo differenti prospettive fornite da un gruppo eterogeneo di autori, i quali offrono il loro contributo alla riflessione, ciascuno secondo il filtro della propria esperienza professionale. In funzione dell'esigenza di procedere all'analisi delle sentenze della Corte EDU secondo un approccio evolutivo e, perciò, innovativo, i commenti degli articoli relativi alla parte materiale del diritto convenzionale, sono stati, infatti, affidati non solo a studiosi di formazione accademica – non necessariamente specialisti di diritto internazionale –, ma anche a magistrati ed avvocati.

Gli argomenti trattati e la ricostruzione proposta dimostrano quanto oggi più che mai sia vivo l'interesse ed il dibattito intorno al tema dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e come i problemi sottesi alla loro effettività nell'ordinamento italiano coinvolgano una molteplicità di competenze sollecitando a superare impostazioni settoriali.

La scelta di limitare l'analisi alle sentenze resa della Corte nel quinquennio 2010-2015, lungi dal rappresentare un limite, è, al contrario un punto di forza, atteso che – come ben spiega la Curatrice – l'arco temporale considerato è "idoneo a consentire di definire il grado di conformazione dell'ordinamento italiano ma anche i punti di criticità e le lacune dello stesso nonché di verificare i follow-up, in senso legislativo, giurisdizionale e amministrativo, di tale giurisprudenza". In altri termini, non si tratta semplicemente di una selezione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo di maggior impatto nel nostro ordinamento, ma di una disamina critica di come ed in che termini il sistema giuridico italiano abbia risposto alle sollecitazioni della stessa. D'altro canto non sarebbe stato realizzabile, né utile ampliare il lasso temporale dello studio: il rischio sarebbe stato quello di perdere il "focus" della indagine, oltre che di perdersi nella cernita di una documentazione alluvionale.

Diversamente, ben centrato, accurato e coerente nella sua trama è il lavoro nel suo complesso; e se in futuro esso dovesse perdere di attualità, pur preziose resterebbero la riflessioni circa le lacune e le criticità del nostro ordinamento.

Passando all'esame più dettagliato del contenuto del volume, pur nei limiti degli spazi di questa recensione, si rileva che l'opera è suddivisa in due parti. La prima, a firma della Curatrice, è riservata all'analisi e all'illustrazione dei profili generali: l'effettività del sistema di tutela multilivello, le norme organizzative e procedurali ed il rapporto con l'ordinamento italiano. La seconda parte, invece, che consta di trentaquattro studi, è dedicata alla riflessione sui temi più rilevanti attinenti all'applicazione della Convenzione. Di qui la opportunità di illustrare e misurare il diverso grado di sensibilità dell'interprete interno nei confronti dei valori giuridici presi in esame.

Prodromico all'analisi dei diritti sanciti dalla CEDU e della difficoltà incontrata nel nostro sistema giuridico di renderli effettivi, è un inquadramento circa il complesso sistema di garanzie oggi presente nello spazio giuridico europeo. Della fitta rete di tutele, stratificata secondo un sistema multilivello, la Curatrice dà conto con la consueta abilità nel I capitolo, non solo illustrando la finalità e la struttura della Convezione di Roma del 1950, ma anche tracciando le linee evolutive del complesso rapporto con il sistema comunitario-europeo. Ed infatti, l'iter di adesione della Unione europea alla CEDU, bloccato a seguito del parere 2/13 del dicembre 2014, apre a nuove prospettive costruite secondo un sistema binario di tutela "atteso che il perfezionamento dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU determinerebbe la transizione di un sistema giurisdizionale, costruito sulla coesistenza e, con qualche segmento interruttivo, sul dialogo tra due Corti autonome ed indipendenti (la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti umani) e due cataloghi di diritti non compiutamente assimilabili, verso forme più avanzate di interrelazione/integrazione tra i due sub-sistemi" (pag. 44).

Esplicativo dei meccanismi processuali è il capitolo II interamente dedicato alla tutela procedurale e l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU: illustate le migliorie introdotte dai Protocolli (XI, XIV, XV e XVI) e illustrati i profili processuali delle attività della Corte, il saggio non trascura di dar conto delle più attuali spinte evolutive indicate nella Dichiarazione di Bruxelles 2015, tese ad implementare le piena effettività del sistema convenzionale nel rispetto del principio di sussidiarietà

e di responsabilità e a rispondere alla domanda di giustizia dei ricorrenti entro un termine ragionevole.

Induce a ritenere che una conoscenza non superficiale della CEDU sia ormai indispensabile, il capitolo III nel quale è affrontato il tema del rapporto fra il nostro ordinamento ed il sistema convenzionale.

L'autrice esamina con occhio critico ed attento le relazioni intercorrenti tra i due sistemi sulla scorta delle decisioni della nostra Consulta: dalle celebri sentenze gemelle (nn. 348 e 349 del 2007) che hanno attribuito alle norme CEDU il rango di norme interposte tra legge ordinaria e Costituzione, alla più recente resa nel gennaio 2015 (n. 49/2015) in cui si delinea con maggiore efficacia il ruolo nevralgico del giudice comune interno nel processo interpretativo delle norme della Convenzione. La maggiore apertura rispetto al passato, e la maggiore sensibilità dell'interprete nei confronti dei valori giuridici espressi dalla CEDU è manifestata non solo dalla giurisprudenza costituzionale, ma anche da quella della Cassazione. In tal senso la firma del Protocollo del 14 dicembre 2015 che impegna anche i giudici della Corte Suprema a costituire reciproci organismi di dialogo volti a garantire l'attuazione dei principi della Convenzione in modo che anche la giurisprudenza di legittimità possa veicolare i suoi contenuti, sono forieri di un terreno ancor più fecondo di collaborazione.

Alle considerazioni di "sistemazione dommatica" fanno seguito nella seconda parte del volume i pregevoli e stimolanti saggi che offrono analisi complete e aggiornate sui temi più rilevanti inerenti all'applicazione della Convenzione. Per ragioni di spazio non è possibile dar conto degli stessi in modo analitico, ma solo elencarli; basti qui osservare che le riflessioni raccolte spaziano dal tema delle violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine, al divieto di tortura (art. 3 CEDU) nelle declinazioni della violenza domestica e del diritto alla informazione della vittima, del sovraffollamento carcerario e della tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale; dalla privazione delle libertà personale al dibattuto diritto ad un equo processo. Non sono trascurati temi più specifici quali il contenzioso relativo al personale ATA, quello in tema di pensioni dei lavoratori italiani in Svizzera e l'indennizzo per trasfusioni, né un focus sul principio *nulla pena sine lege*.

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare è scandagliato in tutte le sue interessanti declinazioni ed è trattato in ben dieci contributi. Trovano spazio stimolanti riflessioni sulla libertà di religione, di espressione e comunicare informazioni e idee; il diritto di proprietà, i diritti dei creditori di un ente locale in stato di dissesto, il diritto all'istruzione, i limiti al diritto di voto dei detenuti, le limitazioni alla libertà di circolazione e i profili procedurali del ricorso innanzi alla Corte EDU *ex* art. 34 della Convenzione.

I temi, tutti di grande interesse, sono trattati in modo "analogo", secondo un approccio che ha quale punto di partenza l'esame delle fattispecie giurisprudenziali di riferimento; in tal modo, nonostante la diversità degli stili di scrittura degli autori, resta immutato l'impianto generale e si semplifica la divulgazione verso il lettore.

La raccolta di saggi, impreziosita dalla prefazione del Presidente della Corte EDU Guido Raimondi, è corredata da una ricca appendice giurisprudenziale (2010-2015) utile a migliorare la conoscenza delle pronunce maggiormente rilevanti, nonché da

una esauriente bibliografia generale. In particolare si apprezza che la copiosa documentazione riferita alle decisioni della Corte EDU sia suddivisa per argomenti, e dunque raggruppata secondo il medesimo ordine dei capitoli del volume, in modo da rendere semplice la consultazione per chiunque sia interessato (anche per la prima volta) ad approfondire un singolo aspetto della Convezione. Pur con immaginabili difficoltà di coordinamento, l'uniformità dei criteri di citazione è stata garantita dal rinvio ad un elenco di riviste, abbreviate secondo i canoni più comunemente adottati, portato a conoscenza del lettore nella parte introduttiva del volume.

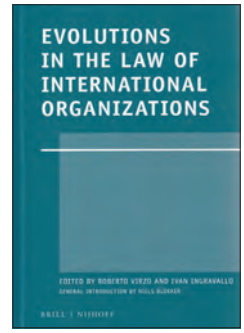
Il risultato di una così ricca e composita riflessione è un contributo originale e specifico: non solo uno strumento di immediata ed esaustiva consultazione per i pratici del diritto che sono sempre più di frequente chiamati a confrontarsi con i problemi di applicazione della CEDU e dei suoi protocolli addizionali, ma anche un testo di riferimento dal quale prendere le mosse per ulteriori approfondimenti (seguendo la scia delle copiose note a piè pagina), per gli studiosi della materia.

In sintesi, un lavoro prezioso per la sensibilizzazione e formazione dei pratici del diritto, testimonianza di un interessante scambio di idee, senza dubbio proficuo ad ampliare gli orizzonti di analisi in una materia di così grande importanza.

Angela Maria Romito

Roberto Virzo, Ivan Ingravallo (eds.)

Evolutions in the Law of International Organizations



Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, pp. XXVI-547

International organizations' law is a fascinating subject, constantly evolving and challenging the lawyers' dream to accommodate reality into rational and lasting conceptual schemes. The topic reveals all its potentiality and interest especially when the lawyer defies the comfortable stance of analyzing or merely comparing static institutional provisions and explores the multifaceted dimension of the dynamic enforcements of them, thus measuring the actual capacity of IOs to adapt themselves to the changing landscape where they perform and to fulfill (or not) their mission. Many expectations are placed upon IOs (which often lack the necessary powers and competences to meet them) and severe criticism is often raised against their supposed incapacity to address the current problems of international society. This volume – accepting the challenge of embarking in a dynamic study of IOs – reveals itself as a precious tool for establishing a solid analytical framework, suitable for appreciating the lights and the shadows of this category of international subjects, as far as both general issues and specific themes are concerned.

The book is opened by a general introduction by Niels Blokker (giving account of the evolutions of IOs since 19th century and magisterially preparing the ground for the subsequent in depth analysis) and gathers contributions elaborated by a wide array of experts and grouped into two parts: the first one (ten chapters) focusing on recent developments in the models of IOs, the second (nine chapters) on provoking and thematic institutional issues arising out from the increased activism of IOs in the international arena.

Coming to Part I, the first two essays (by Runavot and Di Stasi) dwell on the coexistence of different models and pragmatic approaches to the development of international cooperation. Fully fledged IOs operate side to side with less formalized groups of States and with partnerships between international subjects and private actors. Moreover, the same statutory powers of the IOs are developed according to a flexible pragmatism, leading to expansions or self-restraints according to the degree of interaction with other levels of international dialogue.

The third chapter (by Pennetta) explores the multifaceted world of regional organisations, underlining the need to go beyond a lazy EU-centrism (too often spread among specialists). The wide recourse to soft institutional models is acknowledged, thus showing how the regional level is not necessarily able to

express the will of MS to afford common institutions a more relevant role. From an historian's point of view, the fourth chapter (by Polsi) proposes a reading of the dichotomy universalism/regionalism internal to the functioning of the UN and its specialized agencies mainly focused on the juxtaposition between universal and regional values. The fifth chapter (by Cellamare) is devoted to a classical topic, the deployment of peace operations by the UN and regional IOs, offering a fresh contribution to the evolving role of African regionalism, to the effort of UNSC to keep at least a political leadership in order to address the risk of dangerous fragmentation and to the controversial issue of the *ex post facto* authorizations issued with regard to operations already started by regional organisations. The Organization for the Islamic Cooperation is the subject of sixth chapter, authored by Gutiérrez Castillo and Cruz Ángeles, where the institutional provisions and the dynamic practice are interestingly compared, with special regard to two crucial areas (human rights promotion and crisis management).

A set of three essays (chapter 7 to 9) has been rightly devoted by the editors to various facets of the role of financial institutions in contemporary international society. Cafaro scrutinizes the evolution of the Bretton Wood institutions as a consequence of the international financial crisis. She offers a complete picture of the institutional framework, of its failures and of the proposal for changes advanced from several circles, and does not hesitate to express her personal preferences and sound ideas (for instance, with regard to the impact of the EU's participation to the activities of IMF and WB, or to the hotly debated issues of legitimacy, transparency and accountability). Brescia Morra deals with the changes occurred in the banking supervision in the EU and with the most relevant proposed changes: she offers a critical evaluation of the past failures and of the probable impact of the novelties, aptly going beyond a formalistic approach and eschewing the constant rhetoric surrounding the degree of integration reached and of actual cooperative stance of national authorities. Mauro finally explores the capacity of the WB to conciliate its mandate with the protection of non-economic values, deepening topics such as the political neutrality, the interference on human rights, the features of internal mechanisms of control (the Inspection Panel and the Compliance Advisor Ombudsman): a solid methodology is accompanied by a propositional stance whenever it is needed.

Part I ends with a discussion by Katz Cogan on the working methodology of the ILC (chapter 10): the drafting of texts able (at least in theory) to be transformed into codification treaties has been accompanied in the last years by an increased recourse to "soft lawmaking" whose outcome are guidelines, conclusions, principles and the like, addressed to an audience wider than the States or other IOs, and including attorney, judges, policymakers, and academics.

Part II begins with a seminal study by Virzo on the proliferation of institutional acts of IOs (chapter 11), where a sound method for their uneasy classification is convincingly put forward, taking into due account the implementing practice (which shows, for instance, that soft law techniques may prove extremely useful notwithstanding the suspicion towards them coming from various circles) and the constant adaptation of the IOs to the surrounding environment.

Three chapters (12, 13 and 19) are devoted to a classic field, say the immunities of IOs with a special focus on the jurisdictional ones. The part by Mainetti offers a

thorough examination of Article 7 of the Covenant of League of Nations, dwelling especially on the benefits afforded to representatives of MS and to League's officials and emphasizing the influence exerted by such provision and by the subsequent practice on the drafting of privileges and immunities of other IOs. The chapter by Orzan is devoted to IO's immunity from suit and enforcement and to some recent trends raising doubts and uncertainties about the legal foundation and the scope of such immunity and about its relationship with access to remedies for private claimants. The essay by Gallo comments on a relevant opinion of the ICJ concerning a judgement delivered by the ILOAT and explores the limitations of such a competence of the UN court, advocating the creation by IOs of a permanent appellate tribunal for staff disputes, taking the reformed UN Appeals Tribunal as a point of reference.

In chapter 14 Le Floch treats the topic of the human rights violations by the OIs and of the still uncertain ways of redress for victims: a legal gap to fill as soon as possible, taking into account that insisting on MS' responsibility for acts performed by IOs is an unsatisfactory palliative. In chapter 15 Pustorino investigates another crucial and evolving issue, namely the uncertain status of customary law regarding the attribution to an IO of the conduct of State (or other IOs) organs placed at its disposal. Article 7 of the ILC's DARIO is assessed in the light of the relevant practice, with due attention paid to the peculiarities of control during military operations and to the trend developed by some domestic courts' orientation to held MS responsible with the probable intent to afford a subsidiary protection to the individual right of access to justice (undermined by the IO's immunity from suit at national level). Chapter 16 covers the cross-cutting theme of gender discrimination as tackled by the UN and other IOs: the author (Hernández-Truyol) convincingly compares rules and principles with the reality of women's lives around the world and with their presence in IOs, and advances a new paradigm, aimed at fighting subordination and embracing multidimensionality.

The chapter 17 (by Ingravallo) succeeds in conceptualizing an elusive and little investigated phenomenon of international cooperation, namely the succession between IOs: a field where the existence of customary law is controversial and practice is rather heterogeneous. Various types of succession are singled out, and the distinction with transformation is clearly set out. Finally the main legal consequences arising from succession are systematized. Finally, Tino describes in chapter 18 the various judicial mechanisms for dispute settlement developed in some regional economic organisations: the analysis of institutional and procedural issues is enriched by an exam of relevant case law of such tribunals and by an evaluation of the actual enforcement of their judgements, as well as the trend to a circulation of models and solutions with some elements of (so far) uni-directional influence (from to the ECJ to other regional courts).

By way of conclusion, this volume is a highly valuable contribution to the contemporary studies of international organisations' law and a useful instrument for any person interested in deepening the study of this wide and varied category of international actors.

Marcello Di Filippo

Caterina Fratea, Isolde Quadranti (a cura di)

Minori e immigrazione: quali diritti?

Napoli, ESI, 2015, pp. XIV-182

Il volume qui recensito, apparso nella collana del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Verona, si inserisce nel folto novero di pubblicazioni che negli ultimi anni, sia in Italia sia all'estero, sono state dedicate alle molteplici questioni giuridiche relative all'immigrazione, nel contesto nazionale, europeo e internazionale. Esso raccoglie gli atti dell'omonimo Convegno svoltosi in quella sede il 23 aprile 2015 ed è certamente positivo che il volume sia stato dato alle stampe a pochi mesi di distanza dello svolgimento del Convegno, in modo da rispecchiarne al meglio i contenuti.

Il tema specifico oggetto del volume (come già del Convegno) è quello della condizione giuridica dei minori nel contesto dell'immigrazione, con un particolare *focus* sui minori non accompagnati. Si tratta purtroppo di un fenomeno in costante aumento e che pone il legislatore e il giurista in una condizione di particolare complessità. Se, infatti, i minori sono generalmente considerati una categoria vulnerabile e di conseguenza sono oggetto di una peculiare tutela normativa, nel caso dei minori stranieri non accompagnati questa vulnerabilità è ulteriormente accresciuta.

Dopo la Prefazione delle due curatrici, il volume include sette contributi, a partire da quello di Isolde Quadranti dedicato alla crisi dei rifugiati che ha coinvolto il Mediterraneo e i Balcani occidentali nel 2015. L'A. descrive sinteticamente le origini del fenomeno e valuta criticamente le risposte fornite dall'Unione europea, con particolare riguardo alla condizione dei minori, verificando in quale misura esse abbiano tenuto conto del principio dell'interesse superiore del minore. Tale principio è anche al centro dello scritto di Rossana Palladino, relativo alla protezione del minore straniero non accompagnato nel quadro del "travagliato" sistema comune europeo di asilo. L'A. svolge le proprie considerazioni alla luce non solo della pertinente normativa di diritto europeo, che non sembra dedicare la necessaria attenzione alla categoria dei minori stranieri non accompagnati (p. 122), ma anche della rilevante giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e delle indicazioni fornite dai principali organi internazionali operanti in questo ambito.

Il saggio della Palladino è opportunamente seguito da quello di Caterina Fratea, che rivolge la propria attenzione alla questione del ricongiungimento familiare per i minori stranieri non accompagnati. L'A. si pone il non facile interrogativo se il minore, oltre che un soggetto da ricongiungere, sia anche un diretto titolare del diritto al ricongiungimento, e prospetta soluzioni che, nelle pieghe dell'attuale normativa, offrono a questi soggetti la maggiore tutela possibile. La tutela di minori stranieri

è anche oggetto del contributo di Maria Caterina Baruffi, che se ne occupa dalla visuale internazionalprivatistica. L'A. dedica specifica attenzione alla Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, che a seguito della ratifica italiana, depositata il 30 settembre 2015 (l. n. 101/2015, Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori), vincola ora tutti gli Stati membri dell'UE, oltre a diversi altri Stati. L'A. segnala peralto criticamente la mancata emanazione in Italia delle norme di attuazione delle disciplina convenzionale, nonché le incertezze e le contraddizioni che possono derivare da alcune scelte effettuate dal nostro legislatore (p. 181).

Come accennato, ai minori stranieri non accompagnati sono dedicati anche altri contributi raccolti in questo volume, rivolti ad alcuni specifici profili. Il saggio di Federico Casolari affronta il tema della partecipazione dei minori stranieri non accompagnati alla vita politica, intesa nell'ampia accezione di partecipazione ai processi democratici e non limitata al mero esercizio dei diritti elettorali. L'A., alla luce della normativa e della prassi internazionale (ONU) ed europea (UE), considera "difficile e improbabile che si produca un serio tentativo volto a rafforzare" la partecipazione di questi minori alla vita politica delgi Stati ospitanti (p. 55). Nello scritto di Alessandra Cordiano la condizione dei minori stranieri non accompagnati è invece considerata sotto il profilo dei diritti sociali e del diritto privato, mettendo in luce la tensione tra valori opposti – l'inclusione e l'esclusione – che caratterizza l'approccio del nostro ordinamento giuridico nei confronti di tali soggetti vulnerabili. Nell'ultima parte del suo contributo l'A. sintetizza alcune interessanti proposte volte a "costruire un sistema di accoglienza integrato e unificato" (p. 86 s.). La difficoltà per le istitutioni locali e per i loro sistemi di *welfare* di mettere in pratica ciò che è previsto nelle norme emerge invece dal contributo di Valentina Maraia, Alessando Padovani e Catia Zerbato, rappresentanti del Comune di Verona (la prima) e di un centro di accoglienza per i minori stranieri non accompagnati.

Il volume qui recensito offre, in ultima analisi, un quadro interessante e attuale di diverse problematiche teoriche e pratiche relative alla gestione dell'immigrazione, con particolare riferimento alla tutela dei minori stranieri non accompagnati. Una tematica che, purtroppo, pare destinata a riproporsi nel prossimo futuro e rispetto alla quale è quindi opportuno che si consolidi il quadro delle conoscenze, al fine di fornire anche agli operatori sul campo indicazioni chiare e univoche.

Ivan Ingravallo

Libri ricevuti

Gian Antonio Benacchio, Michele Carpagnano (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. IX-332.

Sergio M. Carbone, Chiara Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2016, pp. XII-427.

Mariarosa Cardia (a cura di), *La costruzione di un'Europa "unita nella diversità". Il ruolo delle autonomie regionali e locali*, Cagliari, Aipsa Edizioni, 2015, pp. 135.

Antonietta Damato, Patrizia De Pasquale (a cura di), *Politica economica e monetaria dell'Unione europea. Procedura legislativa e ruolo delle istituzioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 185.

Angela Del Vecchio, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, II ed., Bari, Cacucci, 2015, pp. XI-358.

Angela Del Vecchio, Fabrizio Marrella (dirs.), *International Law and Maritime Governance. Current Issues and Challenges for Regional Economic Integration Organizations*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 325.

Federica Falconi, *La legge applicabile ai contratti di assicurazione nel regolamento Roma I*, Padova, Wolters Kluwer-CEDAM, 2015, pp. XXIV-243.

Marco Gestri (a cura di), *Disastri, protezione e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. IX-335.

Alberto Malatesta (a cura di), *La riforma del regolamento Bruxelles I. Il regolamento (UE) n. 1215/2012 sulla giurisdizione e l'efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. XVII-229.

Franco Mosconi, Cristina Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, IV ed., Milanofiori Assago, Wolters Kluwer Italia, 2016, pp. XVIII-325.

Giorgio Napolitano, *Europa politica e passione*, Milano, Feltrinelli, 2016, pp. 95.

Bruno Nascimbene, *Un percorso tra i diritti. Scritti scelti*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. XII-799.

Paolo Palchetti (a cura di), *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo. XX Convegno SIDI (Macerata 5-6 giugno 2015)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 443.

Nicoletta Parisi, Valentina Petralia, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Un ente di governo per Stati e individui*, Firenze, Le Monnier, 2016, pp. XIX-346.

Celeste Pesce, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 206.

Alessandra Pietrobon, *Il giudizio nell'arbitrato fra Stati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 378.

Claudia Pividori, *Il principio di complementarietà della Corte penale internazionale e il processo di adattamento degli ordinamenti interni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 244.

Laura Salvadego, *Struttura e funzioni della necessità militare nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. XV-332.

Andrea Spagnolo, *L'attribuzione delle condotte illecite nelle operazioni dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. XIV-256.

Indice degli autori

Angela Del Vecchio
ordinario di Diritto internazionale nella LUISS "Guido Carli" di Roma

Giandonato Caggiano
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre

Giuseppe Cataldi
ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Napoli L'Orientale

Anna Lucia Valvo
ordinario di Diritto dell'Unione europea nella libera Università degli studi della Sicilia centrale "Kore" di Enna

Pia Acconci
associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Teramo

Giovanni Luchena
associato di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Paola Puoti
associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara

Gianpaolo Maria Ruotolo
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Foggia

Angela Maria Romito
ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Nicola Neri
ricercatore di Storia delle relazioni internazionali nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Gaspare Fiengo
ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli Suor Orsola Benincasa

Nicola Ruccia
docente a contratto di Diritto europeo dell'ambiente nel Politecnico di Bari

Pierluigi Simone
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma Tor Vergata

Ilaria Rivera
dottore di ricerca in Diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale dell'Università degli studi di Pavia

Sara Poli
associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Pisa

Valentina Faggiani
professore di Diritto costituzionale nell'Università di Granada

Rossana Palladino
ricercatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Salerno

Daniela Fanciullo
dottore di ricerca in "Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" dell'Università degli studi di Salerno

Alessandro Nato
dottorando in Diritto civile, societario e internazionale dell'Università degli studi di Genova

Indice del Volume XI (2016)

In ricordo di Luigi Ferrari Bravo
di Giandonato Caggiano ed Ennio Triggiani 7

ARTICOLI

Pia Acconci
Riflessioni sull'accezione di qualità dei prodotti agroalimentari rilevante nel diritto dell'Unione europea 265

Giandonato Caggiano
Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo 221

Mario Carta
Quali diritti per le vittime di reati intenzionali violenti secondo il diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano? 85

Giuseppe Cataldi
Brevi osservazioni sul diritto di proprietà nella CEDU alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo 243

Angela Del Vecchio
Il valore della CEDU nella giurisprudenza costituzionale italiana 205

Fabio Ferraro
Conflitti tra organi giurisdizionali: evoluzione e (in)certezza del diritto europeo 57

Gaspare Fiengo
Quale spazio per il principio democratico nella *governance* economica europea? 391

Giovanni Luchena
Coesione economica, sociale e territoriale: le zone franche urbane tra diritto europeo e ordinamento nazionale 289

Nicola Neri
74 giorni: Il conflitto delle Falklands e la politica della Comunità Economica Europea 377

Massimo Panebianco
Un codice diplomatico euro-nazionale del '700 (codice Lünig) 41

Paola Puoti
L'attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali da sperimentazione nel contesto dell'armonizzazione del mercato interno e il futuro della ricerca in Italia 301

Ilaria Rivera
Il Protocollo n. 16 CEDU e la richiesta di parere consultivo, ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione 455

Angela Maria Romito
Recenti sviluppi sul ruolo delle Corti nazionali di ultimo grado nella corretta applicazione del diritto dell'Unione europea 355

Gianpaolo Maria Ruotolo
Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi 329

Nicola Ruccia
Analogie, differenze e interazioni tra il Meccanismo europeo di stabilità e il Meccanismo di risoluzione unico 407

Pierluigi Simone
I diritti derivati degli immigrati stranieri appartenenti a nuclei familiari "ricostituiti" o "ricomposti" 427

Eric Tremolada Álvarez
La Alianza del Pacífico: ¿una sobrevalorada integración? 21

Anna Lucia Valvo
Crisi europea e cosmopolitismo post-globale 253

NOTE E COMMENTI

Valentina Faggiani
Ius puniendi europeo *v*. controlimiti. Riflessioni a margine del caso *Taricco* 509

Daniela Fanciullo
Il principio della presunzione di innocenza ed i suoi corollari alla luce della direttiva (UE) 2016/343: un'occasione mancata? 557

Anna Iermano
Precisazioni della Corte di Lussemburgo su traduzione e interpretazione di ricorsi e diritto all'informazione in sede di notifiche: il caso *Covaci* 139

Giannangelo Marchegiani
The *Pizzarotti* Case and the Sale of Public Property in the Light of EU Law 111

Alessandro Nato
Il diritto alla salute dei cittadini dell'Unione e l'assistenza sanitaria transfrontaliera: recenti sviluppi 573

Rossana Palladino
Protezione delle finanze degli Stati membri e ridefinizione delle condizioni di esercizio delle libertà fondamentali 533

Sara Poli
L'Unione europea e le misure restrittive individuali a carattere economico: tendenze evolutive del quadro normativo e giurisprudenziale 475

Renzo Rossolini
L'assistenza sociale ai cittadini europei migranti economicamente inattivi 125

RECENSIONI

Biagio De Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 (F. Papa) 157

Angela Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, CEDAM, 2016 (A.M. Romito) 593

Caterina Fratea, Isolde Quadranti (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, ESI, 2015 (I. Ingravallo) 601

Ennio Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, Cacucci, 2015 (C. Morviducci) 161

Michele Vellano, *La cooperazione regionale nell'Unione europea*, Torino, Giappicchelli, 2014 (A. Di Stefano) 165

Roberto Virzo, Ivan Ingravallo (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015 (M. Di Filippo) 597

Libri ricevuti 173, 603

Indice degli autori 175, 605

Index of Volume XI (2016)

In memory of Luigi Ferrari Bravo
by Giandonato Caggiano and Ennio Triggiani 7

ARTICLES

Pia Acconci
Reflections on the Relevant Concept of Quality of Agro-food Products within the European Union Law 265

Giandonato Caggiano
Rise and Fall of the Balkan Route: Externalization *versus* Solidarity towards Asylum Seekers 221

Mario Carta
Which Rights for Victims of Violent Intentional Crimes under European Union Law into Italian Legal System? 85

Giuseppe Cataldi
Reflections on the Right of Property under ECHR in the Light of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights 243

Angela Del Vecchio
The Legal Value of the ECHR in the Case-law of the Italian Constitutional Court 205

Fabio Ferraro
Conflicts between Judicial Bodies: Evolution and (un)certainty of European Law 57

Gaspare Fiengo
What Dimension to the Democratic Principle into the European Economic Governance? 391

Giovanni Luchena
Economic, Social and Territorial Cohesion: The Urban Free Zones 289

Nicola Neri
74 Days: The Falklands Conflict and the European Economic Community Policy 377

Massimo Panebianco
A 17th Century Euro-national Diplomatic Codex (Lünig Codex) 41

Paola Puoti
Implementing Directive 2010/63/EU on the Protection of Animals Used for Scientific Purposes in the Light of the Internal Market Harmonization and the Future 301

Ilaria Rivera
Protocol No. 16 ECHR and the Request for an Advisory Opinion, i.e. a Form of 'Conventional Reference' to the Strasbourg Court: Some Remarks Three Years after Its Adoption 455

Angela Maria Romito
New Trends on the Role of the National Highest Courts in the Correct Application of EU Law 355

Gianpaolo Maria Ruotolo
The Latest Generation of EU Trade Agreements and Its Relationship with the Multilateral Trading System 329

Nicola Ruccia
Similarities, Differences and Interactions between the European Stability Mechanism and the Single Resolution Mechanism 407

Pierluigi Simone
The Derivative Rights of Foreign Immigrants belonging to 'Reconstituted' or 'Blended' Families 427

Eric Tremolada Álvarez
The Pacific Alliance: A Overrated Integration? 21

Anna Lucia Valvo
European Crisis and Post-Global Cosmopolitanism 253

NOTES AND COMMENTS

Valentina Faggiani
European *Ius Puniendi* vs. Counter-limits. Reflections on the *Taricco* Case 509

Daniela Fanciullo
The Principle of Presumption of Innocence and Its Corollaries in the Light of Directive (EU) 2016/343: A Missed Opportunity? 557

Anna Iermano
Clarifications from the Luxembourg Court Regarding the Translation and Interpretation of Appeals and the Right to Information through Notification: The *Covaci* Case 139

Giannangelo Marchegiani
The *Pizzarotti* Case and the Sale of Public Property in the Light of EU Law 111

Alessandro Nato
The Right to Health for EU Citizens and Cross-border Healthcare: Recent Developments 573

Rossana Palladino
Protection of Member States' Public Finances and Redefinition of the Conditions for Exercising Fundamental Freedoms 533

Sara Poli
The European Union and Individual Restrictive Measures of Economic Nature: Evolutions of the Legal Framework and the Case-law 475

Renzo Rossolini
Social Assistance for Migrant European Citizens Economically Inactive 125

BOOK REVIEWS

Biagio De Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 (F. Papa) 157

Angela Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, CEDAM, 2016 (A.M. Romito) 593

Caterina Fratea, Isolde Quadranti (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, ESI, 2015 (I. Ingravallo) 601

Ennio Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, Cacucci, 2015 (C. Morviducci) 161

Michele Vellano, *La cooperazione regionale nell'Unione europea*, Torino, Giappicchelli, 2014 (A. Di Stefano) 165

Roberto Virzo, Ivan Ingravallo (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015 (M. Di Filippo) 597

Books received 173, 603

Lists of contributors 175, 605

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica

Ci sono tanti motivi per leggere una pubblicazione e tanto vale a maggior ragione quando i contributi riflettono su argomenti di stretta attualità. È il caso dell'unificazione e integrazione europea, tematiche oggetto degli approfondimenti proposti da questa rivista, pubblicata con costante impegno editoriale dall'Editore barese Cacucci.

Nata dieci anni fa per iniziativa dei due validi europeisti che tuttora la dirigono, i professori Ennio Triggiani e Ugo Villani, dell'Università Aldo Moro di Bari, alterna nelle pagine passato, presente e futuro del grande "progetto" dell'Unione dei popoli, affronta problemi, sviluppa prospettive, delinea scenari e soluzioni.

L'Europa oggi è viva. L'Unione ha assicurato stabilità e prosperità agli Stati del continente. Il grande sogno dei fondatori di valorizzare l'identità comune di tutti i cittadini europei ha garantito settanta anni di pace a un territorio prima costantemente devastato da conflitti. Ci ha condotti alla libera circolazione delle persone e delle merci, una conquista impensabile solo qualche decennio fa. Il disegno unificante è sempre attuale, anche se sostenerlo sta diventando arduo davanti alle difficoltà contingenti, legate alla crisi economica, aggravate dal rigore della politica monetaria e non alleggerite certamente dalla pesantezza della burocrazia comunitaria. Sopraffatta da una visione ragionieristica della stabilità finanziaria fin qui mantenuta dai vertici dell'Eurogruppo, l'Europa dei popoli ha smarrito lo slancio dei primi anni costituenti, dando fiato a quanti per "qualche voto in più" tradiscono gli ideali di unità e coesione che ogni europeo dovrebbe sostenere. C'è finanche chi si batte per demolire il progetto dell'Unione, pur sedendo nei banchi dell'Euro Parlamento, a Bruxelles e a Strasburgo.

Pur tra le difficoltà, l'unità d'Europa rappresenta un modello di sviluppo sostenibile, una crescita che rispetta i diritti umani e questo attrae le popolazioni tormentate dalla guerra nel Medio Oriente e migranti dalle aree più povere dell'Africa subsahariana. Un flusso incessante di profughi, in cerca di un futuro senza paura, affolla i confini degli Stati continentali e attraversa il Mediterraneo, segnando il passaggio con una scia di tragedie e di lutti.

Per l'Europa purtroppo si muore e sotto la pressione di masse di disperati governi e popoli si scoprono incerti, impotenti, insicuri.

Generano mostri tanto le drammatiche vicende della Grecia minacciata dal default, quanto l'insistenza sui presunti disastri della moneta unica, mentre l'agitare strumentalmente lo spettro del "clandestino", degli "extracomunitari-criminali", degli "immigrati mantenuti dallo Stato", alimenta atteggiamenti xenofobi finora lontani dai valori degli italiani, tanto più dei pugliesi, premiati per la virtù dell'accoglienza, che distingue da sempre la Puglia e la sua gente.

Al flusso epocale dei migranti, gli Stati periferici reagiscono irrigidendo le frontiere. Sui confini balcanici, vediamo sorgere muri ed ostacoli di filo spinato, nel tentativo di respingere popolazioni disperate che bussano all'Europa per salvare le loro vite. Non c'è modo di trattenerle, nonostante l'uso della forza, che ha il solo risultato di mettere in drammatica discussione il principio della solidarietà, ribadito nella Carta dei diritti fondamentali e nel Trattato di Lisbona.

È indispensabile, perciò, ripartire dai contenuti unificanti e riprendere a discutere costruttivamente di Europa, come questa pubblicazione ha sempre fatto.

La Puglia ha molto da insegnare sull'accoglienza e sul rispetto dei diritti delle genti, come abbiamo visto negli ultimi decenni, a cominciare dall'ondata migratoria degli anni Novanta dall'Albania. Cerchiamo adesso di contagiare positivamente il Paese e l'intera Europa.

Mario Loizzo
Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

CONSIGLIO REGIONALE DELLA PUGLIA
TECA DEL MEDITERRANEO
biblioteca multimediale & centro di documentazione

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 (@ TecaMediterrane), 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 e-mail: info@cacucci.it

Mezzogiorno.it

Galasso Giuseppe

ISBN 9788866115458 – Pagine 2.698 – Prezzo € 120,00

Dal 2002 Giuseppe Galasso ha iniziato una costante e regolare collaborazione al "Corriere del Mezzogiorno", dorso napoletano e pugliese del "Corriere della Sera". Nel corso del tempo si è così susseguita una fittissima serie di articoli, comprendente una rubrica settimanale (Il tempo e le idee), numerosi editoriali e vari articoli e interventi, che – a iniziativa di un gruppo di amici di Napoli e di Bari – sono stati raccolti fino alla data del dicembre 2015 in quattro volumi, curati da Ruggero Messere.

La verifica fiscale alle imprese

Gaetano Nanula

ISBN 9788866115441 – Pagine 356 – Prezzo € 35,00

Il libro si compone di due parti: nella prima, sono sviluppati gli studi relativi alla costruzione di una teoria generale della verifica fiscale alle imprese, alla luce soprattutto dei principi affermati dallo Statuto dei diritti del contribuente; nella seconda, viene riportata, con intenti esemplarmente didattici, la testimonianza dei difficili percorsi effettivamente seguiti nel condurre la verifica fiscale a taluni grandi complessi commerciali ed industriali e ad alcune piccole e medie imprese. La verifica fiscale costituisce la più penetrante ed efficace azione investigativa diretta alla ricostruzione conoscitiva dell'effettivo reddito aziendale e si svolge attraverso un "confronto culturale" tra il verificatore e l'imprenditore, sul piano della preparazione contabile, economica e giuridica. L'opera è in particolare consigliata a tutti gli operatori del settore (Guardia di finanza, Agenzie delle entrate e delle dogane, Avvocati tributaristi e Dottori commercialisti) nonché, per l'approccio immediato alle questioni ed alle soluzioni che la materia prospetta, agli stessi imprenditori.

La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa

Di Pietro Adriano (curatore)

ISBN 9788866115366 – Pagine 582 – Prezzo € 60,00

Si presenta come un'endiade significativa, quella di studi e ricerche che inaugura una nuova ed originale collana editoriale della Scuola Europea di Alti Studi Tributari nell'Università di Bologna. Infatti, l'apporto scientifico delle ricerche è il frutto di un'attività di studio stabile nel diritto tributario europeo: quella supportata dalla Scuola che ha saputo valorizzare la propria struttura interuniversitaria europea per meglio seguire lo sviluppo dell'integrazione fiscale europea.

Potestà legislativa concorrente ed autonomia regionale nel processo di "trasformazione" del regionalismo italiano

Luca Grimaldi

ISBN 9788866115489 – Pagine 284 – Prezzo € 28,00

La potestà legislativa regionale c.d. "concorrente" o "ripartita" (ma, più correttamente, a nostro avviso, "concorrente e ripartita"), pur essendo stata costruita, dalla Assemblea costituente, come uno dei caratteri fondamentali, se non come il fulcro dell'istituendo ordinamento regionale (a sua volta una delle più importanti "novità" introdotte dalla Costituzione repubblicana), non ha mai goduto, forse, fin dalla entrata in vigore di questa, di grande considerazione, o fortuna. Com'è evidente, essa è impostata sull'idea che la potestà legislativa che si era voluto attribuire alle Regioni in via di istituzione non dovesse svolgersi in un rapporto diretto con la Costituzione e, quindi, non dovesse trovare il suo limite direttamente nella Costituzione, come la legge ordinaria statale, ma, per attenuarne, o contenerne le potenzialità e la carica centrifughe, o, se si vuole, l'eccesso di autonomia, ad un livello più basso, cioè entro i limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, le quali, non leggi ordinarie normali, per l'appunto, ma di principi, o contenenti solo principi, erano, così, utili al duplice scopo di contenere ed indirizzare le leggi regionali e di farlo uniformemente per tutte così da assicurare "a monte" una uniformità, o una unità di fondo evidentemente ritenuta fondamentale e così offrendo anche un importante riferimento al concetto di unità della Repubblica, proclamato insieme all'autonomia in uno dei principi fondamentali concernenti la Repubblica, cioè quello, o quelli, di cui all'art. 5 della Costituzione.

europe direct Puglia

Orari di apertura al pubblico:
lunedì - venerdì: ore 10.00 – 13.00
martedì e giovedì: ore 15.00 – 18.00

Europe Direct Puglia

via Giuseppe Suppa, 9
70121 Bari tel. (+39) 080 5717707
twitter.com/EuropeDirectPuglia
facebook.com/europedirectpuglia
info@europedirectpuglia.eu
www.europedirectpuglia.eu

europe direct Puglia

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA

COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)

INDIRIZZO N. CIVICO

CAP LOCALITÀ PROV.

P.IVA (SE NECESSITA FATTURA) CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)

TEL. FAX E-MAIL

INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)

COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)

INDIRIZZO N. CIVICO

CAP LOCALITÀ PROV.

ABBONAMENTI

ITALIA		ESTERO	
abbonamento annuale 2017	abbonamento in formato PDF	abbonamento annuale 2017	abbonamento in formato PDF
€ 80,00	€ 45,00	€ 120,00	€ 45,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea · anno 2016).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080.5214220, Fax 080.5234777, e-mail: riviste@cacucciditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, per fini amministrativi, contabili commerciali e promozionali. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA FIRMA

Martin de Vos (Anversa 1532 - 4 dicembre 1603)
Ratto d'Europa, c. 1590 – olio su tavola di quercia, cm 133,7 x 174,5 – Bilbao, Museo de Bellas Artes

Il dipinto, databile intorno al 1590, è uno dei più alti risultati raggiunti nella sua tarda attività da Martin de Vos, pittore fiammingo di cui le fonti più antiche (Karel van Mander, Filippo Baldinucci) riferiscono che, dopo un iniziale alunnato nella bottega del padre Pieter, anch'egli pittore, ancora adolescente si mosse dalla natia Anversa per compiere numerosi viaggi di studio, uno dei quali lo portò in Italia, dove rimase dal 1550 al 1558, soggiornando a Roma, Firenze e, più a lungo, a Venezia. Qui entrò nella bottega del Tintoretto che se ne sarebbe avvalso più volte per eseguire paesaggi - specialità nella quale il giovane Martin eccelleva - come sfondo nei suoi dipinti. Tornato ad Anversa nel 1559, il de Vos vi restò, salvo viaggi di breve gittata cui era costretto dai suoi incarichi, tutta la vita, dedicandosi alla pittura religiosa, ai ritratti, alla pittura di soggetto mitologico (molte sue composizioni furono incise e diffuse in stampe da Giovanni e Raffaello Sadeler) e imponendosi come colui che forse meglio di altri era riuscito ad operare una perfetta sintesi fra la pittura fiamminga e quella italiana.

Il tema ovidiano di Europa, figlia del re fenicio Agenore, vittima di un rapimento da parte di Giove che, innamoratosi di lei, trasformatosi in toro la sottrasse ai giochi cui la fanciulla era intenta sulla spiaggia con le amiche, portandola in groppa, per mare, sino a Creta per farla sua, è qui reso con straordinaria sapienza compositiva e con eccezionale raffinatezza cromatica.

La scena creata dal de Vos è dominata in primo piano dall'ideale diagonale del corpo candido e sensuale di Europa - che non sembra a dir vero particolarmente sconvolta - semisdraiata sul dorso di Giove-toro in una postura inusuale, del tutto artificiosa e di evidente gusto manieristico, che la costringe, per reggersi, ad aggrapparsi con entrambe le mani alle corna dell'animale. Quest'ultimo, rappresentato come un grasso e pacifico toro bianco dalle carni un po' flaccide e gli occhi cerchiati di rosa, ancora ornato dalle lunghe ghirlande di fiori con le quali era stato agghindato dalle fanciulle e con una gualdrappa ricamata che gli pende dal fianco in vista, è colto mentre si allontana col suo prezioso carico dalla riva nuotando semimmerso nell'acqua trasparente. In secondo piano, su un lembo di costa verdeggiante, prossima a un porto, sulla quale si distinguono una grande fontana in marmo, un tempietto circolare e una statua su un piedistallo, tutti elementi che testimoniano la cultura classica acquisita dall'artista durante il suo soggiorno romano, è rappresentata la scena antecedente al rapimento, con la giovane Europa che si intrattiene con le compagne accanto ad una mandria di buoi, mentre Mercurio, accompagnato da tre puttini uno dei quali regge i fulmini di Giove, si libra nel cielo.

Il dipinto vive principalmente dell'armonia compositiva tra lo sfondo, animato da figurette sapientemente descritte, e il primo piano, con le figure di Giove e di Europa, nonché del richiamo cromatico esercitato dal drappo in seta giallo oro su cui poggia quasi in bilico Europa, e il rosa antico del panno che, investito dal vento, si gonfia creando una sorta di nicchia entro la quale campeggia il corpo della giovane, quasi impastato di luce e reso con impeccabile sfumato, offerto senza veli alla vista dei riguardanti.

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. 1/2017, sono le seguenti:
· Abbonamento Italia € 80,00
· Abbonamento per l'estero € 120,00
· Fascicolo € 28,00
· Abbonamento in formato pdf € 45,00
La sottoscrizione dell'abbonamento 2017, 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 bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea · anno 2017).

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

1. Ugo Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*[4], 2016.
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.
8. Rosita Del Coco e Emanuela Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, 2013.
9. Andrea Cannone (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni Cellamare, *Le operazioni di* peacekeeping *delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, 2015.

ISBN 978-88-6611-543-4

9 788866 115434

€ 56,00