

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2007 | anno II



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2007 | anno II

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato di redazione

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

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

© 2007 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

Gian Luigi TOSATO Per un rilancio dell'Europa – Le ragioni della flessibilità	7
Ugo VILLANI Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea	27
Carlo FOCARELLI Il caso <i>Marković</i> dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo	43
Mariano ROBLES Il contratto di appalto nella disciplina italo-comunitaria	55
Teresa Maria MOSCHETTA Sull'efficacia degli accordi internazionali nell'ordinamento giuridico comunitario: recenti sviluppi e prospettive evolutive	87
Luca PALADINI The Contribution of the Security Policy to the Coherence of the European Union's External Action	111

NOTE E COMMENTI

Francesco CHERUBINI La Corte di giustizia per la prima volta condanna un ex commissario, ma la signora Cresson conserva la pensione	145
--	-----

Roberto CISOTTA Principi giurisprudenziali e nuove iniziative della Commissione in materia di <i>patient mobility</i> nell'Unione europea: un piccolo (o grande?) terremoto è in atto	161
Laura FALCIONI La vendita dei medicinali su internet alla luce del caso C-322/01	183
 RECENSIONI	
N. VEROLA, <i>L'Europa legittima. Principi e processi di legittimazione nella costruzione europea</i> , Firenze, Passigli, 2006 (A. Lioveri)	197
R. A. BRAND (editor), <i>Private Law, Private International Law, and Judicial Cooperation in the EU-US Relationship</i> , Eagan (Minnesota), Thomson/West, 2005 (A. M. Romito)	203
Libri ricevuti	209
Elenco delle abbreviazioni	211
Indice degli autori	215



Articoli

Gian Luigi Tosato

Per un rilancio dell'Europa – Le ragioni della flessibilità*

SOMMARIO: 1. L'Europa in crisi: quali vie per un rilancio? – 2. Le principali opzioni emerse dopo i referendum in Francia e Olanda. – 3. Gli scarsi progressi fin qui realizzati. – 4. Le procedure decisionali dell'Unione tra unanimità e maggioranza. – 5. La via intermedia costituita dal principio "consensuale" o di "flessibilità". – 6. Casi e tipi di integrazione flessibile. – 7. L'opposizione di principio alla flessibilità in quanto fattore di divisione e di egemonia. – 8. Un esame dei dati di esperienza. – 9. Condizioni e limiti di una flessibilità virtuosa: i principi fondamentali dell'Unione. – 10. Il principio di leale collaborazione. – 11. Il principio di non discriminazione. – 12. I principi di sussidiarietà e di proporzionalità. – 13. Il principio di coerenza. – 14. Le caratteristiche della flessibilità virtuosa. – 15. Flessibilità e Trattato costituzionale. – 16. Flessibilità e allargamento. – 17. Considerazioni conclusive.

1. Le mie riflessioni muovono dal duplice assunto, largamente (anche se non da tutti) condiviso, che l'Europa stia attraversando una fase acuta di crisi e che, per contro, vi sia bisogno più che mai di Europa per risolvere i problemi dei cittadini europei. L'esistenza della crisi è ampiamente comprovata dai no francese e olandese al Trattato costituzionale e dal periodo di incertezza e di stasi delle attività dell'Unione che ne è seguito. Quanto al bisogno di Europa, anch'esso è di tutta evidenza: lo testimonia la crescente difficoltà dei singoli Stati europei, isolatamente presi, a soddisfare le istanze economiche e di sicurezza dei loro cittadini, come pure a farsi valere sulla scena internazionale.

Se dunque l'Europa risponde ad una esigenza pressante, ma soffre di uno stato di crisi che ne impedisce l'efficace funzionamento, la conseguenza immediata che se ne trae è che occorre rivitalizzare l'Europa. La diagnosi è chiara, ma non altrettanto sicura la terapia. L'Europa deve essere rilanciata, ma come? Anticipando gli sviluppi successivi del discorso, preciso fin d'ora che, nel quadro delle proposte avanzate, a mio avviso si deve valorizzare la flessibilità; vale a dire, un modello di Unione in cui non tutti i membri sono coinvolti sempre e in egual misura nel processo di integrazione.

* Studio preparato per il Convegno internazionale "La Parola Europa", Firenze 17-18 novembre 2006; esso è destinato anche agli Studi in onore di Vincenzo Starace, di prossima pubblicazione.

La nozione di flessibilità coincide, in buona sostanza, con quella di differenziazione. In effetti, si tratta del diritto e rovescio della stessa medaglia: i meccanismi di integrazione flessibile, una volta azionati, hanno l'effetto di creare regimi differenziati. I due termini possono dunque essere utilizzati in maniera equivalente, e lo saranno nel seguito del lavoro. La mia preferenza va però all'idea di flessibilità, per la connotazione positiva che la contraddistingue: chi non preferisce la flessibilità alla rigidità? Per contro la parola differenziazione può indurre a pensare che vi siano soggetti discriminati, e ingenerare così una reazione negativa. Deve essere invece ben chiaro che l'idea di Europa flessibile che qui si propugna, pur dando luogo a diversità fra gli Stati membri, non comporta di per sé (né deve comportare) effetti discriminatori.

2. Per meglio intendere le ragioni della flessibilità, sarà bene partire da un esame delle principali vie per uscire dalla crisi delineatesi all'indomani dei falliti *referendum* in Francia e Olanda.

Una prima linea di azione va sotto il nome di "Europa delle politiche" (o anche "dei progetti", o "dei risultati"). Come traspare da queste espressioni, si invoca un approccio pragmatico e concreto. I suoi sostenitori prendono le distanze dal dibattito costituzionale, ritenuto troppo astratto, troppo avulso dai veri bisogni della gente. È di questi che occorre viceversa preoccuparsi: posti di lavoro, stabilità, sicurezza, lotta al terrorismo, alla criminalità transfrontaliera, all'immigrazione illegale e così via. L'Europa deve dimostrare che serve a risolvere questi problemi. Solo così sarà possibile riconquistare la fiducia dei cittadini europei; e solo una volta riconquistata tale fiducia, si potrà riprendere (se del caso) il tema delle riforme istituzionali. In sintesi, niente grandi disegni, tutte le energie debbono essere rivolte a produrre risultati concreti. È il programma lanciato da Tony Blair davanti al Parlamento europeo nel discorso inaugurale del semestre di presidenza inglese. Allo stesso programma ha inteso ispirarsi la Commissione Barroso: "concrete actions, less words", si legge significativamente in una comunicazione al Consiglio.

All'"Europa delle politiche", si contrappone l'"Europa delle istituzioni" (o anche delle "riforme"). I sostenitori di quest'altra idea muovono da una visione ben diversa della crisi e del modo di risolverla. La loro tesi è che i cittadini europei sono scontenti dell'Europa perché l'Europa funziona male ed è poco democratica. Per riconquistare la fiducia della gente, occorre quindi curare questi difetti; e l'unico modo per farlo è percorrere la via delle riforme istituzionali. La logica della "Europa delle politiche" risulta in tal modo rovesciata: prima bisogna por mano alla riforma delle istituzioni, i risultati concreti potranno arrivare solo in un momento successivo. Quanto alle riforme necessarie, si indicano quelle contenute nel Trattato costituzionale. Il problema del rilancio dell'Europa finisce così per coincidere con quello della ripresa del progetto di costituzione. Non stupisce quindi che fra i sostenitori di questa via si trovi in prima linea chi ha presieduto la Convenzione preparatoria del testo costituzionale (Giscard d'Estaing).

Resta da dire di una terza via, che combina in qualche modo le due precedenti. È il c.d. “double track approach”, ufficializzato nel Consiglio europeo dello scorso giugno e sul quale convergono ora i maggiori consensi. Si assume, molto ragionevolmente, che non esiste antitesi fra l'Europa dei progetti e quella delle riforme istituzionali. La prima via non esclude l'altra; devono piuttosto andare avanti insieme. Da un lato occorre produrre i risultati concreti attesi dai cittadini, sfruttando al meglio le possibilità offerte dai Trattati esistenti. Dall'altro, è necessario perseguire l'obiettivo della riforma costituzionale. Solo con un impegno congiunto sui due fronti sarà possibile rendere l'Europa più efficiente e più vicina ai suoi cittadini.

3. I progressi fin qui realizzati sui due fronti dei risultati concreti e del progetto costituzionale non sono peraltro molto incoraggianti.

È pur vero che sul primo fronte qualche sviluppo merita di essere segnalato: il varo delle prospettive finanziarie 2007-2013, lo sblocco dell'*iter* relativo alla direttiva servizi, il rilevante contributo europeo alla missione in Libano, l'allargamento dell'Unione a due nuovi membri (Bulgaria e Romania), l'inserimento della politica energetica fra le priorità dell'Unione, il programma di semplificazione e riduzione della legislazione esistente. Un'analisi di queste vicende non testimonia però di una particolare vitalità dell'Unione.

L'accordo sulle prospettive finanziarie si è potuto realizzare solo a patto di una impostazione minimalista, che ha lasciato aperti tutti i veri nodi della politica di bilancio: risorse proprie dell'Unione, principio del giusto ritorno, rimborso britannico, riconversione delle risorse dalla politica agricola allo sviluppo e alla competitività. Anche il disco verde alla direttiva servizi ha richiesto un laborioso compromesso al ribasso, che modifica non poco la proposta originaria della Commissione e fa sorgere dubbi circa l'idoneità della direttiva a creare un vero mercato unico dei servizi. La vicenda del Libano segna un indubbio successo europeo e del governo italiano in particolare, ma non vede l'Unione come soggetto protagonista. In effetti, non si è riusciti a varare una missione europea, con forze dell'Unione e in base ad un incarico a quest'ultima da parte delle Nazioni Unite. Si ha più semplicemente la partecipazione di truppe di vari Paesi europei ad una missione delle Nazioni Unite, anche se “sponsorizzata” dall'Unione. Quanto all'ingresso nell'Unione di Bulgaria e Romania, si tratta di un impegno preso da tempo, che non si poteva non mantenere; per contro si annunciano grosse nubi su ulteriori allargamenti. Da ultimo, la politica energetica e la semplificazione legislativa: è da salutare con favore l'attenzione alla politica energetica, data la criticità per l'Europa del settore energia. Ma per ora siamo alle enunciazioni di principio; di fatto gli Stati europei stanno procedendo ciascuno per proprio conto. Quanto alla semplificazione legislativa, è un tema da lungo tempo sull'agenda europea, peraltro senza risultati apprezzabili vista la mole crescente di legislazione comunitaria. E c'è da temere che forti difficoltà continuino a sussistere: lo testimoniano le dichiarazioni del commissario Verheugen circa le resistenze che incontra all'interno della stessa Commissione,

oltre che da parte degli Stati di volta in volta interessati al mantenimento dello *status quo*.

Se sul lato dei risultati concreti si registrano molte zone d'ombra, notizie non migliori giungono dal fronte del progetto di riforma costituzionale.

Dopo i no francese e olandese al Trattato costituzionale, il Consiglio europeo del giugno 2005 ha sentito il bisogno di stabilire una pausa di riflessione, rinviando di un anno qualsiasi ulteriore delibera. La pausa di riflessione non è però servita a molto, tanto è vero che il Consiglio europeo del giugno scorso si è limitato a dare indicazioni procedurali, delineando per il seguito un percorso per tappe. L'*iter* prevede una relazione della Presidenza tedesca entro il primo semestre 2007, che dovrà essere esaminata dal Consiglio europeo e in base alla quale si deciderà circa il modo di proseguire il processo di riforma, con l'obiettivo di avviare le misure necessarie entro il secondo semestre 2008. Come si vede, nessuna precisazione è fornita sulle sorti del Trattato solennemente sottoscritto a Roma da tutti gli Stati membri, o su eventuali progetti di riforma alternativi. Tutto è fermo in attesa di sviluppi politici in sede nazionale (in particolare le elezioni presidenziali francesi della primavera 2007).

Per il vero, alcune novità del Trattato costituzionale sono state nel frattempo recepite in via "informale", utilizzando i meccanismi offerti dai Trattati in vigore. Per questa via si è provveduto a istituire l'Agenzia europea di difesa, a creare una Presidenza stabile per l'Eurogruppo, a disporre la pubblicità dei lavori del Consiglio in sede legislativa. Sono tutte iniziative utili, che migliorano il funzionamento dell'Unione. Ma non toccano le riforme essenziali del Trattato costituzionale: superamento dei pilastri, riordino delle competenze e degli atti, regole di voto in Consiglio, composizione della Commissione, Ministro degli esteri dell'Unione, Presidenza stabile del Consiglio europeo. Per introdurre queste riforme, non può essere eluso il ricorso alla procedura di revisione dei Trattati, e quindi si ricade nella situazione di blocco sopra riferita. È significativo al riguardo quel che si è verificato in un recente *meeting* informale del Consiglio GAI, tenutosi a Tampere il 21 settembre scorso. La Commissione proponeva di passare dall'unanimità alla maggioranza per le decisioni del terzo pilastro, utilizzando la clausola "passerella" dell'art. 42 TUE. L'iniziativa non è stata accolta con favore dai ministri partecipanti. Per alcuni la materia penale è troppo delicata perché si opti per il voto a maggioranza. Per altri, essendo una misura del genere prevista dal Trattato costituzionale, occorre fermarsi per non pregiudicare il dibattito in corso. Il rischio di paralisi evocato dal commissario Frattini non è valso a superare queste obiezioni.

4. La vicenda citata da ultimo evidenzia in modo esemplare il perché degli scarsi progressi in tema sia di risultati concreti sia di riforme istituzionali. Se l'Unione è ferma o procede comunque in modo stentato, questo dipende dai suoi meccanismi decisionali. È su di essi pertanto che occorre soffermarsi.

Nel sistema dell'Unione si confrontano il principio di unanimità e quello di maggioranza. L'accordo di tutti gli Stati membri è richiesto per qualsiasi modifica dei Trattati, in forma "solenne" (art. 48 TUE) o "semplificata" (ad esempio,

308 TCE). L'unanimità domina indiscussa nel secondo e terzo pilastro dell'Unione, e quindi per tutte le decisioni relative alla politica estera e di difesa nonché in materia penale. Nel pilastro comunitario prevale il principio maggioritario. È appena il caso di ricordare l'evoluzione intervenuta in questo settore. Nei Trattati fondativi delle Comunità il voto a maggioranza rappresentava la regola, l'unanimità l'eccezione. Con il c.d. compromesso del Lussemburgo del 1965 il rapporto fra i due principi si è invertito e l'unanimità è divenuta la regola. A partire dall'Atto Unico Europeo, si è ritornati al sistema di origine; poi, attraverso le revisioni di Maastricht, Amsterdam e Nizza, l'area del voto a maggioranza si è progressivamente estesa. Anche nel pilastro comunitario, molte decisioni continuano però a richiedere il consenso di tutti gli Stati membri. Sono quelle ritenute più delicate e importanti, ad esempio le decisioni in materia di asilo e immigrazione, quelle relative alla politica fiscale, sociale e (in parte) anche alla politica commerciale.

Non stupisce che il principio dell'unanimità abbia ancora una portata così ampia. L'unanimità assicura ai singoli Stati membri un potere di veto, e dunque il più penetrante controllo sulla vita dell'Unione: nessuna misura può essere presa se non con il concorso di tutti. Il rovescio della medaglia è che ne soffre l'Unione e la sua capacità di decidere. Basta che un solo Stato non sia d'accordo e qualsiasi iniziativa si blocca. In sintesi: massima protezione della sovranità statale, minima efficienza decisionale dell'Unione.

I termini del rapporto si invertono con il principio maggioritario. L'opposizione di uno o più Stati non vale a impedire una decisione, se sussiste la maggioranza richiesta. La volontà dei più si impone anche alla minoranza dissenziente. La capacità decisionale dell'Unione conseguentemente si rafforza, mentre si affievolisce la tutela delle singole sovranità nazionali. Si comprende quindi la riluttanza di taluni Stati ad abbandonare l'unanimità; e, viceversa, la spinta per una più estesa applicazione del principio maggioritario da parte di chi si preoccupa che l'Unione funzioni in modo efficace. Il voto a maggioranza riveste un valore costituzionale così forte che, secondo un'autorevole opinione, in sua assenza non vi è "unione" in senso proprio (al più unione "virtuale").

Non si può tuttavia discorrere di principio maggioritario in modo indifferenziato. Esistono diverse formule di maggioranza. Ai fini del decidere, la maggioranza semplice opera in modo diverso da vari tipi di maggioranza aggravata. Nell'Unione, il Consiglio delibera di regola a maggioranza qualificata; e questa, ai sensi della formula di Nizza, è tutt'altro che facile da raggiungere. Secondo un certo calcolo, nell'attuale Consiglio a 25 solo il 2% delle possibili combinazioni è in grado di soddisfare le tre soglie richieste (72% dei voti ponderati, almeno metà degli Stati membri, non meno del 62% della popolazione europea). La maggioranza qualificata finisce così per non discostarsi molto dall'unanimità.

In conclusione, il principio di unanimità si applica ancora a vasti settori. Le regole di voto nel Consiglio sono tali da avvicinare le delibere a maggioranza qualificata a quelle all'unanimità. In queste condizioni non è facile decidere.

Non lo era già ai tempi della “piccola Europa”, composta da sei Paesi relativamente omogenei. Diventa quasi proibitivo ora con 25 (e presto 27) Stati membri, diversi per ragioni geografiche, economiche, politiche, culturali e con visioni non sempre coincidenti circa il futuro dell’Unione. Il processo decisionale si fa laborioso; richiede soluzioni compromissorie, minimaliste; spesso bisogna ricorrere a “package deals”, per concedere compensazioni agli Stati dissenzienti. Così i tempi si allungano, spesso non si arriva ad alcuna decisione o comunque si adottano decisioni inadeguate. Una riforma si impone quindi urgentemente, per ridurre il potere di blocco che le regole di voto nel Consiglio attribuiscono ai singoli Stati o ad esigue minoranze. In questo senso si muove (in modo forse ancora insufficiente) il Trattato costituzionale. Ma qualsiasi riforma esige l’approvazione unanime di tutti gli Stati, e dunque si ricade in un circolo vizioso da cui non è facile uscire.

5. Esiste peraltro un’altra tecnica decisionale in ambito europeo, che possiamo chiamare “consensuale”. Essa si caratterizza per il fatto di condurre all’adozione di decisioni vincolanti solo per chi vi consente. Chi non è d’accordo non è obbligato, ma non può impedire agli altri di procedere; chi è d’accordo può andare avanti, ma non imporre il proprio volere ai dissenzienti.

Si tratta in qualche modo di una via intermedia tra unanimità e maggioranza. Come nell’unanimità, gli effetti di un atto si producono per i destinatari solo subordinatamente al loro consenso; ma, a differenza dell’unanimità, il dissenso non vale a bloccare la decisione, e quindi si elimina il potere di veto. Al pari del voto a maggioranza, chi vuol procedere non è impedito dalla minoranza; ma, a differenza del principio maggioritario, il consenso anche di molti non si impone ai dissenzienti, anche se pochi. Non si verifica quindi il fenomeno di una minoranza soccombente. Il principio “consensuale” rappresenta così un punto di equilibrio tra le due opposte esigenze della sovranità degli Stati e della funzionalità dell’Unione. Offre altresì una base per quel modello di integrazione flessibile che qui si caldeggia, e dunque può anche essere denominato principio di “flessibilità”.

Un’avvertenza è forse opportuna prima di procedere oltre. Al di là del termine utilizzato, il metodo “consensuale” non va confuso con la procedura del “*consensus*”, sviluppatasi nelle organizzazioni internazionali e mutuata nell’Unione per le delibere del Consiglio europeo. Il “*consensus*” non si distingue dall’unanimità; è solo una tecnica escogitata per facilitarne il raggiungimento: l’approvazione di tutti si intende acquisita se nessuno solleva espressamente obiezioni.

6. Il principio consensuale o di flessibilità è stato ufficializzato ad Amsterdam attraverso l’istituto delle cooperazioni rafforzate e dell’astensione costruttiva. Ma era operante già da prima sotto forma di *status* speciali, deroghe, periodi transitori, *opting in* o *out*, regimi particolari vari. Questi regimi trovano base talora nei Trattati e nella legislazione derivata, talora in convenzioni o accordi

conclusi al di fuori dei Trattati. Il dato comune è che una certa normativa si applica a taluni Stati membri ma non a tutti.

Una rassegna particolareggiata del fenomeno sarebbe qui fuori luogo. Basterà qualche accenno per dare un'idea della varietà delle fattispecie. Il Trattato di Roma del 1957 stabiliva che le sue norme non si sarebbero applicate ai territori di taluni Stati membri (Territori d'oltremare, Groenlandia) o vi si sarebbero applicate solo in parte (Channel Islands, Isola di Man, Canarie); disponeva regimi speciali per singoli Paesi: ad esempio, autorizzava il Governo tedesco a mantenere il sistema vigente per il commercio tra le due Germanie. Sempre il Trattato di Roma prevedeva clausole di salvaguardia per il caso di crisi economiche o finanziarie gravi. L'Atto Unico Europeo, a sua volta, consentiva deroghe all'introduzione del mercato interno, per tenere conto del diverso grado di sviluppo di taluni Paesi. Il Trattato di Maastricht ha stabilito regimi speciali per Regno Unito e Danimarca rispetto all'unione monetaria, nonché esenzioni per il Regno Unito in materia di politica sociale, e per la Danimarca nel settore della difesa. Il Trattato di Amsterdam rappresenta una tappa importante nella storia della flessibilità: come accennato, introduce le cooperazioni rafforzate e l'astensione costruttiva, due istituti suscettibili di applicazione generale (nel primo e terzo pilastro: cooperazioni rafforzate; nel secondo pilastro: astensione costruttiva). Sempre il Trattato di Amsterdam stabiliva deroghe specifiche per taluni Paesi (Danimarca, Irlanda, Regno Unito) in materia di circolazione delle persone. Con il Trattato di Nizza le cooperazioni rafforzate vengono estese anche alla PESC, con la sola esclusione del settore della difesa. Infine, periodi transitori si trovano normalmente inseriti nei vari Trattati di adesione, con deroghe a favore dei nuovi membri e talora anche dei vecchi (è il caso dei limiti alla circolazione dei lavoratori in provenienza dai nuovi Paesi).

Non meno ricca e variegata è la casistica dei regimi particolari istituiti al di fuori dei Trattati, tramite accordi fra taluni Stati membri. Due esempi di particolare rilievo: il Sistema Monetario Europeo (SME), poi confluito nell'unione monetaria a Maastricht; e gli Accordi di Schengen, poi recepiti nell'Unione con il Trattato di Amsterdam. Ma l'elenco è molto esteso: comprende accordi di tipo regionale (Benelux, Paesi nordici, Paesi baltici), accordi relativi a progetti tecnico-scientifici (Agenzia spaziale europea, Jet, Ariane), accordi nel settore della formazione (come il c.d. processo di Bologna), convenzioni di cooperazione in materia penale (Europol etc.). A questi si aggiungono i molteplici accordi nel settore della politica estera e della difesa, vuoi per iniziative specifiche (ad esempio missioni di pace) vuoi di portata più generale (ad esempio l'Unione Europea Occidentale).

Come si vede, si tratta di una casistica assai ampia. I regimi differenziati possono avere natura temporanea o permanente, carattere geografico o funzionale, interessare singole iniziative o interi settori, integrare la disciplina comune o derogarvi, coinvolgere pochi Stati membri o una pluralità di essi, essere motivati da ragioni obiettive o da scelte politiche soggettive, trovare base giuridica

dentro o fuori i Trattati, avvalersi delle istituzioni dell'Unione, di strutture *ad hoc* o degli apparati nazionali.

In dottrina si è cercato di individuare sotto-categorie all'interno del *genus* più ampio della flessibilità, dando un nome a ciascuna di esse. La terminologia più seguita distingue fra Europa "a più velocità", "a geometria variabile" e "à la carte". La prima allude a ritmi diversi di integrazione, la seconda a differenziazioni di carattere spaziale, la terza a ambiti "materiali" o "funzionali" diversi. Non mancano peraltro ulteriori suddivisioni e denominazioni. Così si parla di "cerchi concentrici", con riguardo all'architettura europea; ovvero di "nocciolo duro", "gruppi di integrazione più stretta" "avanguardie", "direttori", in relazione alla natura soggettiva dei partecipanti o al ruolo che essi intendono svolgere all'interno dell'Unione. Tutte queste distinzioni evidenziano singoli aspetti del fenomeno più generale. Possono essere dunque impiegate utilmente. Vale però l'avvertenza che esse non rispondono a criteri giuridici o politici precisi e spesso si sovrappongono le une alle altre; talora, poi, servono ad indicare l'intero *genus* piuttosto che sue suddivisioni. Così, termini quali "geometria variabile", "gruppi ristretti", "cooperazioni rafforzate" sono utilizzati come sinonimi di integrazione "flessibile" o "differenziata".

7. La flessibilità in quanto tale, a prescindere dal modo in cui si realizza, incontra un'opposizione radicale e di principio. Le si imputa, in primo luogo, di essere incompatibile con l'ordine costituzionale dell'Unione, fondato sui principi di unità e uniformità, e quelli connessi di uguaglianza, solidarietà, democrazia e legalità. La flessibilità, in quanto apportatrice di regimi differenziati, si porrebbe in irrimediabile contrasto con tali principi. Essa avrebbe dunque una carica eversiva e disgregatrice dei valori fondanti dell'Unione. Non meno perentoria è la critica sul piano politico. La flessibilità nasconderebbe un disegno egemonico degli Stati più grandi, che se ne vogliono servire per riappropriarsi del potere perduto a seguito dei vari allargamenti. In tal modo costituirebbe strumento di discriminazione fra gli Stati membri, quelli di serie A e quelli di serie B, quelli che prendono le decisioni ("decision makers") e quelli che le subiscono ("decision takers").

È lecito dubitare che la flessibilità produca necessariamente gli effetti perversi che le vengono rimproverati. Se ne discuterà nei paragrafi successivi. Prima di farlo, preme però sottolineare che, con le procedure decisionali in essere, non vi è alternativa realistica alla flessibilità, se non il fermo e la crisi dell'Europa.

I pericoli insiti nell'attuale situazione di stasi dell'Unione non sono sempre apprezzati nella giusta misura. Valga il commento che, a quanto sembra, sarebbe stato fatto dal ministro degli interni di Malta nella recente (già citata) riunione di Tampere. Al commissario Frattini che, a sostegno della proposta di utilizzare la clausola "passerella" del terzo pilastro, è ricorso tra l'altro alla nota metafora della bicicletta, in equilibrio solo se si muove, il ministro maltese avrebbe replicato che se la bicicletta si ferma, basta mettere un piede per terra per evitarne la caduta. La filosofia sottostante è chiara: l'Unione può stare saldamente in equi-

librio anche se ferma; ed è meglio che stia ferma, piuttosto che prenda una direzione sbagliata (nel caso di specie, l'adozione del principio maggioritario in materia di giustizia e affari interni). Sennonché, per restare alla bicicletta, viene da osservare che già in un tandem, se uno dei due cessa di pedalare e mette i piedi a terra, anche l'altro è costretto a farlo. Nello stesso ordine di idee, e passando alla metafora del treno, vale il rilievo che da un treno fermo la gente dopo un po' scende e ne prende un altro o rinuncia del tutto al viaggio.

In definitiva, i rischi di disunione ed egemonia denunciati a proposito della flessibilità vanno tenuti in serissima considerazione: l'unità del sistema europeo costituisce un bene primario da difendere. Ma sarebbe un errore sottovalutare la frustrazione e il disagio di quanti (a livello di governi e opinione pubblica) vorrebbero andare avanti nel processo di integrazione e sono bloccati dal veto di uno o solo pochi Stati. È il caso quindi di verificare attentamente se e a quali condizioni possa configurarsi una flessibilità che consenta di contemperare le esigenze dell'unità e quelle della diversità, una flessibilità dunque che potremmo definire "virtuosa".

8. La flessibilità non è un fenomeno nuovo; come si è visto, ha già una sua storia nel processo di integrazione europea. Ai fini dell'indagine proposta, converrà dunque confrontarsi innanzitutto con i dati di esperienza.

A ben vedere, la stessa origine delle Comunità è riconducibile in qualche modo al nostro tema. L'Europa dell'immediato dopoguerra faceva capo a tre organizzazioni: l'OECE (poi OCSE), operante sul piano economico; il Consiglio d'Europa, con finalità politiche; la NATO, un'alleanza militare. Questi enti, di tipo prettamente intergovernativo e con procedure all'unanimità, raggruppavano una quindicina di Paesi dell'Occidente europeo (la divisione con l'Est si era già consumata). Sei di questi Paesi hanno preso l'iniziativa di creare la "piccola" Europa comunitaria. Sono stati in qualche modo delle avanguardie, dei pionieri; hanno dato avvio ad un progetto di integrazione più stretta, di tipo sovranazionale, che ha dimostrato poi tutta la sua vitalità, attirando via via anche Paesi inizialmente diffidenti o decisamente ostili.

A parte la vicenda relativa alle origini dell'Europa comunitaria, vorrei soffermarmi su tre casi, fra i più rilevanti nella storia europea della flessibilità: il ricorso alle clausole di salvaguardia negli anni settanta, l'istituzione dello SME alla fine dello stesso decennio, gli accordi di Schengen del 1985 e 1990.

In pendenza della grave crisi economica e finanziaria degli anni settanta, alcuni Paesi membri, più esposti alla crisi, hanno utilizzato le clausole di salvaguardia del Trattato per derogare alle regole comunitarie in materia di pagamenti e movimenti di capitale. Queste deroghe, anche per il modo non sempre ortodosso in cui sono state introdotte, hanno destato grande allarme. Era diffuso il timore che ne potesse risultare compromessa la tenuta del mercato comune, e dunque il bene centrale della Comunità. Ma così non è stato. Le deroghe sono, sia pur lentamente, rientrate; si è aperta la strada al disegno del mercato interno, sancito poi nell'Atto Unico Europeo; lo strumento di flessibilità costituito dalle

clausole di salvaguardia è servito a mantenere la coesione comunitaria in un momento difficile.

Lo SME è stato istituito mediante accordi extra-Trattato. Mirava a creare una zona europea di stabilità monetaria, per porre rimedio alle turbolenze seguite al crollo del sistema di Bretton Woods. Alcuni Stati membri non vi hanno aderito; altri vi hanno aderito solo parzialmente o con deroghe (ad esempio, la maggior banda di oscillazione ottenuta dall'Italia). Lo SME ha posto le basi per l'unione monetaria e l'euro, uno dei principali successi europei. Al pari dello SME, anche l'unione monetaria costituisce un esempio di flessibilità (ne fanno parte 12 dei 25 Stati membri); e non risulta che stia producendo l'effetto di disgregare la compagine europea.

Veniamo al sistema Schengen. Anch'esso ha preso avvio al di fuori del Trattato, mediante accordi fra cinque Paesi; a questi si sono aggiunti poi gli altri Stati membri, con le due sole eccezioni di Irlanda e Regno Unito. Ad Amsterdam il sistema Schengen è rifluito nell'ordinamento dell'Unione. Continuano a non aderirvi Irlanda e Regno Unito, e la Danimarca gode di uno statuto in qualche modo speciale. In forza delle norme Schengen, sono stati aboliti i controlli alle frontiere interne e rafforzati (oltre che armonizzati) quelli sulle frontiere esterne. Il sistema ha dato fin qui buona prova. Di recente ha avuto un rilancio con il Trattato di Prüm, che stabilisce una cooperazione addizionale in materia di circolazione delle persone. Anche questo Trattato costituisce un esempio di flessibilità, in quanto vi aderiscono al momento solo otto Stati membri; in partenza erano sei, poi si sono aggiunte Italia e Finlandia.

Da quanto precede emerge che la flessibilità non produce necessariamente i guasti temuti; anzi, nei casi presi in esame ha favorito vuoi la coesione comunitaria vuoi l'avanzamento del processo di integrazione, dispiegando in generale un effetto aggregante. Iniziative promosse all'origine da gruppi ristretti si sono poi estese alla generalità (o quasi) degli Stati membri. D'altra parte progetti come lo SME, l'euro o Schengen si sarebbero mai realizzati se si fosse dovuto attendere l'adesione di tutti? La risposta è evidentemente negativa. Non si giustifica quindi un rigetto pregiudiziale della flessibilità. Occorre piuttosto individuare le condizioni che consentono di trarne tutti gli effetti positivi, evitando o limitando al massimo quelli pregiudizievole.

9. Le condizioni e i limiti di una flessibilità virtuosa si possono in qualche modo sintetizzare nel rispetto dei principi fondamentali dell'Unione. Sono quei principi che caratterizzano l'ordine costituzionale europeo; ne rappresentano il nucleo essenziale, la costituzione materiale (con espressione mutuata dalla dottrina italiana del diritto costituzionale). La Corte di giustizia li ritiene così importanti da non ammetterne la modifica nemmeno con la procedura solenne di revisione dei Trattati. Il punto è controverso; ma quale che sia l'opinione al riguardo, non par dubbio che la costituzione materiale dell'Unione vada considerata come un limite insuperabile per qualsiasi iniziativa di integrazione flessibile.

Quali principi compongono la costituzione materiale dell'Europa? Senza pretese di completezza, e avendo speciale riguardo al nostro tema, si possono menzionare: i principi di libertà, democrazia, legalità e rispetto dei diritti umani (art. 6 TUE); i principi di leale collaborazione e di solidarietà (articoli 10 TCE e 1 TUE); il principio di non discriminazione (art. 12 TCE); le quattro libertà fondamentali costitutive del mercato interno (articoli 3 e 14 TCE); i principi di sussidiarietà e proporzionalità (art. 5 TCE); il principio di coerenza del sistema (articoli 1 e 3 TUE); l'esclusività delle competenze europee in tema di unione doganale, concorrenza intra-comunitaria, politica commerciale comune (articoli 3, 23, 81 ss., 131 ss. TCE).

Nei paragrafi successivi si esaminerà l'impatto di taluni di questi principi (quelli più rilevanti) in materia di flessibilità. Prima di procedere, è però bene ribadire quanto già sopra sottolineato. I principi in discorso costituiscono un nucleo minimo, indispensabile per preservare l'unità del sistema, un punto di equilibrio fra unità e diversità, al di là del quale la diversità provoca una rottura del patto costituzionale europeo. Ad essi dovrà quindi attenersi qualsiasi operazione di flessibilità, se vuole essere virtuosa. È anche essenziale che il loro rispetto sia assoggettato ad opportuni controlli sul piano giuridico e politico, a livello europeo e nazionale. Un importante compito di garanzia dovrà dunque essere svolto, nei limiti delle rispettive competenze, dalle istituzioni giudiziarie e politiche dell'Unione, come pure dai giudici e dai parlamenti nazionali.

10. È necessario innanzitutto che la flessibilità rispetti il principio di leale collaborazione. La Corte comunitaria ha avuto modo di sottolineare più volte il fondamentale rilievo che questo principio riveste per il sistema europeo; in particolare ha chiarito che esso comporta obblighi positivi oltre che negativi e che la sua portata coinvolge gli Stati membri e l'Unione in tutte le possibili direzioni. Non solo, dunque, gli Stati membri devono collaborare lealmente con le istituzioni dell'Unione (art. 10 TCE); l'obbligo vale anche nella direzione opposta, come pure nei rapporti degli Stati membri fra di loro. Sotto quest'ultimo profilo il principio di leale collaborazione ricomprende e si combina con quelli di solidarietà e buona fede.

Dal principio così delineato derivano in primo luogo obblighi per chi partecipa ad un gruppo ristretto nei confronti di chi ne rimane al di fuori. La flessibilità deve servire a far avanzare il processo di integrazione nel rispetto dei principi e valori fondamentali dell'Unione. Non deve essere usata come strumento di indebita pressione per indurre Stati dissenzienti ad accettare decisioni sgradite. Gli Stati partecipanti devono far conoscere il loro progetto agli altri membri dell'Unione, prima dell'avvio dell'iniziativa; e poi, una volta questa avviata, devono adoperarsi per facilitare l'adesione alla medesima del maggior numero possibile di altri Paesi. L'obiettivo è che un regime all'origine differenziato e speciale diventi col tempo generale e comune a tutti.

Obblighi di leale collaborazione incombono peraltro anche agli Stati non partecipanti. È bene ricordare che il progetto di una "unione sempre più stretta", da realizzarsi per tappe successive, è iscritto a chiare lettere nei Trattati.

Costituisce dunque ad un tempo un fine e un programma che ciascuno degli Stati membri ha solennemente sottoscritto. Questo non vuol dire che gli Stati membri siano impegnati ad aderire ad una qualsiasi iniziativa volta a far progredire l'integrazione europea. Buona fede e leale collaborazione esigono tuttavia che gli Stati che non si sentono di parteciparvi, non ostacolino quelli che viceversa sono desiderosi e in grado di realizzarla.

11. Sebbene i Trattati ne parlino in modo esplicito solo con riguardo ai cittadini europei, il divieto di discriminazioni si applica in pieno anche nei confronti degli Stati membri. Costituisce infatti un principio fondamentale del diritto internazionale e di qualsiasi struttura di tipo federale o confederale. Il principio di non discriminazione pone delicati problemi in tema di flessibilità per il fatto che questa, per sua natura, determina regimi differenziati fra gli Stati membri. Differenziazione non significa però necessariamente discriminazione: tutto dipende dalla natura del gruppo ristretto che si viene a formare e dai criteri che ne regolano la composizione.

La flessibilità è tendenzialmente discriminatoria se porta alla creazione di gruppi chiusi, con componenti nominativamente individuati. In questo modo si crea una differenziazione permanente tra “*ins*” e “*outs*” con il rischio di dividere l'Europa in blocchi contrapposti. A questa forma di flessibilità sembra ricondursi l'idea del “nocciolo duro”: un nucleo stabile e coeso di Stati che dovrebbe assumere un ruolo di direzione dell'Unione e spingerla verso mete più avanzate. La fattibilità in concreto di un'ipotesi del genere è assai dubbia. Non si vede tra i Paesi candidati a far parte di un tale “nocciolo duro” (per lo più i Paesi fondatori o gli Stati membri più grandi) la necessaria identità di vedute circa obiettivi e modi dell'integrazione europea. In ogni caso, è un'ipotesi potenzialmente discriminatoria, suscettibile di creare una rottura del sistema. Con questo non si vuole negare che il formarsi di un nucleo stabile potrebbe generare effetti positivi e non discriminatori. Ma – come dire – dovrebbe essere un punto di arrivo più che di partenza: il risultato che scaturisce in modo naturale dalla costante presenza di certi Stati nei gruppi ristretti via via costituiti.

Non sono invece discriminatori i gruppi aperti, e cioè quelli che ammettono tutti gli Stati in grado di soddisfare certi requisiti. Deve trattarsi di requisiti ragionevoli, non arbitrari, che discendono dalle caratteristiche e dalle esigenze del progetto. È quello che si verifica quando i partecipanti vengono selezionati alla stregua di criteri obiettivi di natura geografica o economica o culturale, o anche di affinità di indirizzo politico. Basta che nessuno Stato sia escluso in modo pregiudiziale. Per tale via si costituiranno normalmente più gruppi, a composizione o (come si dice) a geometria variabile, per cui si attenua l'effetto differenziatore della flessibilità. Il che non toglie che si possa realizzare – già lo si è detto – la presenza ripetuta di certi Stati in una pluralità di gruppi ristretti.

Non mi pare, poi, che si possa ipotizzare una discriminazione a proposito delle conseguenze che derivano per uno Stato dall'aderire ad una iniziativa flessibile già in corso. Va da sé che il nuovo entrante deve accettare l'*acquis* formatosi in precedenza; e questo può comportare svantaggi. Ma non vi è nulla di

discriminatorio; è l'inevitabile effetto del momento in cui la partecipazione avviene. D'altra parte, il corrispondente beneficio per i membri originari è bilanciato dagli oneri già sopportati e dal rischio di un eventuale insuccesso dell'iniziativa.

12. I principi di sussidiarietà e di proporzionalità non riguardano espressamente la flessibilità. Sono inseriti nei Trattati per disciplinare le modalità di esercizio delle competenze attribuite all'Unione. L'Unione è abilitata a intervenire solo in via suppletiva rispetto agli Stati (sussidiarietà); in ogni caso, poi, le sue misure non devono eccedere gli obiettivi da raggiungere (proporzionalità). Sussidiarietà e proporzionalità si prestano peraltro ad essere applicate anche alla flessibilità.

Una prima forma di sussidiarietà si delinea nei rapporti tra meccanismi di flessibilità e procedure ordinarie. I primi hanno carattere residuale rispetto alle seconde. Sono dunque utilizzabili solo nel caso in cui le procedure ordinarie non sono in grado di funzionare o non sono in grado di farlo in modo adeguato. Ciò può dipendere da molteplici ragioni: non si raggiungono i consensi (unanimità o maggioranza qualificata) richiesti per decidere; la procedura si blocca lungo il suo *iter* o prende tempi incompatibili con l'obiettivo da conseguire; più semplicemente, l'Unione non è competente ad agire in un settore riservato agli Stati. In queste, e altre ipotesi analoghe, è legittimo ricorrere a meccanismi di flessibilità.

Un secondo livello di sussidiarietà attiene ai rapporti tra meccanismi di flessibilità interni ed esterni al sistema dei Trattati. Il discorso si applica in particolare ai rapporti tra le cooperazioni rafforzate e gli accordi di diritto internazionale conclusi al di fuori dell'Unione. A mio avviso, gli Stati promotori di una iniziativa di flessibilità non sono liberi di optare per l'una o l'altra soluzione. Gli accordi extra-Trattato hanno natura residuale; il loro utilizzo si giustifica solo una volta esperita la via delle cooperazioni rafforzate. Non vale opporre che quest'ultime sono assoggettate dal Trattato a condizioni molto gravose, tanto è vero che fin qui non hanno mai trovato applicazione. Il rigore delle norme può essere in qualche modo mitigato in via di interpretazione. Inoltre, e in ogni caso, il principio di proporzionalità esige il ricorso prioritario allo strumento di flessibilità che meno incide sulla coerenza complessiva del sistema. A meno che, beninteso, l'utilizzo delle cooperazioni rafforzate sia del tutto precluso perché l'iniziativa ha per oggetto materia estranea alle competenze dell'Unione.

Si delinea così un'architettura della sussidiarietà, che abbraccia i rapporti tra Unione e Stati membri e tra Unione e gruppi ristretti di integrazione flessibile. Interviene l'Unione, se i singoli Stati non sono in grado di agire in modo sufficientemente adeguato; intervengono gruppi ristretti di Stati, se è l'Unione che non è in grado di soddisfare quella stessa esigenza. In altri termini, quello che gli Stati non possono compiere da soli, è abilitata a farlo l'Unione; quello che l'Unione non riesce a fare collettivamente, lo possono intraprendere gruppi ristretti. Con la precisazione che in questa seconda ipotesi gli strumenti interni al sistema hanno la precedenza rispetto a quelli che ne stanno al di fuori.

Al principio di proporzionalità si è fatto fin qui solo un rapido accenno. È il caso di sottolineare che le sue implicazioni sono di particolare rilievo nelle ipotesi di flessibilità al di fuori dell'Unione. In effetti le cooperazioni rafforzate già sono assoggettate dal Trattato a limiti rigorosi. Per contro si tende a ritenere che gli accordi extra-Trattato godano di un'ampia franchigia; qualcuno arriva a parlare di legge della giungla. In realtà non è così. Questi accordi devono rispettare i limiti derivanti dal diritto internazionale e dalle stesse norme dell'Unione, specie i principi di leale collaborazione e di proporzionalità. Le norme internazionali vietano di portare pregiudizio all'oggetto e scopo dell'Unione nel suo complesso. Gli obblighi di leale collaborazione e quelli che discendono dalla proporzionalità pongono limiti più stringenti, tali da escludere che questo strumento possa essere utilizzato in modo improprio, ovvero eccessivo rispetto al progetto di integrazione perseguito.

13. Il moltiplicarsi di gruppi a geometria variabile, se allontana il pericolo di un direttorio egemonico, può tuttavia determinare un eccessivo frazionamento del sistema dell'Unione. Viene in considerazione in questo contesto il principio di coerenza. È un principio inserito nel Trattato di Maastricht al fine di assicurare un coordinamento fra i tre pilastri dell'Unione, ispirati – come si sa – il primo al metodo comunitario e gli altri due a quello intergovernativo. Ciò non toglie che esso possa applicarsi anche in materia di flessibilità; e, del resto, la disciplina sulle cooperazioni rafforzate ne fa espressa menzione. Si badi bene che il principio in parola non impegna ad eliminare le diversità. Non lo fa, né potrebbe farlo perché sarebbe incompatibile con la struttura dell'Unione. Si limita ad enunciare un programma, un criterio interpretativo che, nel presupposto dell'esistenza delle diversità, tende a ricondurle ad un disegno coerente. Entro questi limiti, il principio si applica alle iniziative di flessibilità non meno che ai rapporti fra i tre pilastri.

A dire il vero, non sempre la flessibilità introduce maggiori diversificazioni. In qualche caso può verificarsi il contrario, almeno con riguardo alle legislazioni nazionali. Si pensi alla materia fiscale: in mancanza della richiesta unanimità, finora non è stato possibile armonizzare il settore delle imposte dirette, con tutte le asimmetrie e i rischi di *dumping* che ne conseguono. Taluni Stati membri potrebbero decidere di realizzare fra di loro quello che non si riesce a fare in una cerchia più estesa. In questo caso, evidentemente, si avrebbe una riduzione (sia pure non generalizzata) delle diversità fra le legislazioni nazionali. Resta però che, a livello di Unione, la flessibilità provoca generalmente una frammentazione del sistema. Si pongono quindi problemi di coerenza, sia interna fra le varie iniziative flessibili, sia esterna nei rapporti con l'Unione nel suo complesso.

Sotto il primo profilo, vi è il rischio di una proliferazione disordinata di iniziative. In effetti, queste possono assumere varie forme quanto al loro oggetto. Si va da iniziative *ad hoc*, che riguardano singole misure o singole azioni, a progetti che coprono interi settori. È chiaro che la flessibilità del secondo tipo è meno esposta al rischio di proliferazione dinanzi ricordato. Allo stesso fine si

può anche pensare ad un compattamento delle varie iniziative all'interno di un numero limitato di poli di flessibilità. Due esempi serviranno ad illustrare meglio questa idea: l'Eurogruppo e l'Agenzia europea di difesa.

L'Eurogruppo costituisce un caso di integrazione flessibile ormai consolidato; ne fanno parte per ora 12 Stati. Il Trattato ne regola alcuni aspetti essenziali (criteri di accesso, procedure decisionali, rapporti con le istituzioni dell'Unione). L'Eurogruppo dispone di un proprio Consiglio, di una Presidenza ormai stabile, di una banca centrale, di una moneta e di una politica monetaria unica, di una disciplina comune di bilancio. Questi elementi creano indubbiamente fra gli Stati dell'euro una interdipendenza più stretta rispetto agli Stati che non vi partecipano. È diffusa l'opinione che l'Eurogruppo dovrebbe rafforzarsi sul piano istituzionale ed estendere la propria sfera di azione alla politica economica. Fra l'altro, potrebbe sviluppare politiche comuni in materia fiscale e sociale. Ad una evoluzione di questo tipo fa però ostacolo il fatto che non tutti gli Stati dell'euro si ispirano in questi campi ai medesimi indirizzi. Si pensi alle posizioni dell'Irlanda in tema di tasse e legislazione sulla previdenza e il lavoro. Questo non dovrebbe tuttavia precludere il perseguimento di tali politiche all'interno dell'Eurogruppo. Basterebbe ipotizzare un sorta di flessibilità all'interno della flessibilità; e cioè un sistema di *opting in e out*, che consenta di varare un'iniziativa anche senza la partecipazione di tutti gli Stati euro e magari con l'adesione di Stati non euro. Una soluzione del genere presenta un duplice sicuro vantaggio: consente di usufruire di una struttura consolidata ed evita il proliferare di iniziative autonome.

Analogo polo di flessibilità può ravvisarsi nell'Agenzia europea di difesa. L'Agenzia è aperta alla partecipazione di tutti gli Stati membri "wishing to be part of it". Di fatto, il solo Stato membro che non vi aderisce è la Danimarca, la quale gode di un'esenzione generale in materia di difesa. L'Agenzia costituisce dunque, già di per sé, un organismo di integrazione flessibile. Non solo: essa è destinata ad assorbire altri gruppi di cooperazione nel settore degli armamenti, creati da un numero esiguo di Stati membri al di fuori dell'Unione (ad esempio OCCAR e Framework Agreement). L'atto costitutivo dell'Agenzia consente inoltre che si realizzino al suo interno iniziative fra alcuni soltanto dei suoi membri. Così è stato nel caso del "Codice di condotta" per gli acquisti di armamenti, dal quale si sono dissociate la Spagna e l'Ungheria. In definitiva, l'Agenzia fornisce un ulteriore esempio di flessibilità nella flessibilità; un'architettura di riferimento, un contenitore suscettibile di accogliere un complesso di iniziative di gruppi ristretti e di facilitarne uno sviluppo ordinato e coerente.

Un rapido cenno, da ultimo, ai problemi di coerenza esterna delle iniziative flessibili, che riguardano i rapporti tra queste e il sistema generale dell'Unione. Il Trattato se ne occupa esplicitamente a proposito delle cooperazioni rafforzate, con particolare attenzione alla tutela degli Stati "out" e al funzionamento del sistema istituzionale nel suo complesso. Questa disciplina è suscettibile di essere estesa a tutte le forme di flessibilità all'interno dei Trattati, salvo che per aspetti oggetto di norme specifiche. Più delicato è il discorso relativo alle iniziative

fuori Trattato, come tali svincolate da un raccordo sistematico con l'Unione. Di regola queste iniziative hanno carattere marcatamente intergovernativo, per cui organi sovranazionali come il Parlamento europeo e la Commissione rischiano di essere emarginati. Il problema può essere però mitigato: alla Commissione può essere attribuito un ruolo di osservatore, come è avvenuto all'origine degli Accordi di Schengen; nel caso del Parlamento, il gruppo extra-Trattato può impegnarsi a riferire periodicamente ai parlamentari europei (qualche cosa di simile alla relazione annuale del Presidente della BCE). Inoltre, poiché iniziative del genere non dovrebbero sfuggire al controllo dei parlamenti nazionali, possono anche funzionare le sedi di coordinamento fra questi e il Parlamento europeo.

14. Emergono da quanto precede le caratteristiche che la flessibilità deve presentare per essere considerata virtuosa. La flessibilità virtuosa rispetta i principi di fondo dell'Unione, ne promuove le finalità, è leale verso i suoi membri, non li discrimina, non ha mire egemoniche, è aperta all'adesione di tutti, è solidale verso chi non partecipa, si sforza di facilitarne il successivo inserimento, ha natura sussidiaria delle procedure ordinarie, non eccede nella differenziazione, evita la proliferazione delle iniziative, si preoccupa di renderle coerenti fra di loro e di raccordarle con il sistema generale dell'Unione e le sue istituzioni.

In presenza di queste caratteristiche, i timori di chi vede nella flessibilità un fattore di disgregazione del sistema, di divisione fra i suoi membri e di emarginazione delle istituzioni sovranazionali, non appaiono fondati. Al contrario, essa costituisce uno strumento utile e costruttivo sotto molti aspetti. È in grado di offrire un punto di equilibrio fra unità e diversità, di bilanciare le esigenze degli Stati più dinamici e di quelli più prudenti, di superare le difficoltà di funzionamento dei meccanismi decisionali comuni, di promuovere la sperimentazione di politiche e soluzioni organizzative nuove, di favorire progetti di formazione e ricerca in ambito europeo, di facilitare l'aggregazione fra gruppi di Stati membri più vicini fra loro per ragioni geo-politiche o geo-economiche, di consentire la formazione di avanguardie di una "unione sempre più stretta", di esercitare loro tramite un ruolo di stimolo e traino per il conseguimento di questo obiettivo da parte di tutti.

Su queste basi la flessibilità merita grande attenzione ai fini di un rilancio dell'Europa in crisi. D'altra parte, come si passerà subito a dire, la flessibilità non pregiudica in alcun modo il processo costituzionale in corso, né la prospettiva di ulteriori allargamenti dell'Unione. Può svolgere anzi nei confronti dell'uno e dell'altra un'utile funzione di sostegno.

15. Flessibilità e Trattato costituzionale non sono due vie fra di loro alternative: la flessibilità non elimina l'esigenza del Trattato costituzionale e continuerà ad esservi bisogno di flessibilità anche dopo che il Trattato costituzionale sia andato a buon fine.

Solo il Trattato costituzionale, con il concorso di tutti gli Stati membri, consente di rivedere gli attuali Trattati e introdurre in via generale nell'Unione le

riforme necessarie a renderla più efficiente e più democratica. Quali siano, lo si è già ricordato in precedenza (*supra*, par. 3) e non è il caso di riproporne l'elenco. Vero è però che le prospettive del Trattato costituzionale sono per il momento alquanto incerte, quanto a tempi e contenuti. Si auspica che possa entrare in vigore prima del rinnovo del Parlamento europeo nel 2009, ma non esiste alcun impegno preciso in questo senso. La questione dei tempi è ovviamente legata a quella dei contenuti, sui quali le opinioni divergono fortemente. Vanno da chi preme per non modificare il testo attuale, già ratificato da 16 (e presto 18) Stati e da più della metà della popolazione europea; chi ritiene inevitabile una sua modifica dopo i no francese e olandese e propone di ripiegare su di un mini-Trattato con le riforme essenziali; chi delinea un processo costituzionale per tappe, che parta da alcune riforme più urgenti e si spinga in futuro anche al di là del testo attuale.

In questa situazione la flessibilità è chiamata a svolgere un ruolo non sostitutivo del Trattato costituzionale, piuttosto di supplenza e di stimolo. Attraverso iniziative di integrazione flessibile, alcune riforme possono essere introdotte fin d'ora. Questo è già avvenuto con la istituzione dell'Agenzia europea di difesa e la Presidenza stabile dell'Eurogruppo. Nulla vieta di spingersi oltre sulla strada delle "anticipazioni". Ad esempio, nell'ambito di gruppi ristretti, gli Stati partecipanti potrebbero optare per decisioni a maggioranza anche in materie che attualmente richiedono l'unanimità. Uno sviluppo del genere è previsto dal Trattato costituzionale in deroga alla vigente disciplina delle cooperazioni rafforzate. Potrebbe essere recepito fin d'ora: certamente senza problemi nel caso di iniziative flessibili al di fuori del Trattato o diverse dalle cooperazioni rafforzate. Ma anche rispetto a quest'ultime, se c'è l'accordo dei partecipanti, è difficile pensare che vi si possano opporre gli Stati non partecipanti o le istituzioni comunitarie.

A parte le anticipazioni, la flessibilità può svolgere una funzione di stimolo del processo costituzionale, per indirizzarlo verso uno sbocco positivo e quanto più possibile sollecitato. A questo fine si deve ricreare un clima che per ora manca: occorre ridare slancio all'Europa, ripristinare la fiducia dei cittadini circa la sua capacità di risolvere i loro problemi, convincerli che essa costituisce un di più rispetto all'azione dei singoli Stati. Senonché, per le ragioni illustrate, al momento è un risultato assai arduo da conseguire se si guarda all'Unione nel suo complesso. La flessibilità può dimostrare che il processo di integrazione va avanti, sia pure in ambiti più ristretti, ed è in grado di corrispondere alle attese: con la speranza che le iniziative pionieristiche di alcuni diventino poi patrimonio di tutti.

Ci sarà comunque bisogno di flessibilità anche una volta che la vicenda costituzionale sia andata a buon fine. In un'Europa con le dimensioni attuali è difficile supporre che si possa procedere sempre tutti insieme. La differenziazione è inevitabile e non di per sé negativa. A certe condizioni, che sono quelle della flessibilità virtuosa, essa non pregiudica l'unità, ne rappresenta piuttosto un necessario complemento. Vi saranno sempre gruppi di Stati desiderosi di avan-

zare a ritmi più veloci sulla via dell'integrazione, sviluppare determinate politiche di loro speciale interesse, sottrarsi alle rigidità del sistema generale. Il Trattato costituzionale non può dunque escludere la flessibilità. Lo conferma la continua presenza delle cooperazioni rafforzate, che sono anzi estese al settore della difesa. E tutto lascia prevedere che, dato il permanente rigore della disciplina di tale istituto, iniziative di flessibilità continueranno a svilupparsi anche al di fuori dell'Unione.

16. Tra flessibilità e allargamento esiste una interazione circolare: l'allargamento fa crescere il bisogno di flessibilità, a sua volta la flessibilità facilita l'allargamento.

La prima proposizione è scarsamente controvertibile. Con il progressivo ampliamento dell'Unione aumenta la eterogeneità dei suoi membri, cresce corrispondentemente l'esigenza di differenziazione. Questa esigenza si è manifestata fin dai tempi della "piccola Europa", composta da sei Stati relativamente omogenei fra di loro. Si è fatta, per ovvi motivi, più acuta via via che il gruppo degli Stati membri si è esteso; è avvertita in modo specialmente forte ora dopo l'ingresso di dieci nuovi Paesi. I requisiti di adesione garantiscono sintonia sui valori e principi di fondo dell'Unione; comportano altresì per i nuovi entranti l'accettazione dell'*acquis* ed un allineamento alle sue prescrizioni (salvo periodi di deroga). Ma tutto questo non elimina le diversità e, di riflesso, fa crescere la domanda di flessibilità.

La seconda proposizione (la flessibilità facilita l'allargamento) è più controversa, ma trova autorevoli consensi e a me pare non meno fondata. La ragione principale deve ricercarsi nella correlazione fra allargamento e approfondimento dell'Unione. Si è sempre sostenuto, giustamente, che i due fenomeni devono procedere insieme. In punto di fatto, questa condizione è stata generalmente rispettata: ad una serie di allargamenti hanno fatto riscontro corrispondenti avanzamenti nel processo di integrazione. In principio doveva essere così anche in occasione dell'ultimo allargamento. Ma in realtà, e malgrado le affermazioni di Nizza, quella correlazione ha funzionato solo in parte; sarebbe dunque opportuno ristabilirla, specie in funzione di ulteriori allargamenti. Ed è qui che entra in gioco la flessibilità. Per le ragioni più volte ricordate, un approfondimento a livello generale dell'Unione non è prevedibile almeno a breve. Viceversa potrebbe realizzarsi fin d'ora nell'ambito di gruppi più ristretti. In tal modo si verrebbe a ripristinare il necessario equilibrio fra allargamento e approfondimento, sia pure su basi diverse: l'ingresso di nuovi membri potrebbe essere bilanciato dal progredire dell'integrazione grazie a strumenti di flessibilità.

L'allargamento costituisce un grande successo dell'Europa, e sarebbe bene che non si arrestasse. Una sua estensione al sud-est europeo interessa particolarmente l'Italia. Ma il clima attuale non è favorevole all'ingresso di nuovi membri, dopo quello già programmato di Romania e Bulgaria. I timori sono molteplici: in parte si ricollegano al più generale fenomeno della globalizzazione; in parte riflettono il pericolo di "diluizione" dell'Unione, con conseguente perdita di identità, funzionalità e capacità di perseguire il fine di una "unione sempre più

stretta". La prospettiva di un'Europa flessibile dovrebbe attenuare questi timori, specie quelli del secondo tipo. L'obiettivo di un'integrazione più avanzata, sul piano politico e non solo economico, potrebbe essere portato avanti da gruppi più ristretti. Uno sviluppo del genere non dovrebbe d'altra parte comportare implicazioni negative per i nuovi entranti. Se la flessibilità è (come deve essere) virtuosa, non chiude la porta a nessuno. I nuovi membri non hanno motivo di sentirsi relegati in un'Europa "minore". Il programmato ingresso della Slovenia nell'euro depone contro questo timore.

17. È tempo di tirare le fila delle riflessioni fin qui svolte.

L'Unione è attualmente ferma (o quasi) sul fronte sia delle politiche sia delle riforme. Questo dipende dalle sue procedure decisionali ancora troppo basate sull'unanimità o che, comunque, richiedono una maggioranza qualificata allo stato non molto diversa dall'unanimità. Sono procedure inadeguate, specie in un'Unione delle dimensioni attuali: qualsiasi decisione è esposta al veto di esigue minoranze o anche di singoli Stati. La flessibilità offre una via di uscita da questa situazione di blocco. Si fonda su di un'idea semplice e ragionevole: chi dissente non è obbligato ad associarsi ad una determinata iniziativa, ma nemmeno può impedire agli altri di attuarla. A certe condizioni, che la rendono "virtuosa", la flessibilità non comporta pericoli di disgregazione dell'Unione. Al contrario essa offre uno strumento dinamico per contemperare le esigenze di unità e di diversità, nella prospettiva di una "unione sempre più stretta". La flessibilità non è sostitutiva, né pregiudica il processo costituzionale in corso, che rimane altamente necessario. Nemmeno è di ostacolo, semmai facilita ulteriori allargamenti dell'Unione. Per tutte queste ragioni la flessibilità merita grande attenzione ai fini di un rilancio dell'Europa in crisi.

Le aree a cui la flessibilità può applicarsi sono molteplici: sarebbe stato troppo lungo esaminarle in dettaglio in questo studio. Basti ricordare che le iniziative di integrazione flessibile possono incidere in tutti i settori dell'Unione; occorre anzi evitare il rischio di una loro disordinata proliferazione. A questo fine può essere utile il modello dei poli di flessibilità. Se ne è accennato con riguardo all'Eurogruppo e all'Agenzia europea di difesa: il primo idoneo a raccogliere le iniziative flessibili in materia economica, la seconda quelle nel settore delle capacità militari e degli armamenti. Analoghi poli, basati sull'idea della "flessibilità nella flessibilità", potrebbero realizzarsi anche in altre aree. Ad esempio, il gruppo di Prüm potrebbe fungere da punto di riferimento per nuovi progetti nell'area della circolazione delle persone, raccogliendo in tal modo l'eredità di Schengen.

Da ultimo vorrei formulare un auspicio a proposito della "Dichiarazione di Berlino", con la quale nel marzo 2007 si celebreranno i 50 anni dei Trattati di Roma. I tempi non sono propizi per un documento particolarmente impegnativo, se si pensa che dovrà raccogliere il consenso di tutti gli Stati membri, per di più alla vigilia delle elezioni presidenziali francesi. È dunque diffusa la sensazione che non ci si possa attendere una dichiarazione di portata storica paragonabile a quella di Messina. Speriamo che i fatti smentiscano queste previsioni. Per quel

che riguarda il nostro tema, il mio augurio è duplice: che la dichiarazione ricordi il contributo della flessibilità al realizzarsi di grandi successi europei, quali Schengen e l'euro; e che non trascuri di menzionare l'apporto che essa potrà fornire anche in futuro ai fini di un avanzamento dell'integrazione europea.

Ugo Villani

Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*

SOMMARIO: 1. L'inserimento dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto con il Trattato di Amsterdam. – 2. Il procedimento di constatazione di una violazione grave e persistente di tali principi. – 3. Gli effetti della constatazione. – 4. La sospensione dei diritti dello Stato in questione derivanti dal Trattato UE. – 5. La sospensione dei diritti derivanti dal Trattato CE. – 6. La modifica e la revoca delle misure di sospensione. – 7. L'affare Haider. – 8. Il procedimento di "preallarme" inserito dal Trattato di Nizza. – 9. Il ruolo della Corte di giustizia.

1. Nel processo che ha gradualmente condotto da una concezione essenzialmente economica e mercantile, quale risultava in origine dalle Comunità europee, ad una costruzione di più ampio respiro, sociale, culturale, politica, nella quale sempre più emerge la centralità del cittadino europeo e dei suoi diritti, una tappa fondamentale è rappresentata dalle modifiche del Trattato di Amsterdam con le quali sono stati enunciati taluni principi "fondanti" dell'Unione europea. Tale Trattato, sottoscritto il 20 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, ha inserito, infatti, nel Trattato sull'Unione europea un nuovo par. 1 nell'art. 6 (già art. F nel Trattato di Maastricht del 1992), il quale dichiara: "L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri".

I suddetti principi sono configurati, per un verso, come i fondamenti dell'Unione europea, per l'altro, come il patrimonio politico e giuridico comune degli Stati membri. Il primo profilo implica che l'Unione europea, e quindi le sue istituzioni e i suoi organi, sono tenuti a rispettare tali principi; il secondo comporta – come vedremo – uno stretto legame tra la loro osservanza da parte degli Stati e la stessa appartenenza di tali Stati all'Unione europea, che può essere preclusa, o attenuata, in caso di violazione dei principi in questione.

* Il presente scritto è destinato anche agli Studi in memoria di Matteo Dell'Olio, di prossima pubblicazione.

Non è questa la sede per un approfondimento dei concetti richiamati dalla norma in esame¹. Ci limitiamo a osservare, sul piano generale, che la loro qualificazione come principi comuni degli Stati membri induce anzitutto a ricercare nelle tradizioni e nelle costituzioni di tali Stati la loro portata e i loro contenuti. Per quanto riguarda, in particolare, il principio di libertà, secondo l'opinione che sembra preferibile esso non va riferito alle numerose libertà riconosciute dai Trattati sull'Unione e sulla Comunità europea (a cominciare dalle libertà di circolazione delle merci, persone, servizi e capitali), ma alla sua dimensione politica, quale garanzia di una sfera di autonomia dei cittadini rivendicata nei riguardi dei pubblici poteri e sottratta alla loro ingerenza². Il principio di democrazia, che corrisponde anche storicamente ai caratteri fondamentali degli Stati occidentali che diedero vita al processo di integrazione europea, non implica alcun modello rigido. Esso richiede, peraltro, la garanzia di alcuni requisiti minimi, ma irrinunciabili, quale, anzitutto, la derivazione dei poteri pubblici dalla volontà popolare, in conformità della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, la quale designa la volontà popolare come fondamento dell'autorità del governo (art. 21, par. 3). Per quanto concerne il riconoscimento del principio di democrazia da parte dell'Unione e delle Comunità europee, va sottolineato che esso richiede degli adattamenti di tale principio ai peculiari caratteri dell'integrazione europea che, pur non risolvendosi in una mera organizzazione internazionale di stampo intergovernativo, non può neppure assimilarsi ad un'esperienza di tipo statale (quale lo Stato federale). Così la democrazia, intesa nel suo profilo rappresentativo, comporta una duplice legittimità: da un lato, la legittimità europea, che si manifesta nella rappresentanza diretta dei cittadini dell'Unione nel Parlamento europeo; dall'altro, la legittimità nazionale, che si esprime nella rappresentanza indiretta dei popoli dei singoli Stati membri nel Consiglio dell'Unione, attraverso i ministri che lo compongono, a loro volta responsabili nei confronti dei rispettivi parlamenti nazionali³. Il principio democratico è stato affermato anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha dichiarato, in riferimento ai poteri (all'epoca, invero, molto modesti) del Parlamento europeo, che essi riflettono un fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa⁴.

¹ In proposito, anche per ulteriori riferimenti, cfr. I. CARACCILO, *La rilevazione dei valori democratici nell'Unione europea. Una proiezione internazionale per l'identità giuridica occidentale*, Napoli, 2003, p. 73 ss.; B. NASCIBENE, C. SANNA, *Articolo 6*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 47 ss.

² In questo senso J. MOLINIER, *D'un traité à l'autre: les principes fondateurs de l'Union européenne, de Maastricht à Amsterdam*, in *Pouvoirs et libertés: études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, 1998, p. 442 ss., in specie p. 444.

³ In termini analoghi si esprime l'art. I-46 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004; in proposito ci permettiamo di rinviare al nostro scritto *Principi democratici e diritti fondamentali nella "Costituzione europea"*, in *CI*, 2005, p. 643 ss.

⁴ Sentenza del 29 ottobre 1980, causa 138/79, *Roquette Frères c. Consiglio*, *Raccolta*, p. 3333 ss., punto 33.

L'art. 6, par. 1 richiama, quindi, il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Per la definizione di tali diritti e libertà soccorre il par. 2 dello stesso art. 6, il quale rinvia, da un lato, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, dall'altro, alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, e qualifica i principi in materia come principi generali del diritto comunitario. Tale disposizione, presente già nel Trattato di Maastricht del 1992, rappresenta il punto di approdo, sul piano normativo, della evoluzione della giurisprudenza comunitaria, grazie alla quale la tematica dei diritti umani è stata inserita nel diritto comunitario. In questo quadro, malgrado il suo incerto valore giuridico, assume rilevanza anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, ma non inserita nel Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001⁵.

Lo stato di diritto, infine, in quanto riferito agli Stati membri comporta, essenzialmente, che la società e i poteri pubblici siano sottoposti alla legge. Con riguardo all'Unione e alle Comunità europee esso esprime la necessità che tutti i soggetti e gli "attori" ad esse appartenenti, quindi le istituzioni e gli organi europei, gli Stati membri, le persone fisiche e giuridiche, siano subordinati al diritto dell'Unione e comunitario; tale subordinazione è resa forse in maniera più evidente nel testo inglese del Trattato, nel quale, in luogo di stato di diritto, troviamo l'espressione "*rule of law*". Anche il principio in esame, prima ancora del suo formale riconoscimento normativo, è stato più volte proclamato dalla Corte di giustizia. Per esempio, nella celebre sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento europeo*, essa ha dichiarato che la Comunità europea è una comunità di diritto ("a community based on the rule of law"), nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato⁶.

Ci sembra importante sottolineare che la soggezione alla "*rule of law*" implica che le istituzioni europee e gli Stati membri debbano rispettare anche il diritto internazionale. In proposito il Parlamento europeo ha espressamente dichiarato che, considerando che tutti gli Stati membri dell'Unione aderiscono alle Nazioni Unite, il principio dello stato di diritto riguarda, pertanto, anche il rispetto del diritto internazionale e delle Carta delle Nazioni Unite⁷.

⁵ In proposito cfr. U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 73 ss. (ivi ampi riferimenti bibliografici, ai quali, di recente, adde A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *RIDPC*, 2005, p. 503 ss.).

⁶ *Raccolta*, p. 1339 ss., punto 23.

⁷ Si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 20 aprile 2004 sulla comunicazione della Commissione in merito all'articolo 7 (citata, quest'ultima, a nota 11), in *GUUE C 104/E*, 30 aprile 2004, p. 408 ss., in specie p. 409.

2. Sebbene i principi enunciati nell'art. 6, par. 1 rappresentino i fondamenti dell'Unione europea, il loro rispetto da parte sia degli Stati membri che delle istituzioni europee è sottratto, in principio, al controllo della Corte di giustizia. L'art. 46 del Trattato UE, infatti, estende la competenza della Corte di giustizia soltanto all'art. 6, par. 2, relativo ai diritti umani. Tale limitazione sembra ricollegarsi alla natura essenzialmente politica dei principi enunciati nell'art. 6, par. 1, che ha indotto gli Stati membri a escludere un controllo giudiziario sul loro rispetto, prevedendo invece – come si vedrà – un meccanismo sanzionatorio affidato alle istituzioni politiche europee e caratterizzato da un ampio margine di discrezionalità.

Peraltro va precisato che i principi enunciati nell'art. 6, par. 1, nella misura in cui corrispondano a principi generali del diritto comunitario, sono applicabili dalla Corte di giustizia quali fonti di tale diritto (naturalmente entro i limiti delle competenze giudiziarie istituite dagli stessi Trattati). Come abbiamo constatato, infatti, principi come la democrazia e lo stato di diritto sono stati applicati dalla Corte di giustizia prima ancora del loro formale riconoscimento nel Trattato UE.

I principi in esame hanno una loro valenza sia nei confronti di Stati terzi, che intendano aderire all'Unione, che nei riguardi degli Stati membri. Per i primi, in base all'art. 49 del Trattato UE, il rispetto dei principi sanciti nell'art. 6, par. 1 rappresenta un requisito per l'ammissione all'Unione. Va da sé che, dato il contenuto non rigorosamente precisabile degli stessi diritti, il giudizio circa la loro osservanza da parte del Paese candidato implica un ampio margine di discrezionalità nelle istituzioni che si pronunciano sulla domanda di ammissione. Per gli Stati membri la violazione dei principi in parola può provocare l'attivazione di un procedimento sanzionatorio, introdotto dall'art. 7 del Trattato di Amsterdam del 1997 e perfezionato dal Trattato di Nizza del 2001.

Tenendo conto della numerazione dell'art. 7 del Trattato UE risultante dalle modifiche apportate dal Trattato di Nizza, il par. 2 di tale disposizione stabilisce che il Consiglio, riunito nella composizione dei capi di Stato o di governo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro di uno o più principi di cui all'art. 6, par. 1⁸, dopo avere invitato il governo dello Stato membro in questione a presentare osservazioni⁹.

⁸ Nell'originaria redazione la norma in esame faceva riferimento, genericamente, ai principi di cui all'art. 6, par. 1, destando il dubbio se il procedimento dell'art. 7 fosse esprimibile solo qualora più principi fossero stati violati, o se, al contrario, fosse sufficiente la violazione anche di uno solo dei principi enunciati dall'art. 6, par. 1. Il Trattato di Nizza ha modificato la disposizione nel senso indicato nel testo, chiarendo così che il procedimento è attivabile anche se lo Stato membro abbia violato uno soltanto dei predetti principi (purché in maniera grave e persistente).

⁹ In dottrina, sul procedimento previsto dall'art. 7 del Trattato UE, cfr. P.-Y. MONJAL, *Le traité d'Amsterdam et la procédure en constatation politique du manquement aux principes de l'Union*, in *RMUE*, 1998, p. 69 ss.; G. M. RUOTOLO, *Sulla tutela dei diritti fondamentali nel nuovo assetto*

Considerando, in primo luogo, la fattispecie alla quale è applicabile il procedimento in esame, va precisato che i principi violati vengono in rilievo di per sé, cioè anche qualora la condotta dello Stato membro non rientri in alcun modo nella sfera di competenza dell'Unione europea o della Comunità europea. Occorre ricordare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, i principi generali del diritto comunitario concernenti il rispetto dei diritti umani fondamentali obbligano gli Stati membri, ma solo nell'ambito materiale già ricompreso nel diritto comunitario; per esempio, nel quadro della libera circolazione delle persone, o dei servizi, ecc. Se, al contrario, ci si trovi al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto comunitario, per esempio nei rapporti tra uno Stato e un proprio cittadino in una situazione puramente interna a tale Stato, i principi concernenti i diritti fondamentali, dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, non risultano più applicabili. Ciò implica, tra l'altro, che la stessa Corte di giustizia non abbia la competenza a pronunciarsi, in questi casi, sulla eventuale violazione dei diritti fondamentali da parte di uno Stato membro. Si può ricordare, tra le numerose sentenze, quella del 29 maggio 1997, C-299/95, *Kremzow*. In questo caso un cittadino austriaco, condannato da un giudice austriaco all'ergastolo, lamentava la violazione di alcuni diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte, adita in via pregiudiziale da un altro giudice austriaco, considerato che la situazione che veniva in rilievo era puramente interna all'Austria e non presentava alcun collegamento con le norme comunitarie relative, in particolare, alla libera circolazione delle persone, si dichiarò incompetente a pronunciarsi circa la conformità della normativa austriaca ai diritti fondamentali di cui pure essa assicura l'osservanza, in quanto tale normativa non rientrava nel campo di applicazione del diritto comunitario¹⁰.

Il procedimento previsto dall'art. 7 non è, invece, in alcun modo collegato (e condizionato) all'ambito di applicazione del diritto comunitario, in quanto i principi di cui all'art. 6, par. 1 vincolano per forza propria (in quanto stabiliti dal Trattato UE) gli Stati membri. La conseguenza è che tale procedimento è esperibile in tutti i settori dell'attività degli Stati, indipendentemente dalla loro attinenza a materie rientranti nel diritto comunitario (o in altri "pilastri" dell'Unione europea)¹¹. In altri termini, può dirsi che, per un verso, l'art. 6, par. 1 amplia gli

dell'Unione europea: le sanzioni agli Stati membri, in *Filosofia dei Diritti Umani – Philosophy of the Human Rights*, 1999, n. 1, p. 76 ss.; Id., *Le sanzioni dell'Unione europea contro la violazione dei principi fondamentali alla luce del Trattato di Nizza*, in Università degli Studi di Foggia. Facoltà di Giurisprudenza. Dipartimenti di Scienze giuridiche privatistiche e pubblicistiche, *Annali*, I, Milano, 2005, p. 1023 ss.; M. PEDRAZZI, *Articolo 7*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 26 ss.; H. SCHMITT VON SYDOW, *Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit: analyse de l'Article 7 du traité UE*, in *RDUE*, 2001, p. 285 ss.; B. NASCIBENE, *Articolo 7*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 58 ss.

¹⁰ *Raccolta*, p. I-2637 ss., punto 19.

¹¹ In questo senso si veda la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 15 ottobre 2003 in merito all'articolo 7 del Trattato sull'Unione europea (Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione), COM(2003)606 def., p. 5.

obblighi sostanziali degli Stati membri; per altro verso, l'art. 7 estende l'ambito di controllo, da parte dell'Unione europea, sulla condotta di tali Stati.

L'applicazione del procedimento, peraltro, è subordinata alla presenza di una data "soglia" della violazione: questa deve essere grave. In proposito ci sembra arduo tentare di precisare la nozione di gravità. La Commissione ha indicato, quali possibili criteri di valutazione, l'oggetto della violazione (il fatto, per esempio, che colpisca strati della popolazione più vulnerabili) e il suo risultato¹²; ma questi criteri, comunque non esaustivi, possono rappresentare solo una guida per l'accertamento delle istituzioni europee, le quali godono di un'inegabile, ampia discrezionalità. Tale discrezionalità, che mette in luce il carattere eminentemente politico del procedimento in esame, può prestarsi ad abusi nei riguardi dell'uno o dell'altro Stato membro, per motivazioni politiche "partigiane". È questo un rischio sul quale ha richiamato l'attenzione il Parlamento europeo, dichiarando di volere fondare il procedimento di cui all'art. 7 sul principio (tra gli altri) di pluralismo, in base al quale il suddetto procedimento non deve essere utilizzato scorrettamente come strumento di lotta politica, e su quello dell'uguaglianza tra gli Stati membri a prescindere, in particolare, dal loro indirizzo politico¹³.

La violazione, inoltre, deve essere persistente. Tale condizione, che si pone in rapporto cumulativo con la gravità, comporta, anzitutto, che il procedimento non è applicabile a singole violazioni, relative, per esempio, ai diritti fondamentali di specifici individui. La persistenza richiede una condotta continuata dello Stato membro, condotta che può essere di carattere positivo, quale un comportamento violento delle forze dell'ordine, o omissivo, come la mancata adozione di misure volte a contrastare fenomeni di razzismo. Si può pensare anche, con riguardo ai principi di diritto internazionale, a una guerra di aggressione, come quella scatenata dal Regno Unito (con gli Stati Uniti) contro l'Iraq nel 2003.

Il carattere continuato della violazione induce a limitare l'applicazione del procedimento alle violazioni che si prolungano nel tempo. Tuttavia non può escludersi che anche una violazione di carattere istantaneo, come, per esempio, l'emanazione di una legge¹⁴, possa rappresentare una violazione permanente, in quanto dia vita a una data situazione gravemente contraria ai principi di cui all'art. 6, par. 1. Si pensi a una legge che, in uno Stato membro, metta al bando l'opposizione, o abolisca l'indipendenza della magistratura ponendola alle dipendenze dell'esecutivo, o adotti misure per la difesa della razza! Al di fuori delle violazioni mediante atti legislativi, non ci sembra dubbio che un colpo di Stato, che elimini in un Paese le istituzioni democratiche e lo stato di diritto, produca immediatamente una violazione persistente (oltre che grave) dei principi in questione e possa, pertanto, provocare l'applicazione del procedimento di cui all'art. 7.

¹² *Ibidem*, p. 8.

¹³ Si veda la citata risoluzione del 20 aprile 2004, p. 409.

¹⁴ Cfr. P.-Y. MONJAL, *op. cit.*, p. 78.

Dal punto di vista procedurale, l'iniziativa della constatazione è affidata alla Commissione, nell'esercizio del suo ruolo istituzionale di "guardiana" sul rispetto dei Trattati, o, in alternativa, agli Stati membri in numero di almeno un terzo. Il procedimento, proprio in ragione della gravità della situazione da accertare e del pregiudizio politico che ricade sullo Stato "accusato", è circondato da numerose garanzie. La constatazione dell'esistenza di una violazione grave e persistente richiede, infatti, una concorde decisione sia dell'istituzione rappresentativa dei governi degli Stati membri, il Consiglio, che di quella, il Parlamento europeo, rappresentativa dei popoli di tali Stati. Formalmente, peraltro, la constatazione è un atto del Consiglio. La delicatezza e la rilevanza politica della decisione si manifestano nelle prescrizioni concernenti la composizione e la votazione del Consiglio: esso delibera a livello dei capi di Stato o di governo (non dei ministri) e all'unanimità (senza tenere conto, ovviamente, del voto dello Stato membro in questione)¹⁵. La partecipazione del Parlamento si esprime con il parere conforme, richiesto ai fini dell'adozione della constatazione del Consiglio. Con tale parere, in sostanza, il Parlamento approva il progetto di constatazione; negando tale parere esso preclude l'atto del Consiglio. Anche per l'emanazione del parere conforme del Parlamento europeo occorre una maggioranza qualificata, due terzi dei votanti che rappresentino la maggioranza dei membri del Parlamento¹⁶.

Il par. 2 prescrive, infine, il rispetto del principio del contraddittorio, stabilendo che la constatazione del Consiglio sia preceduta dall'invito al governo dello Stato in questione a presentare osservazioni, esercitando così il diritto di difesa.

3. La constatazione di una violazione grave e persistente di uno Stato membro non è, in principio, produttiva di effetti giuridici a carico di tale Stato, sicché è opinione diffusa che essa, piuttosto, abbia valore politico¹⁷. Tale affermazione è esatta, nella misura in cui la constatazione, di per sé, non determina sanzioni contro lo Stato in questione. La constatazione, peraltro, è produttiva anche di effetti propriamente giuridici.

In primo luogo, infatti, essa è condizione indispensabile affinché – come si vedrà – possa iniziare una seconda fase del procedimento, volta a irrogare allo Stato in questione sanzioni relative al suo *status* di membro. Essa, inoltre, produce talune conseguenze giuridiche al di fuori del procedimento regolato dall'art. 7. Una prima conseguenza si verifica nel quadro del Protocollo n. 29 sull'asilo per i cittadini degli Stati membri (allegato al Trattato di Amsterdam), il quale, in principio, dispone che la domanda di asilo presentata da un cittadino di uno Stato membro non può essere presa in esame in un altro Stato membro, poiché ogni Stato membro deve considerarsi "sicuro", sotto il profilo della tutela

¹⁵ In questo senso, espressamente, l'art. 7, par. 5, il quale aggiunge che le astensioni dei membri presenti o rappresentati non ostano al raggiungimento dell'unanimità.

¹⁶ Art. 7, par. 6.

¹⁷ Cfr. H. SCHMITT VON SYDOW, *op. cit.*, p. 308.

dei diritti e delle libertà fondamentali. Tale Protocollo pone un'eccezione al divieto, consentendo, quindi, la presa in esame della domanda di asilo, se il Consiglio abbia constatato una violazione grave e persistente, ad opera dello Stato membro del richiedente, dei principi di cui all'art. 6, par. 1; la presa in esame della domanda di asilo, anzi, è consentita anche quando sia stato solo avviato il procedimento di constatazione, sino al momento in cui il Consiglio abbia preso una decisione.

Un secondo effetto di natura giuridica derivante dalla constatazione in esame riguarda l'applicazione del mandato di arresto europeo. Ai sensi del considerando 10 della decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del 13 giugno 2002¹⁸, tenuto conto del fatto che il meccanismo del mandato di arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, l'attuazione di tale meccanismo può essere sospesa in caso di constatazione, da parte del Consiglio, di grave e persistente violazione dei principi di cui all'art. 6, par. 1 ad opera di uno Stato membro¹⁹.

4. Alla constatazione della grave e persistente violazione di uno o più principi di cui all'art. 6, par. 1 può seguire un'ulteriore decisione. Ai sensi del par. 3 della disposizione in esame, infatti, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata (escluso, sempre, il voto dello Stato interessato), può decidere di sospendere lo Stato responsabile dall'esercizio di alcuni dei diritti derivanti dal Trattato UE, fermi restando i suoi obblighi. Lo stesso par. 3 indica, a titolo esemplificativo, il diritto di voto dello Stato in questione in seno al Consiglio. Per altro verso, uniformandosi ad una tendenza oggi diffusa a livello internazionale volta a preservare le popolazioni civili dagli effetti di sanzioni dirette contro Stati, la norma in esame stabilisce che il Consiglio tenga conto delle possibili conseguenze della sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche.

In assenza di prassi in materia, in dottrina sono stati proposti vari esempi di diritti dello Stato "colpevole" suscettibili di essere sospesi. Si è così osservato che la sospensione potrebbe avere ad oggetto sia la partecipazione agli organi e alle istituzioni nelle quali lo Stato è rappresentato a livello governativo, che l'accesso alla Presidenza del Consiglio²⁰. Inoltre lo Stato potrebbe essere sospeso da diritti previsti nel secondo e nel terzo pilastro (rispettivamente, politica estera e di sicurezza comune e cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale),

¹⁸ In *GUCEL* 190, 18 luglio 2002, p. 1 ss.; per una rettifica del testo cfr. *GUUEL* 43, 8 febbraio 2003, p. 47.

¹⁹ La sospensione dell'applicazione del meccanismo del mandato d'arresto europeo, peraltro, non può essere decisa da un singolo Stato membro, ma dal Consiglio, in quanto il considerando in esame richiama espressamente "le conseguenze previste dal par. 2" (oggi par. 3) dell'art. 7, che – come si vedrà nel testo – permette al Consiglio di sospendere alcuni dei diritti dello Stato membro in questione. Sul punto cfr. I. VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 137 ss., in specie p. 152 s.

²⁰ Cfr. H. SCHMITT VON SYDOW, *op. cit.*, p. 310.

come il diritto ad essere informato e a partecipare alle consultazioni in sede di Consiglio in merito a qualsiasi questione di politica estera e di sicurezza di interesse generale (art. 16); il diritto ad essere informato su ogni questione di interesse comune dagli Stati membri che partecipano a organizzazioni o a conferenze internazionali alle quali lo Stato membro in questione non partecipa (art. 19, par. 2, comma 1); o il diritto ad essere informato dagli Stati membri che siano anche membri del Consiglio di sicurezza (art. 19, par. 2, comma 2)²¹; si può aggiungere il diritto di sottoporre al Consiglio questioni relative alla PESC e di presentare proposte allo stesso Consiglio. Per quanto riguarda la cooperazione in materia di polizia e giudiziaria può pensarsi ad una sospensione del diritto all'informazione e alla consultazione in seno al Consiglio (art. 34, par. 1), del diritto di iniziativa ai fini dell'adozione, da parte del Consiglio, degli atti contemplati dall'art. 34, par. 2, delle forme di cooperazione previste in materia di polizia dall'art. 30 e in materia penale dall'art. 31. La sospensione dei diritti, beninteso, può riguardare non solo quelli previsti direttamente dal Trattato UE, ma anche quelli attribuiti da atti emanati in base allo stesso: l'art. 7, par. 3, infatti, si riferisce espressamente ai diritti derivanti dall'*applicazione* del Trattato.

Un altro settore dal quale possono originare diritti suscettibili di sospensione è quello della cooperazione rafforzata, regolata, sul piano generale, dall'art. 43 e seguenti (titolo VII) e, con specifico riguardo alla PESC e alla cooperazione di polizia e giudiziaria, rispettivamente, dall'art. 27 A e seguenti e dall'art. 40 e seguenti. Uno Stato potrebbe essere sospeso dalla partecipazione ad una cooperazione rafforzata (sempre che sia possibile distinguere i diritti connessi a tale cooperazione, che sarebbero sospesi, dagli obblighi, che continuerebbero a vincolare lo Stato), così come dal diritto di chiedere l'instaurazione di una cooperazione rafforzata (articoli 27 C e 40 A), o di parteciparvi successivamente (art. 43 B, nonché articoli 27 E e 40 B). In conclusione, appare corretto ritenere che la sospensione tenda sostanzialmente a isolare lo Stato in questione²².

Al di là dei possibili esempi, nella individuazione dei diritti che possono essere sospesi un criterio fondamentale è l'obiettivo di sanzionare lo Stato, in quanto rappresentato dal suo governo, come risulta chiaramente dalla espressa riserva (per quanto possibile) dei diritti delle persone fisiche e giuridiche. È stata anche adombrata la possibilità che uno Stato per il quale sia stata constatata la violazione grave e persistente dei principi di cui all'art. 6, par. 1 possa persino essere espulso²³. Tenuto conto, peraltro, del chiaro disposto dell'art. 7, il quale si riferisce esclusivamente alla sospensione dei diritti dello Stato membro, facendo salvi sia quelli delle persone fisiche e giuridiche, sia gli obblighi dello Stato, non ci sembra ammissibile l'espulsione; questa, infatti (oltre a richiedere un'esplicita previsione), determinerebbe evidentemente la perdita dei diritti dei singoli, come l'estinzione degli obblighi dello Stato.

²¹ Cfr. G. M. RUOTOLO, *Sulla tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 79.

²² Cfr. G. M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, p. 80.

²³ Cfr. A. TIZZANO, *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1998, p. 13 ss., in specie p. 35.

5. In omaggio alla coerenza e alla continuità delle azioni svolte dall'Unione (art. 3, comma 1 del Trattato UE), la decisione di sospensione del voto adottata dal Consiglio produce un'automatica sospensione anche nell'ambito del Trattato CE (art. 309) e del Trattato CEEA (art. 204). Inoltre, ai sensi dell'art. 309 del Trattato CE (al quale corrisponde, in termini analoghi, il citato art. 204 del Trattato CEEA), sul presupposto, sempre, della originaria constatazione di una violazione grave e persistente e deliberando con la medesima procedura di cui all'art. 7, par. 3, del Trattato UE, il Consiglio può decidere di sospendere, per lo Stato membro in questione, alcuni dei diritti derivanti dall'applicazione del Trattato (art. 309, par. 2). Anche in questo caso la sospensione non incide sugli obblighi dello Stato e il Consiglio deve tenere conto delle possibili conseguenze sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche.

La sospensione dei diritti nell'ambito della Comunità europea può riguardare sia profili di carattere istituzionale che norme "materiali" del Trattato²⁴ (così come i diritti derivanti da atti normativi comunitari). Per quanto riguarda i primi può pensarsi, per esempio, al diritto dello Stato in questione di presentare proposte per la nomina dei membri della Commissione (art. 214, par. 2) o della Corte dei conti (art. 247, par. 3); di partecipare alla nomina dei giudici e degli avvocati generali della Corte di giustizia (art. 223) e dei giudici del Tribunale di primo grado (art. 224), nonché del Presidente, del Vicepresidente e degli altri membri del Comitato esecutivo della Banca centrale europea (art. 112, par. 2, lett. b). Al contrario, ci sembra da escludere, salvo casi eccezionali, che possa essere sospesa la partecipazione al Parlamento europeo dei parlamentari eletti nello Stato membro; una siffatta sospensione non colpirebbe, infatti, lo Stato quale rappresentato dal suo governo, ma il suo popolo²⁵. Analogamente deve negarsi, in principio, la possibilità di sospendere la partecipazione dei membri, spettanti allo Stato in questione, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, i quali rappresentano, i primi, le diverse articolazioni della società statale, i secondi, le collettività regionali e locali²⁶.

Più complessa è la individuazione dei diritti sospendibili tra quelli derivanti da norme materiali del Trattato CE o da atti comunitari emanati in base allo stesso. La previsione secondo la quale il Consiglio deve tenere conto delle conseguenze delle sue decisioni sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche (allo scopo, evidentemente, di salvaguardarli) rende infatti problema-

²⁴ Cfr. G. M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, p. 82.

²⁵ Cfr. H. SCHMITT VON SYDOW, *op. cit.*, p. 310. Eccezionalmente ci sembra che tale sospensione potrebbe essere decisa per i parlamentari europei dello Stato appartenenti alla forza politica che, detenendo il potere in detto Stato, si fosse resa responsabile della violazione grave e manifesta.

²⁶ Cfr. G. M. RUOTOLO, *op. loc. ult. cit.* Potrebbe tuttavia essere sospeso il diritto dello Stato di proporre i nominativi dei membri del Comitato economico e sociale (art. 259) e del Comitato delle Regioni (art. 263). In questo caso il Consiglio, cui spetta la loro nomina, potrebbe sceglierli autonomamente o, se del caso, a seguito di un contatto diretto con le categorie interessate o con gli enti regionali. Analogamente a quanto si è visto per il Trattato UE, anche nell'ambito del Trattato CE la sospensione potrebbe riguardare pure i diritti connessi alla cooperazione rafforzata (articoli 11 e 11 A).

tica la sospensione²⁷, che inevitabilmente finirebbe per incidere sulla posizione dei singoli, producendo effetti pregiudizievoli sul piano economico e sociale, se non persino sui diritti umani fondamentali. Si considerino, per esempio, le quattro libertà di circolazione, delle merci, persone, servizi e capitali, nelle quali si concretizza il mercato interno (art. 14, par. 2), ma che, per quanto riguarda la circolazione delle persone, è espressione anche del diritto di cittadinanza dell'Unione (art. 18). Si pensi, inoltre, alle sovvenzioni e ai finanziamenti in materia agricola e tramite i fondi strutturali, la cui sospensione, presumibilmente, sarebbe tale da pregiudicare diritti di persone fisiche e giuridiche²⁸. La sospensione di diritti nell'ambito del diritto materiale comunitario, dato l'intreccio pressoché inestricabile tra i diritti dello Stato e quelli degli individui, sembra destinata, quindi, ad operare in ipotesi del tutto eccezionali, solo quando la situazione sia talmente grave da rendere inevitabili misure sanzionatorie, sebbene suscettibili di incidere su diritti degli individui.

6. La sospensione dei diritti dello Stato responsabile di una violazione grave e persistente è una sanzione, per sua natura, temporanea. In proposito sia l'art. 7, par. 4 del Trattato UE che l'art. 309, par. 3 del Trattato CE prevedono espressamente che il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata (escluso il voto dello Stato in questione), possa decidere, successivamente all'adozione di misure di sospensione, di modificarle o revocarle per rispondere ai cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione.

Mentre la revoca delle misure sembra riferibile all'ipotesi in cui la violazione grave e persistente sia cessata, la modifica può rispondere a diverse finalità e può consistere nel loro aggravamento, per contrastare la persistente condotta dello Stato in questione, come nella riduzione, per incoraggiare uno Stato che dia segni di ravvedimento, o nel cambiamento della loro natura, per eliminare o ridurre eventuali conseguenze pregiudizievoli sui diritti delle persone ecc.

Si noti che l'art. 7 del Trattato UE non contempla, invece, la revoca della delibera di constatazione di una violazione grave e persistente adottata dal Consiglio ai sensi del par. 2. È, quindi, da ritenere che tale delibera sia implicitamente revocabile proprio con la decisione in esame, almeno quando preveda la revoca di tutte le misure già deliberate. Ciò comporta, peraltro, che la revoca sia adottabile con un atto del Consiglio a maggioranza qualificata²⁹, mentre – com'è noto – la constatazione va adottata dal Consiglio, nella composizione dei capi di Stato o di governo, all'unanimità, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo. L'asimmetria tra i due procedimenti, di adozione, da un lato, e di revoca (impli-

²⁷ Cfr. P-Y. MONJAL, *op. cit.*, p. 81.

²⁸ Cfr., ancora, P-Y. MONJAL, *op. loc. ult. cit.*; in senso diverso G. M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, p. 83.

²⁹ Quanto osservato presuppone che le decisioni adottate in base al par. 4 siano prese con la stessa procedura prevista dal par. 3 per la sospensione dei diritti. In questo senso cfr. H. SCHMITT VON SYDOW, *op. cit.*, p. 310 s.

cita), dall'altro, della constatazione di una violazione grave e persistente può peraltro spiegarsi. Data l'estrema gravità, sul piano politico, della constatazione in parola appare invero ragionevole predisporre un procedimento particolarmente rigoroso e garantista per la sua adozione, mentre tale esigenza non si pone per la revoca, che può quindi essere adottata con un procedimento più snello.

La delibera in esame è regolata in maniera identica nell'ambito del Trattato UE e in quello CE, ma si tratta di due delibere distinte e autonome. È quindi possibile, sebbene alquanto improbabile, che misure relative al Trattato UE siano revocate, mentre permangano quelle adottate nell'ambito comunitario, e viceversa. Peraltro, ove il Consiglio, ai sensi dell'art. 7, par. 4 del Trattato UE, revochi la sospensione del diritto di voto dello Stato in questione, la revoca ha effetti automatici anche nell'ambito del Trattato CE (come del Trattato CEEA), dato l'automatismo che sussiste in merito agli effetti di tale sospensione e dato che il Consiglio non dispone di un autonomo potere di sospensione dal voto ai sensi dei Trattati comunitari. Inoltre, se si ritiene che la revoca totale delle misure previste nell'ambito del Trattato UE implichi la revoca tacita della stessa constatazione di violazione grave e persistente, essa non può non determinare la perdita di efficacia anche delle misure comunitarie, in quanto fondate su detta constatazione.

7. Il procedimento in esame non è stato mai applicato³⁰. Tuttavia è ispirata alla necessità di salvaguardare i principi enunciati nell'art. 6, par. 1 la vicenda relativa all'“affare Haider”³¹. Il 31 gennaio 2000 la Presidenza portoghese, a

³⁰ Risulta, peraltro, che un avvocato spagnolo, Luis Bertelli Gálvez, ritenendosi vittima di una prolungata persecuzione da parte dei giudici spagnoli, con una lettera del 28 aprile 2003 chiese alla Commissione di dichiarare formalmente che la Spagna violava lo stato di diritto e di proporre al Consiglio, a norma dell'art. 7 del Trattato UE, di constatare la violazione dei principi di cui all'art. 6, par. 1 e di sospendere il diritto di voto di tale Stato nel Consiglio. Di fronte al rifiuto della Commissione di aderire alla richiesta, il Bertelli Gálvez proponeva al Tribunale di primo grado un ricorso in carenza contro la Commissione. Il Tribunale di primo grado, con ordinanza del 2 aprile 2004, T-337/03, *Luis Bertelli Gálvez c. Commissione, Raccolta*, p. II-1041 ss., ha dichiarato la propria incompetenza, in quanto l'art. 46 del Trattato UE non gli attribuisce alcuna competenza a conoscere degli atti adottati dalle istituzioni europee sulla base dell'art. 7 (sul punto cfr. oltre, par. 9). Di recente il procedimento contemplato dall'art. 7 del Trattato UE è stato richiamato, sia pure in termini generali, dal Parlamento europeo nell'importante risoluzione del 14 febbraio 2007 sul presunto uso dei Paesi europei da parte della CIA per il trasporto e la detenzione illegali di prigionieri; il Parlamento “ricorda i principi e i valori su cui è fondata l'Unione europea, così come sono sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, e invita le istituzioni europee ad assumersi le rispettive responsabilità alla luce dell'art. 7 del Trattato sull'Unione europea e di tutte le altre disposizioni pertinenti dei trattati e ad adottare tutte le misure adeguate alla luce delle conclusioni della sua commissione temporanea, dei fatti rivelati nel corso dell'inchiesta della commissione temporanea e di ogni altro elemento che possa emergere in futuro; si attende che il Consiglio eserciti pressioni su tutti i governi interessati affinché forniscano informazioni complete ed esaurienti al Consiglio e alla Commissione e, ove necessario, avvii audizioni e apra senza indugio un'indagine indipendente” (par. 228).

³¹ Sul caso Haider vi è un'amplia bibliografia; cfr., tra gli altri, R. CAFARI PANICO, *Le sanzioni europee nel caso Haider*, in *DPCE*, 2000, p. 201 ss. (e gli altri scritti ivi pubblicati di A. BARDU-

nome di quattordici Stati membri dell'Unione (tutti, cioè, meno l'Austria), comunicava al governo austriaco che, in caso di partecipazione a tale governo di un partito, il FPÖ, che, specie nelle dichiarazioni del suo leader Jörg Haider, risultava di ispirazione ultranazionalista e xenofoba, i suddetti quattordici Stati avrebbero adottato contro l'Austria alcune misure di carattere essenzialmente politico e diplomatico.

La Commissione, in una dichiarazione del 1° febbraio successivo, annunciava che avrebbe continuato a compiere il proprio dovere di custode del Trattato, menzionando particolarmente gli articoli 6 e 7. Il Parlamento europeo, richiamando anch'esso i suddetti articoli, il 3 febbraio accoglieva favorevolmente le posizioni espresse dalla Presidenza portoghese e dalla Commissione, invitando la Commissione e il Consiglio a essere pronti, in caso di violazione grave e persistente di qualunque Stato membro dei principi di cui all'art. 6, par. 1, ad avviare un'azione ai sensi dell'art. 7.

Le misure preannunciate nella dichiarazione del 31 gennaio 2000 della Presidenza portoghese erano effettivamente adottate, in quanto il FPÖ entrava nella coalizione del governo austriaco. La crisi apertasi con l'Austria si concludeva grazie a un rapporto di un "Comitato dei tre saggi", nominati su iniziativa della Presidenza portoghese. Tale rapporto dichiarava che il governo austriaco risultava rispettoso dei valori comuni europei, che i ministri del FPÖ, pur essendo quest'ultimo un partito populista di destra dalle caratteristiche estremiste, avevano generalmente operato nel rispetto degli impegni del governo; e che le misure dei quattordici Stati membri, sebbene utili per incoraggiare il governo e la società civile nella difesa dei valori europei, se mantenute sarebbero state nocive, perché avrebbero potuto suscitare sentimenti di reazione nazionalistica. Le misure erano quindi revocate il 12 settembre 2000.

8. L'affare Haider, nel quale, evidentemente, non vi era ancora alcuna violazione dei principi di cui all'art. 6, par. 1, ma solo una forte preoccupazione che essi venissero messi a repentaglio da un governo comprendente ministri del FPÖ, ha avuto una decisiva influenza sulla modifica dell'art. 7, suggerita dal rapporto dei tre saggi e realizzata con il Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 (in vigore dal 1° febbraio 2003). Quest'ultimo ha inserito un nuovo par. 1, il quale istituisce un procedimento di preallarme di carattere preventivo nel caso in

SCO, B. CARAVITA, P. CIARLO, M. LUCIANI, G. PITRUZZELLA, G. RECCHIA); L. S. ROSSI, *La "reazione comune" degli Stati membri dell'Unione europea nel caso Haider*, in *RDI*, 2000, p. 151 ss.; S. SCHUMAH, *Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett – Eine europa – und völkerrechtliche Analyse –*, in *EuR*, 2000, p. 819 ss.; D. VIGNES, *L'Autriche...? Hélas, c'était indispensable*, in *RMCUE*, 2000, p. 145 ss.; I. SIEDL-HOHENVELDERN, *The Boycott of Austria within the European Union Defence of European Values and Democracy*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 2004, p. 1425 ss.; M. RUOTOLO, *Le sanzioni dell'Unione europea*, cit., p. 1031 ss. La principale documentazione è pubblicata in *DUE*, 2000, p. 704 ss.

cui i principi enunciati dall'art. 6, par. 1, pur non essendo stati ancora violati, rischiano di essere violati³².

Più precisamente, la norma in parola dispone che, su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri (escluso lo Stato "accusato"), previo parere conforme del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro di uno o più principi di cui all'art. 6, par. 1 e rivolgergli le appropriate raccomandazioni.

Come si vede, anche questa delibera è soggetta a requisiti e maggioranze particolarmente rigorose³³. Inoltre è prescritto che, prima di procedere alla constatazione, il Consiglio ascolti lo Stato membro in questione (così garantendo il suo diritto di difesa). Il par. 1 contempla anche la possibilità che il Consiglio, seguendo l'esempio dell'affare Haider, chieda a delle personalità indipendenti di presentare entro un termine ragionevole un rapporto sulla situazione nello Stato membro in questione. Infine si precisa che lo stesso Consiglio verifica regolarmente se i motivi che hanno condotto a tale constatazione permangono validi.

La norma in esame "codifica" largamente l'esperienza maturata relativamente al caso Haider. Si stabilisce così una difesa più avanzata dei principi di libertà, democrazia, diritti dell'uomo e stato di diritto, per l'ipotesi in cui sussista un evidente rischio di violazione³⁴.

L'art. 7, par. 1 stabilisce che il Consiglio, accertato tale evidente rischio, può rivolgere allo Stato appropriate raccomandazioni. Il loro contenuto non è precisato, ma è da ritenere che esse debbano tendere ad eliminare il rischio e a prevenire la violazione dei principi di cui all'art. 6, par. 1. Esse, per un verso, sono quindi dirette a mettere in guardia lo Stato in questione, chiedendogli di recedere da certi comportamenti o di astenersi da adottare o applicare date leggi o atti; per altro verso, le raccomandazioni possono costituire anche uno strumento di assistenza allo Stato, in una fase critica sotto il profilo della tenuta democratica o del rispetto dei diritti fondamentali, aiutandolo a superare la crisi con l'indicazione

³² In argomento cfr. B. NASCIBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, in *DUE*, 2002, p. 192 ss.; A. L. VALVO, *Diritti e libertà fondamentali e sospensione degli Stati membri dell'Unione europea*, in *RCGI*, n. 15, 2003, p. 21 ss.; G. M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, p. 1038 ss.

³³ Ai sensi dell'art. 7, par. 6 anche le delibere del Parlamento europeo previste dal par. 1 sono adottate a maggioranza dei due terzi dei voti espressi, che rappresenti la maggioranza dei suoi membri.

³⁴ Secondo B. NASCIBENE, *op. ult. cit.*, p. 196, l'evidenza del rischio comporta che il procedimento in esame sia caratterizzato dal *periculum in mora* e dal *fumus boni juris*, tipici dei provvedimenti di urgenza e cautelari. Peraltro è stato osservato che l'espressione usata dall'art. 7, par. 1 contiene una contraddizione, poiché il rischio postula l'idea della eventualità, mentre l'evidenza richiama qualcosa di certo e manifesto; tale espressione, nella sua vaghezza, si presterebbe quindi ad arbitri da parte delle competenti istituzioni europee (cfr. A. L. VALVO, *op. cit.*, p. 25 s.). Per dei possibili esempi di rischio evidente di violazione grave cfr. la citata comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 15 ottobre 2003, p. 8.

di mezzi di promozione dei valori comuni contemplati dall'art. 6, par. 1 e l'offerta anche di forme di cooperazione volte a tale fine³⁵.

9. Il procedimento istituito dall'art. 7 del Trattato UE ha una natura eminentemente politica. In esso, infatti, le iniziative e le decisioni sono affidate alle istituzioni politiche dell'Unione, la Commissione, il Parlamento europeo e il Consiglio; quest'ultimo, in particolare, svolge un ruolo determinante ed esclusivo nel monitoraggio della situazione che abbia condotto a constatare un evidente rischio di violazione grave (art. 7, par. 1, comma 2) e nella gestione della fase sanzionatoria conseguente alla constatazione di una violazione grave e persistente, con l'adozione, la modifica e la revoca delle misure di sospensione dei diritti (art. 7, paragrafi 3 e 4 del Trattato UE e art. 309, paragrafi 2 e 3 del Trattato CE). Originariamente era escluso ogni controllo giudiziario sul procedimento contemplato dall'art. 7 del Trattato UE; ciò appariva invero deprecabile, considerati gli abusi che un procedimento che si svolge interamente sul piano politico può provocare e la possibilità che esso violi consolidati principi generali di diritto comunitario, come, per esempio, il principio di proporzionalità.

Il Trattato di Nizza ha istituito una sia pur limitata competenza della Corte di giustizia, estendendola a "unicamente le disposizioni di carattere procedurale di cui all'art. 7, per le quali la Corte delibera su richiesta dello Stato membro interessato, entro un termine di un mese a decorrere dalla data in cui il Consiglio procede alla constatazione prevista da detto articolo" (art. 46, lett. e del Trattato UE).

Si tratta di una competenza per vari aspetti estremamente ridotta. È anzitutto precluso alla Corte l'esame del merito, cioè della sussistenza o meno della violazione grave e persistente, così come dell'evidente rischio di violazione grave e della giustificazione, in specie sotto il profilo della proporzionalità, delle misure decise contro lo Stato in questione. La Corte può conoscere solo dei vizi procedurali, quali la mancata audizione dello Stato interessato, o la violazione delle regole di votazione nel Consiglio o nel Parlamento europeo, o la mancanza del parere conforme di quest'ultimo.

Non è chiaro, poi, quale tipo di competenza la Corte possa esercitare. Dalla formulazione dell'art. 46, lett. e) sembra, peraltro, che si tratti di una competenza di legittimità, in virtù della quale essa possa dichiarare l'invalidità delle delibere del Consiglio. Lo stesso art. 46, lett. e) sembrerebbe riferirsi solo alla "constatazione" (da intendersi come comprensiva di entrambe le constatazioni contem-

³⁵ Nella prassi neppure l'art. 7, par. 1 è stato sinora applicato, anche se un'iniziativa volta a promuovere la relativa procedura è stata assunta nel gennaio 2003 nel Parlamento europeo contro l'Italia, in merito alla situazione dei media e del mercato della pubblicità, che potrebbe comportare una violazione del diritto alla libertà di espressione. L'iniziativa, malgrado un'indagine affidata alla Commissione parlamentare per le libertà e i diritti dei cittadini e conclusa con il deposito, il 5 aprile 2004, della propria relazione, peraltro non ha avuto seguito. In proposito cfr. G. M. RUOTOLLO, *op. ult. cit.*, p. 1037 s.

plate dai paragrafi 1 e 2 dell'art. 7³⁶), dato che il termine di un mese prescritto per l'impugnazione decorre dalla stessa constatazione. È da ritenere, tuttavia, che siano impugnabili, entro un mese a decorrere dalla loro adozione, anche le delibere sospensive dei diritti (e quelle modificative), dato che l'art. 46, lett. e) estende la competenza della Corte alle disposizioni procedurali dell'intero art. 7.

La legittimazione a impugnare le delibere *ex art. 7* è riconosciuta al solo Stato interessato. Anche questo profilo della disposizione lascia perplessi; non si vede perché non possano rivolgersi alla Corte anche gli altri Stati, o le stesse istituzioni, quando, per esempio, una delibera non sia stata adottata per violazione delle regole di votazione. Anche le persone fisiche e giuridiche, i cui diritti potrebbero essere pregiudicati dalle decisioni adottate in base all'art. 7, avrebbero probabilmente meritato di vedersi riconosciuta una qualche forma di legittimazione a ricorrere alla Corte.

Va peraltro considerato che la Corte di giustizia riprende la pienezza delle sue competenze nel quadro dei Trattati comunitari, con riferimento all'interpretazione e all'applicazione dell'art. 309 del Trattato CE (e del corrispondente art. 204 del Trattato CEEA). Ora, è vero che la Corte può conoscere dei soli atti adottati nell'ambito comunitario, mentre, formalmente, è sottratta alla sua cognizione (se non nei limiti del citato art. 46, lett. e) il presupposto di tali atti, cioè la constatazione (e l'eventuale sospensione dal voto nel Consiglio) deliberata ai sensi dell'art. 7 del Trattato UE. Ma non ci parrebbe da escludere che la Corte, sia pure ai soli fini di decidere sulla legittimità delle misure comunitarie, possa valutare indirettamente anche il loro presupposto giuridico, cioè le constatazioni *ex art. 7* del Trattato UE³⁷; una tale valutazione avverrebbe, in ogni caso, ai soli fini della decisione sulle misure comunitarie, senza possibilità di annullare – in questa sede – le predette constatazioni. Merita, inoltre, di essere sottolineato che le competenze della Corte relative all'art. 309 del Trattato CE (e all'art. 204 del Trattato CEEA), come accennavamo, operano nella loro interezza. Ciò implica che, alle condizioni stabilite dall'art. 230, comma 4 del Trattato CE, anche persone fisiche o giuridiche siano legittimate ad impugnare le misure in parola e che, eventualmente, tali persone possano valersi della procedura pregiudiziale di cui all'art. 234 per provocare una pronuncia della Corte di giustizia sull'interpretazione e la validità delle misure adottate ai sensi dell'art. 309. Naturalmente una piena legittimazione ad impugnare le misure in questione spetta agli Stati membri e alle istituzioni in base all'art. 230.

In definitiva, operando sulle conseguenze che le decisioni adottate ai sensi dell'art. 7 del Trattato UE possono comportare sul piano comunitario, appare possibile recuperare, almeno in parte, il rispetto della *rule of law*, che è posta in ombra dal carattere marcatamente politico del procedimento esaminato.

³⁶ Cfr. B. NASCIBENE, *op. ult. cit.*, p. 197.

³⁷ Cfr. A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 35 s.; B. NASCIBENE, *Articolo 309*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 1382 ss., in specie p. 1384.

Carlo Focarelli

Il caso *Marković* dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione della “giurisdizione” ai sensi dell’art. 1 della Convenzione europea. – 3. La questione dell’applicabilità dell’art. 6, par. 1, della Convenzione europea. – 4. La questione del rispetto dell’art. 6, par. 1. – 5. I principi della giurisprudenza della Corte europea relativa al diritto di accesso al giudice. – 6. Osservazioni critiche sull’insindacabilità giurisdizionale degli atti di governo. – 7. Conclusione.

1. Il 14 dicembre 2006 la Corte europea dei diritti umani, nella composizione di Grande Camera¹, ha emesso la sentenza nel caso *Marković e altri c. Italia*². Il caso è correlato al caso *Banković e altri c. Belgio e altri 16 Stati contraenti*³, vertendo sugli stessi fatti, anche se le questioni giuridiche nei due casi differiscono in ragione delle diverse vie giudiziarie seguite.

Nel caso *Banković* infatti le vittime avevano tentato di ottenere dalla Corte europea dei diritti umani la condanna di tutti gli Stati membri della NATO (e parti contraenti della Convenzione europea) per il bombardamento di un edificio della stazione televisiva pubblica RTS a Belgrado il 23 aprile 1999. Come è noto, la Corte europea aveva respinto il ricorso escludendo che il bombardamento fosse avvenuto “entro la giurisdizione” degli Stati accusati, come richiesto dall’art. 1 della Convenzione europea, ed evitando così di entrare nel merito della questione e verificare in particolare se fosse stato violato il diritto alla vita sancito dall’art. 2 della Convenzione⁴.

¹ La declinatoria di competenza alla Grande Camera era stata disposta il 28 aprile 2005 da una Camera della Prima Sezione senza incontrare obiezioni delle parti ai sensi dell’art. 30 della Convenzione europea (cfr. par. 4 della sentenza del 14 dicembre 2006 qui commentata).

² Reperibile *on line* sul sito cmiskp.echr.coe.int.

³ Reperibile *ivi* sia in inglese che in francese.

⁴ In dottrina v. P. PUSTORINO, *Responsabilità degli Stati della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per il bombardamento NATO alla radio-televisione serba*, in *CI*, 2001, pp. 695-704; G. COHEN-JONATHAN, *La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *RTDH*, 2002, pp. 1069-1082; D. I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Cuestiones relacionadas con la jurisdicción de los Estados partes en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales a propósito de actos extraterritoriales*, in *ADE*, 2002, pp. 177-200; G. RESS, *Problems of Extraterritorial Human Rights Violations – The Jurisdiction of the*

Nel caso *Marković* altri parenti delle vittime del medesimo incidente avevano invece adito i tribunali italiani per ottenere la condanna al risarcimento dei danni da parte dello Stato italiano ai sensi dell'art. 2043 c.c., e di altre norme sia italiane che internazionali, per il fatto di aver indirettamente partecipato al bombardamento – quindi con il suo consenso e supporto – fornendo la base da cui era decollato l'aereo da cui era partito il missile che aveva colpito la stazione RTS. Il Tribunale di Roma aveva quindi chiesto il regolamento di giurisdizione alla Corte di Cassazione, la quale, a sezioni unite, con ordinanza dell'8 febbraio 2002 n. 8157 aveva negato la giurisdizione sulla base della natura “politica” dell'atto contestato all'Italia, in quanto “atto di guerra”, e sostenendo che le norme internazionali applicabili nella specie regolavano rapporti soltanto “tra Stati” e non erano direttamente invocabili da individui⁵.

È solo dopo la sentenza della Corte di Cassazione italiana che nel caso *Marković* i congiunti delle vittime avevano presentato un ricorso alla Corte europea dei diritti umani per ottenere la condanna dello Stato italiano per violazione, tra l'altro, del diritto di accesso al giudice sancito implicitamente, secondo una giurisprudenza costante della Corte europea risalente alla sentenza *Golder c. Regno Unito* del 21 febbraio 1975⁶, dall'art. 6, par. 1, della Convenzione.

European Court of Human Rights, in *IYIL*, 2002, pp. 51-67; ID., *State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations*, in *ZES*, 2003, pp. 73-89; B. SCHÄFER, *Der Fall Banković oder Wie eine Lücke geschaffen wird*, in *Menschen Rechts Magazin*, 2002, pp. 149-163; S. WILLIAMS, *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, in *EHRLR*, 2002, pp. 775-781; K. ALTIPARMAK, *Banković: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2004, pp. 213-251; H.-J. HEINTZE, *Las Palmeras v. Bamaca-Velasquez und Banković v. Loizidou?*, in *Humanitäres Völkerrecht*, 2005, pp. 177-182; E. ROXSTROM, *The NATO Bombing Case (Banković et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection*, in *Boston University International Law Journal*, 2005, pp. 55-136; J. WILLIAMS, *Al Skeini: A Flawed Interpretation of Banković*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2005, pp. 687-729; G. LOUKAIDES, *Determining the Extra-territorial Effect of the European Convention*, in *EHRLR*, 2006, pp. 391-407.

⁵ Per la precisione la Corte di Cassazione aveva ritenuto che “la scelta di una modalità di conduzione delle ostilità rientra tra gli atti di Governo”, atti per i quali non può configurarsi “una situazione di interesse protetto” a che assumano un determinato contenuto e che sono quindi sottratti al sindacato giurisdizionale. Secondo la Corte, i trattati che disciplinano la condotta delle ostilità, in particolare il I Protocollo di Ginevra dell'8 giugno 1977 sui conflitti armati internazionali e la Convenzione europea sui diritti umani, proteggono bensì i civili in caso di attacchi, ma “in quanto norme di diritto internazionale regolano rapporti tra Stati” prevedendo essi stessi i procedimenti per accertare le violazioni e indicando al riguardo le corti internazionali competenti, mentre le norme interne che le hanno rese esecutive non consentono “alle persone offese di chiedere allo Stato riparazione dei danni loro derivati dalla violazione delle norme internazionali”. La sentenza può leggersi in *RDI*, 2002, pp. 800-803. In dottrina v. N. RONZITTI, *Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims*, in *IYIL*, 2002, pp. 39-50; ID., *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *RDI*, 2002, pp. 682-690; M. FRULLI, *When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Marković Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 406-427; G. C. BRUNO, *Nota a Corte di Cassazione (Sez. I civile), 5 June 2002, No. 8157, order Marković*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2002, pp. 553-555 (dello stesso autore v. il commento pubblicato in *IYIL*, 2002, pp. 292-296).

⁶ Cfr. par. 36 della sentenza. Cfr. la sentenza *Marković*, par. 92.

Si noterà che mentre nel caso *Banković* la questione riguardava proprio l'atto del bombardamento e la conseguente asserita violazione (tra l'altro) del diritto alla vita sancito dall'art. 2 della Convenzione, nel caso *Marković* la questione riguardava la sentenza definitiva di diniego della giurisdizione – in ordine al risarcimento dei danni provocati dal bombardamento – emessa dalla Corte di Cassazione italiana. In una decisione del 12 giugno 2003 infatti la Prima Sezione della Corte europea aveva dichiarato il ricorso nel caso *Marković* parzialmente irricevibile nella parte in cui si lamentava la violazione degli articoli 2, 10 e 17 della Convenzione⁷.

2. Nella parte della sentenza relativa alla ricevibilità, se si trascura il punto (di scarso rilievo ai nostri fini) in cui la Corte ha respinto l'obiezione del Governo italiano secondo cui i rimedi interni non sarebbero stati esauriti⁸, è da segnalare la parte in cui la Corte affronta il problema della "giurisdizione" ai sensi dell'art. 1 della Convenzione⁹.

Il Governo italiano aveva invitato la Corte ad applicare la giurisprudenza *Banković* e concludere che una persona che non si trova entro la giurisdizione dello Stato accusato, come appunto affermato nella sentenza *Banković* rispetto al bombardamento della stazione RTS, non ha un diritto di accesso al giudice ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione. Inoltre, secondo il Governo italiano, il bombardamento avrebbe dovuto considerarsi compiuto dalla NATO, né sarebbero esistiti elementi per sostenere una complicità dell'Italia, la quale non avrebbe partecipato alle decisioni concrete sugli obiettivi da colpire con i *raids* aerei. A ciò il Governo italiano aggiungeva che un diritto di carattere sostanziale al risarcimento non sussisteva nell'ordinamento italiano e che doveva quindi considerarsi assurdo pensare che lo Stato italiano fosse tenuto a garantire un diritto di carattere processuale, come quello di accesso al giudice, al fine di far valere un diritto sostanziale inesistente¹⁰. Secondo i ricorrenti invece la sentenza della Corte di Cassazione ricadeva indiscutibilmente nella giurisdizione dello Stato italiano¹¹.

⁷ Il testo francese è reperibile *on line* sul sito *cmiskp.echr.coe.int*. I ricorrenti avevano tentato di differenziare il loro caso da *Banković* sostenendo, anzitutto, che il reato (ossia l'omicidio derivante dal bombardamento) doveva intendersi commesso in Italia ai sensi dell'art. 6 c.p. italiano, ciò che avrebbe ricondotto il bombardamento alla "giurisdizione" italiana ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea; e, in secondo luogo, che lo stesso Stato italiano si era difeso nel caso *Banković* sostenendo che non erano stati esauriti i ricorsi interni, con ciò ammettendo la sussistenza di principio della giurisdizione italiana, ricorsi che al contrario nel caso *Marković*, dopo la sentenza definitiva della Corte di Cassazione, risultavano chiaramente esauriti. La Corte aveva risposto che gli argomenti dei ricorrenti non permettevano di evitare la giurisprudenza *Banković*, affermando la ricevibilità del ricorso soltanto per la violazione degli articoli 6, par. 1, e 13 e ritenendo il secondo, nella misura in cui concerneva il diritto di accesso al giudice e in linea con una consolidata giurisprudenza, assorbito dal primo.

⁸ Cfr. paragrafi 32-36 della sentenza.

⁹ Cfr. paragrafi 37-56 della sentenza.

¹⁰ Cfr. paragrafi 37-41 della sentenza.

¹¹ Cfr. paragrafi 42-43 della sentenza.

È chiaro che mentre il Governo italiano riferiva la questione della “giurisdizione” ai sensi dell’art. 1 della Convenzione al bombardamento, nei termini in cui la stessa si era posta nel caso *Banković*, i ricorrenti la riferivano piuttosto alla sentenza della Corte di Cassazione. E in effetti la questione posta alla Corte europea nel caso *Marković*, dopo la dichiarazione di irricevibilità per le altre questioni¹², non riguardava affatto il bombardamento in sé – e la sua eventuale violazione di diritti sanciti dalla Convenzione, come il diritto alla vita –, bensì proprio e soltanto la sentenza della Corte di Cassazione nella misura in cui questa aveva escluso la giurisdizione italiana e così violato, secondo i ricorrenti, il diritto di accesso al giudice sancito dall’art. 6, par. 1, della Convenzione¹³.

La Corte ha anzitutto richiamato e confermato la sentenza *Banković*, così come del resto aveva già fatto con la decisione di parziale irricevibilità emessa con riguardo agli articoli 2, 10 e 17 della Convenzione¹⁴. Con riguardo invece alla doglianza relativa all’art. 6, par. 1, la Corte ha precisato che il Governo italiano aveva ammesso, nel caso *Banković*, che erano disponibili ricorsi dinanzi ai giudici italiani e che proprio per tale ragione non risultavano esaurite in quel caso le vie giudiziarie interne e il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile¹⁵. La Corte ha poi respinto l’obiezione italiana e britannica secondo la quale l’inizio del procedimento giudiziario in Italia successivamente al bombardamento non avrebbe comportato per lo Stato italiano alcun obbligo, ben potendo invece, secondo la Corte, tale obbligo sussistere, alla stregua di qualsiasi altro procedimento giudiziario nazionale, qualora l’ordinamento giuridico dello Stato accusato riconosca un diritto di azione e il diritto (sostanziale) invocato nel procedimento soddisfi *prima facie* i requisiti dell’art. 6 della Convenzione¹⁶. La Corte ha quindi affermato che se un procedimento civile viene attivato dinanzi ai giudici di uno Stato contraente, quest’ultimo ha, ai sensi dell’art. 1 della Convenzione, l’obbligo di rispettare i diritti sanciti dalla Convenzione stessa poiché in tal caso indiscutibilmente esiste, a prescindere dall’esito del procedimento, un *jurisdictional link* ai fini dell’art. 1¹⁷. La conclu-

¹² Cfr. *supra*, nota 7.

¹³ Un analogo equivoco si desume anche dalla posizione del Regno Unito e della Serbia e Montenegro, intervenuti nel procedimento ai sensi dell’art. 36 della Convenzione europea. Il Regno Unito aveva ribadito la sentenza *Banković*, nonché la decisione di inammissibilità sul caso *Marković* (*supra*, nota 7), affermando che se il bombardamento era fuori della “giurisdizione” dello Stato italiano, l’Italia non aveva alcun obbligo di rispettare l’art. 6, par. 1. Il fatto poi che i congiunti delle vittime fossero entrati in territorio (e quindi anche entro la “giurisdizione”) italiana non sarebbe stato sufficiente per far sorgere la giurisdizione retroattivamente ad un evento passato (paragrafi 45-48). Anche la Serbia e Montenegro, pur opponendosi alla posizione italiana e britannica, aveva insistito sul fatto che l’aereo autore del bombardamento era decollato dal territorio italiano e che quindi, diversamente dal caso *Banković*, esistesse un *jurisdictional link* tra il bombardamento e lo Stato, nonostante le conseguenze si fossero verificate esclusivamente in Serbia, tale da imporre una conclusione diversa da quella accolta nel caso *Banković* (par. 44).

¹⁴ Cfr. paragrafi 49-51 della sentenza.

¹⁵ Cfr. par. 52 della sentenza.

¹⁶ Cfr. par. 53 della sentenza.

¹⁷ Cfr. par. 54 della sentenza.

sione della Corte è dunque che esisteva un “nesso giurisdizionale” *ex art. 1* della Convenzione tra lo Stato italiano e i ricorrenti proprio in quanto essi avevano adito i tribunali civili italiani¹⁸.

In sostanza, la Corte europea ha correttamente identificato la questione, nella misura in cui ad essere lamentata era la violazione del diritto di accesso al giudice, chiedendosi se la sentenza della Corte di Cassazione – la quale aveva impedito, secondo i ricorrenti, il diritto di accesso al giudice per la valutazione del merito – e non il bombardamento in sé ricadesse nella “giurisdizione” italiana ai sensi dell’art. 1 della Convenzione, ed ha, altrettanto correttamente, risposto in modo affermativo.

3. La Corte è quindi passata ad esaminare se l’art. 6, par. 1, fosse applicabile. Come è noto, secondo la giurisprudenza della Corte europea affinché l’art. 6, par. 1, sia applicabile è necessario che esista una “controversia genuina e seria” su un “diritto” del ricorrente che sia “difendibile” (*arguable/défendable*) alla stregua dell’ordinamento del foro e che risulti “di carattere civile”¹⁹.

Nel caso *Marković*, il Governo italiano aveva sostenuto che l’art. 6, par. 1, non era applicabile dal momento che la questione era “politica” e che nell’ordinamento italiano non esisteva il “diritto” di carattere civile invocato dai ricorrenti, cioè il diritto al risarcimento²⁰, e ciò più precisamente per tre ragioni: anzitutto, perché il diritto al risarcimento per danni causati da un atto di guerra non era previsto né dal diritto italiano né dal diritto internazionale vincolante l’Italia; in secondo luogo, perché il bombardamento era imputabile alla NATO anziché allo Stato italiano; e, infine, perché la dottrina dell’“atto di Stato” precludeva ogni azione contro lo Stato²¹. I ricorrenti avevano obiettato che era stata proprio la Corte di Cassazione con la sentenza contestata ad averli privati del diritto di accesso ad un giudice che valutasse la questione del loro diritto al risarcimento, quest’ultimo diritto espressamente previsto in generale dall’art. 2043 c.c. e quindi in realtà perfettamente “difendibile” nell’ordinamento italiano²². Si noti che le parti erano d’accordo sul carattere “civile” del diritto al risarcimento, come del resto risulta da una giurisprudenza pacifica²³, divergendo piuttosto sulla sua esistenza “difendibile” nell’ordinamento italiano.

La Corte, ritenendo che la questione non appariva manifestamente infondata e dichiarandola pertanto ricevibile, ha proceduto all’esame del merito²⁴ ed ha così affermato che sin dall’inizio esisteva una “controversia seria e genuina”

¹⁸ Cfr. par. 55 della sentenza.

¹⁹ Per questa giurisprudenza v. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Contributo alla determinazione dell’ambito di applicazione dell’art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001, p. 79 ss. Cfr. la sentenza *Marković*, par. 93.

²⁰ Cfr. paragrafi 57-58 della sentenza.

²¹ Cfr. paragrafi 58-59, nonché paragrafi 67-70, della sentenza.

²² Cfr. paragrafi 60-61, nonché paragrafi 71-78, della sentenza.

²³ Cfr. C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 88-90.

²⁴ Cfr. par. 65 della sentenza.

sull'esistenza "difendibile" nell'ordinamento del foro del diritto al risarcimento invocato dai ricorrenti trattandosi di un diritto riconosciuto dall'art. 2043 c.c.²⁵. La Corte ha quindi concluso che l'art. 6 era applicabile.

Nonostante il criterio della sussistenza di un "diritto difendibile" da far valere in giudizio nell'ordinamento dello Stato accusato si presti a diverse critiche²⁶, ci sembra indiscutibile che i ricorrenti avessero il diritto di accedere ai giudici italiani, e cioè appunto che l'art. 6, par. 1, fosse applicabile. Non c'è dubbio infatti, in particolare per le ragioni che subito vedremo occupandoci del merito della questione, che la loro richiesta non fosse manifestamente priva di base normativa nell'ordinamento italiano.

4. Dopo aver affermato che l'art. 6 era applicabile la Corte è passata a verificare se tale disposizione fosse stata violata.

Da parte sua, il Governo italiano aveva negato che l'art. 6, anche a supporlo applicabile, fosse stato violato in quanto la restrizione al diritto di accesso al giudice stabilita dalla Corte di Cassazione con la sua statuizione del difetto di giurisdizione era perfettamente compatibile sia con il principio di legalità che con il principio della separazione dei poteri ed inoltre era proporzionata allo scopo legittimo da essa perseguito. Infatti, il diritto di accesso al giudice non sarebbe illimitato e potrebbe essere ristretto dallo Stato in virtù del suo margine di apprezzamento. Nella specie il difetto di giurisdizione non valeva per qualsiasi richiesta di risarcimento rivolta allo Stato in quanto tale o ad altre autorità pubbliche, ma soltanto per una categoria circoscritta di atti relativi all'esercizio del potere dello Stato, come lo stesso potere legislativo, operante al "più alto livello" e quindi agli atti "politici", concernenti lo Stato come entità unitaria di fronte ai quali i giudici non possono essere considerati come "terzi"²⁷. Il fatto che atti politici, quali tipicamente gli atti di guerra, siano esclusi dal sindacato giurisdizionale deriverebbe anche dal principio di separazione dei poteri e dall'esigenza che i giudici, che "per definizione non hanno una legittimazione democratica", vengano coinvolti nel compito di identificare gli obiettivi di interesse generale o di sindacare sulla scelta dei mezzi da impiegare per raggiungere tali obiettivi, e in generale di decidere sulla politica nazionale²⁸. La salvaguardia della separazione dei poteri avrebbe del resto, secondo il Governo italiano, manifestato lo scopo legittimo della restrizione, rispetto al quale la sentenza della Corte di Cassazione appariva proporzionata in quanto non precludeva l'accesso ai tribunali a qualsiasi azione civile, né conferiva un'immunità giurisdizionale ad ampi gruppi di persone, bensì la circoscriveva ad una categoria rigorosamente ristretta di azioni civili contro lo Stato. Né poteva dubitarsi, ancora secondo il Governo italiano, che lo scopo legittimo della restrizione non poteva essere realizzato che escludendo la giurisdizione²⁹.

²⁵ Cfr. par. 101 della sentenza.

²⁶ Cfr. C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 293-299.

²⁷ Cfr. par. 80 della sentenza.

²⁸ Cfr. par. 81 della sentenza.

²⁹ Cfr. par. 82 della sentenza. La posizione italiana è stata difesa dal Regno Unito con argomentazioni in parte diverse. Secondo il Regno Unito la legislazione di uno Stato contraente che

I ricorrenti avevano replicato che avendo instaurato un giudizio per il risarcimento dei danni non patrimoniali causati da un “atto illecito”, essi avevano indubbiamente un diritto nell’ordinamento italiano sul quale i giudici italiani dovevano pronunciarsi. Inoltre l’art. 6 c.p. italiano avrebbe ammesso la giurisdizione italiana anche se l’atto contestato fosse stato compiuto in Italia soltanto in parte, come risultava dal decollo in Italia dell’aereo che aveva bombardato la stazione RTS. In realtà, secondo i ricorrenti, il bombardamento non poteva qualificarsi come un atto di governo sottratto al controllo giurisdizionale, e né il diritto italiano (come avrebbero attestato una serie di sentenze della stessa Corte di Cassazione da essi richiamate) né il diritto internazionale vincolante l’Italia impedivano il diritto di accesso al giudice per il risarcimento di danni causati da un atto dell’autorità statale anche quando tale atto derivasse da una decisione politica³⁰.

La Corte, dopo aver ripreso analiticamente la questione dell’applicabilità dell’art. 6, sia in termini generali che rispetto al caso specifico³¹, ha affermato che ai ricorrenti non era stato precluso in pratica di rivolgersi ai giudici nazionali³² e che la Corte di Cassazione aveva ritenuto del tutto chiaro che la giurisdizione dei giudici italiani non sussistesse³³. Secondo la Corte europea il ragionamento della Corte di Cassazione non sembrava viziato da errori interpretativi, sia riguardo al diritto italiano che al diritto internazionale invocato dai ricorrenti, in particolare con riferimento al carattere inter-statale delle disposizioni del I Protocollo di Ginevra dell’8 giugno 1977 sui conflitti armati internazionali e all’inapplicabilità nella specie dell’art. VIII, par. 5, della Convenzione di Londra, e appariva nei suoi effetti del tutto compatibile con la Convenzione europea³⁴.

esclude il diritto al risarcimento nei confronti dello Stato non è contraria all’art. 6, par. 1, della Convenzione europea (par. 86), anche perché leggi del genere sono comuni tra gli Stati membri del Consiglio d’Europa e in altri Stati (par. 87). In ogni caso, una norma nazionale che escludesse la giurisdizione in tali casi sarebbe una norma sostanziale, cioè una norma che esclude l’esistenza del diritto al risarcimento, non una norma processuale che preclude di rivolgersi ai giudici nonostante che il diritto al risarcimento sussista; altrimenti la Corte europea creerebbe nell’ordinamento del foro un diritto che in realtà non esiste, ciò che non può fare secondo la sua stessa giurisprudenza (par. 88). Analogamente all’Italia, il Regno Unito ha poi sostenuto che una norma che limiti la giurisdizione nei confronti dello Stato sarebbe ragionevole e proporzionata (par. 89) allo scopo legittimo di salvaguardare la separazione dei poteri in uno Stato democratico (par. 90).

Al contrario la Serbia e Montenegro ha sostenuto che il principio del risarcimento dei danni è di carattere fondamentale e risale al principio romanistico *neminem ledere* riconosciuto come principio generale dai trattati internazionali delle nazioni civili (par. 83). Inoltre, la dottrina dell’“atto di governo”, sottratto al sindacato giurisdizionale, corrisponderebbe al principio della “ragion di Stato” e renderebbe impossibile qualsiasi protezione dei diritti umani (par. 85). In quest’ultimo senso è nettamente formulata anche l’opinione dissidente del giudice italiano Zagrebelsky, condivisa dai giudici Zupančić, Jungwiert, Tsatsanikolovska, Ugrehelidze, Kovler e David Thór Björgvinsson.

³⁰ Cfr. par. 68 della sentenza.

³¹ Cfr. paragrafi 93-102 della sentenza.

³² Cfr. par. 105 della sentenza.

³³ Cfr. par. 106 della sentenza.

³⁴ Cfr. paragrafi 109 e 112 della sentenza. Cfr. in dottrina N. RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, cit., pp. 684 e 686-687.

Inoltre, il difetto di giurisdizione rilevato dalla Corte di Cassazione non equivaleva ad un'immunità giurisdizionale, rinunciabile dallo Stato, in quanto poteva essere sollevato d'ufficio dai giudici³⁵. La conseguenza, secondo la Corte, è che il diritto (sostanziale) al risarcimento non poteva considerarsi esistente nel foro³⁶. Del resto, ad avviso della Corte, quando la questione è "politica" accade che un diritto sostanziale altrimenti esistente cessa di esistere³⁷. La Corte ha poi precisato che la dichiarazione del difetto di giurisdizione non ha fatto altro che delimitare i poteri di sindacato giurisdizionale degli atti di politica estera, quali gli atti di guerra, e cioè "the principles governing the substantive right of action in domestic law"³⁸. La Corte ha concluso che i ricorrenti non erano stati privati del loro diritto ad una decisione nel merito delle loro pretese in quanto queste ultime erano state esaminate in modo ragionevolmente corretto dai giudici italiani alla luce dei principi giuridici del diritto italiano sulla responsabilità civile³⁹ e che quindi l'art. 6 non fosse stato violato⁴⁰.

5. Per comprendere il problema del rispetto del diritto di accesso al giudice è opportuno riassumere sinteticamente i principi che di tale diritto la Corte ha dato nella sua giurisprudenza, soprattutto con riguardo ai limiti.

Sin dalla sentenza *Golder*, il diritto di accesso al giudice è sempre stato considerato dalla Corte come suscettibile – entro il "margine di apprezzamento" riconosciuto agli Stati⁴¹ – di restrizioni statali che perseguissero uno scopo legittimo e che fossero proporzionate a tale scopo⁴². In principio il diritto di accesso al giudice è inteso ad ottenere un'udienza e una decisione giudiziale, che può anche essere preclusiva dell'esame del merito, ad esempio per difetto di giurisdizione (proprio come nel caso *Marković*) o di una condizione di procedibilità o per incompetenza del giudice adito. La Corte ha sempre ribadito che deve trattarsi di un diritto "effettivo"⁴³, traendone come conseguenza che tuteli anche il giudicato⁴⁴ e persino l'esecuzione delle decisioni giudiziali⁴⁵ e che implichi il riconoscimento dell'assistenza legale⁴⁶. Il diritto di accesso al giudice va riconosciuto inoltre soltanto per far valere diritti sostanziali già esistenti nell'ordina-

³⁵ Cfr. paragrafi 110 e 113-114 della sentenza.

³⁶ Cfr. par. 111 della sentenza.

³⁷ Cfr. par. 112 della sentenza.

³⁸ Cfr. par. 114 della sentenza.

³⁹ Cfr. par. 115 della sentenza.

⁴⁰ Cfr. par. 116 della sentenza.

⁴¹ Cfr. la sentenza del 28 maggio 1985 nel caso *Ashingdane c. Regno Unito*, par. 57.

⁴² Cfr. la sentenza del 24 ottobre 1979 nel caso *Winterwerp c. Paesi Bassi*, par. 75; e la sentenza del 14 dicembre 1999 nel caso *Khalfaoui c. Francia*, par. 36.

⁴³ Cfr. la sentenza del 9 ottobre 1979 nel caso *Airey c. Irlanda*, par. 24.

⁴⁴ Cfr. la sentenza del 28 ottobre 1999 nel caso *Brumarescu c. Romania*, par. 62.

⁴⁵ Cfr. la sentenza del 28 luglio 1999 nel caso *Immobiliare Saffi c. Italia*, par. 63; la sentenza del 14 dicembre 1999 nel caso *Antonakopoulos, Vortsela e Antonakopoulou c. Grecia*, par. 26; e la sentenza del 20 luglio 2000 nel caso *Antonetto c. Italia*, par. 29.

⁴⁶ Cfr. la sentenza nel caso *Airey*, paragrafi 24-26.

mento dello Stato accusato. Se è chiaro che soltanto per un diritto che esiste può essere garantita la possibilità di farlo valere in giudizio e se è chiaro che la Corte europea non può creare diritti sostanziali negli ordinamenti interni degli Stati contraenti, è però altrettanto chiaro che in diverse occasioni è difficile, se non impossibile, stabilire se un ostacolo (non importa se giuridico o di fatto) all'accesso ad un giudice costituisca una privazione del diritto sostanziale da far valere o uno sbarramento processuale ai giudici relativo ad un diritto che, sul piano sostanziale, continua ad esistere⁴⁷.

Quanto ai limiti del diritto di accesso al giudice, il problema si è posto per l'immunità giurisdizionale prevista dal diritto interno a favore di agenti di polizia contro azioni risarcitorie per azioni condotte nell'esercizio delle loro funzioni⁴⁸, o di ispettori incaricati di svolgere indagini amministrative sulla correttezza di operazioni finanziarie e commerciali⁴⁹, o di membri del Parlamento⁵⁰; ovvero per l'immunità giurisdizionale prevista dal diritto internazionale a favore di Organizzazioni internazionali⁵¹ o di Stati stranieri⁵² o di organi di Stati stranieri⁵³. Altri limiti ammessi dalla Corte europea sono i termini di prescrizione per la proposizione di una domanda civile⁵⁴, i depositi cauzionali imposti a garanzia di eventuali condanne al pagamento di somme di danaro dovute alla pretestuosità di una domanda giudiziale⁵⁵, le incertezze esistenti nel sistema normativo dello Stato accusato relative alla competenza dei giudici ordinari o dei giudici amministrativi⁵⁶ e gli ostacoli o condizioni poste alle impugnazioni quali le autorizzazioni all'appello⁵⁷, la *cautio iudicatum solvi*⁵⁸ e la costituzione in carcere di un latitante⁵⁹.

6. Alla luce di quanto precede, la questione se l'art. 6, par. 1, fosse stato violato a nostro giudizio avrebbe dovuto essere risolta seguendo un ragionamento diverso e per arrivare alla conclusione opposta.

⁴⁷ Cfr. C. OVEY, R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2002, p. 153.

⁴⁸ Cfr. la sentenza del 28 ottobre 1998 nel caso *Osman c. Regno Unito*, par. 147.

⁴⁹ Cfr. la sentenza del 21 settembre 1994 nel caso *Fayed*.

⁵⁰ Cfr. C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 347, nota 239.

⁵¹ Cfr. le sentenze del 18 febbraio 1999 nel caso *Waite e Kennedy c. Germania*, paragrafi 63 e 67-68, e nel caso *Beer e Regan c. Germania*, paragrafi 53 e 57-58.

⁵² Cfr. la sentenza del 21 novembre 2001 nel caso *Al-Adsani*, paragrafi 66-67.

⁵³ Cfr. C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 347, nota 239.

⁵⁴ Cfr. la sentenza del 22 ottobre 1996 nel caso *Stubbings c. Regno Unito*, par. 51 ss.

⁵⁵ Cfr. la sentenza del 28 ottobre 1998 nel caso *Ait-Mouhoub c. Francia*, paragrafi 54-58.

⁵⁶ Cfr. la sentenza del 30 ottobre 1998 nel caso *F.E. c. Francia*, par. 47 ss.; e in precedenza le sentenze del 4 dicembre 1995 nel caso *Bellet c. Francia*, par. 37, e del 16 dicembre 1992 nel caso *De Geouffre de la Pradelle c. Francia*, par. 33.

⁵⁷ Cfr. la sentenza del 2 marzo 1987 nel caso *Monnell e Morris c. Regno Unito*, par. 55 ss.

⁵⁸ Cfr. la sentenza del 13 luglio 1995 nel caso *Tolstoy Miloslavsky c. Regno Unito*, par. 65.

⁵⁹ Cfr. la sentenza del 29 luglio 1998 nel caso *Omar c. Francia*, par. 40 ss.; e la sentenza nel caso *Guérin c. Francia*, par. 43 ss.

La critica di fondo concerne la questione dell'insindacabilità degli atti di governo⁶⁰. Posto che l'art. 6 nel caso *Marković* si applichi, come la Corte ha stabilito e come anche noi riteniamo, il problema consiste nel chiedersi se tale insindacabilità comporti una limitazione al diritto di accesso al giudice che non persegua uno scopo legittimo o che, pur perseguendo uno scopo legittimo, sia sproporzionata. Non c'è dubbio che la valutazione se la restrizione soddisfi o meno i requisiti dello scopo legittimo e della proporzionalità, che vanno intesi – come la Corte ha sempre ribadito – in senso restrittivo, spetti alla Corte europea. Non si può infatti ritenere che così facendo la Corte europea, nella misura in cui esamina la “correttezza” di una sentenza nazionale, operi come giudice di ultima istanza. È compito infatti della Corte europea accertare se la Convenzione sia stata violata, se del caso attraverso una sentenza dello Stato accusato. Del resto la Corte ha esaminato la sentenza della Corte di Cassazione nel caso *Marković* ritenendo che non fosse irragionevole⁶¹. Nel caso in cui la Corte europea accerti che la sentenza interna non è “corretta” – cioè non soddisfa i requisiti per la limitazione al diritto di accesso al giudice – la Corte stessa non può evidentemente riformarla o cassarla, ma può, e anzi deve, affermare che tale sentenza non rispetta la Convenzione europea e impegna così la responsabilità dello Stato accusato. Ora, se può ammettersi che in generale lo scopo perseguito dall'insindacabilità degli atti politici sia legittimo, il punto è che nella specie la sentenza della Corte di Cassazione non perseguiva *incontestabilmente* tale scopo e ciò nella misura in cui ha precluso la giurisdizione nei confronti di un atto di guerra che secondo i ricorrenti era *contrario al diritto internazionale*. In altre parole, lo scopo della tutela dell'indirizzo politico dello Stato e del principio della separazione dei poteri è legittimo se viene perseguito con atti con i quali si effettua una scelta tra condotte tutte indiscutibilmente lecite, come la stipulazione o meno di un trattato o la stipulazione di un trattato piuttosto che di un altro o il ricorso ad un atto di guerra lecito piuttosto che ad un altro altrettanto lecito⁶², ma se ad essere contestata è una condotta *illecita* allora l'Esecutivo non può difendersi sostenendo che l'atto è “politico”, cioè non giudicabile secondo parametri oggettivi di carattere giuridico ovvero attinente agli “interessi supremi” della collettività, dal momento che l'atto è *sic et simpliciter* illecito e *non deve* essere compiuto. Benché il compimento di un atto internazionalmente illecito non comporti *automaticamente* anche il diritto delle vittime di chiedere il risarcimento dei danni che ha provocato, trattandosi anzitutto di una questione di

⁶⁰ Sul problema v. per tutti B. CONFORTI, *Cours général de droit international public*, RCADI, 1988-V, vol. 212, pp. 32-34; I. BROWNLEE, *Principles of International Law*, Oxford, 2003, VI ed., pp. 49-50; M. N. SHAW, *International Law*, Cambridge, 2003, V ed., pp. 162-172.

⁶¹ Cfr. paragrafi 109 e 112 della sentenza.

⁶² Per la giurisprudenza italiana, tendente in generale a sottrarre al sindacato giurisdizionale sia ordinario che amministrativo gli atti compiuti dallo Stato nel regolamento delle relazioni internazionali v. B. CONFORTI, P. PICONE (a cura di), *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico*. Repertorio, Napoli, 1988, pp. 127-130, e P. PICONE (a cura di), *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico*. Vol. II–Repertorio 1987-1997, Napoli, 1997, pp. 175-180.

responsabilità internazionale, a noi sembra che un controllo giurisdizionale sull'eventuale illiceità internazionale dell'atto dell'Esecutivo sia necessario. È anche vero che per il giudice che esamini la questione l'atto potrebbe poi non risultare illecito, ma non si vede come si possa accertare la sua liceità o illiceità – che indirettamente si riflette sulla sua stessa discrezionalità – se i giudici si sottraggono *a priori* al suo controllo. Se l'atto risulta lecito, il problema dinanzi ai giudici potrebbe, quindi, effettivamente chiudersi per ingiustiziabilità e ritenersi che l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea sia stato rispettato; ma se l'atto risulta illecito, allora non si è più di fronte ad una “scelta discrezionale” dell'Esecutivo, bensì ad un illecito e la giurisdizione nel merito deve poter essere esercitata; né si può allora escludere (anzi sembra del tutto ragionevole ammettere, alla luce dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 24 Cost.) che la responsabilità dell'Esecutivo si estenda anche al risarcimento civile delle vittime⁶³.

Tutto ciò non è stato preso in considerazione dalla Corte europea, che si è invece intrattenuta sull'analisi dell'esistenza del diritto “sostanziale” al risarcimento sia (nella misura in cui fosse “difendibile” nell'ordinamento italiano) nella parte relativa all'applicabilità dell'art. 6 che nella parte relativa al merito. A noi sembra che ai ricorrenti avrebbe dovuto essere riconosciuto il diritto di accesso ai giudici italiani almeno fino alla fase della valutazione della liceità o meno dell'atto di guerra italiano. La Corte europea avrebbe quindi dovuto chiedersi se il diniego di giurisdizione perseguiva uno scopo legittimo e, ammesso che lo perseguisse, se fosse proporzionale. Così facendo avrebbe dovuto concludere che lo scopo era astrattamente legittimo, in quanto diretto a salvaguardare la discrezionalità dell'Esecutivo nella scelta degli atti di guerra più opportuni in un conflitto, ma che il difetto di giurisdizione (in quanto escludeva il sindacato giurisdizionale sull'eventuale illiceità, non inverosimile *prima facie*, dell'atto di guerra contestato al Governo italiano) risultava invece sproporzionato allo scopo legittimo nella misura in cui si estendeva ingiustificatamente ad “atti di guerra” intesi in blocco, senza distinguere se fossero leciti o illeciti, dei quali cui si contestava, in modo “difendibile”, la liceità internazionale⁶⁴. Va infatti oltre lo scopo di salvaguardare la discrezionalità dell'Esecutivo stabilire che i giudici non possano pronunciarsi nei casi in cui la liceità dell'atto dell'Esecutivo viene contestata con sufficiente plausibilità perché così facendo si sottrae al controllo giurisdizionale la verifica se nella specie rileva la sfera discrezionale o al contrario quella vincolata dell'Esecutivo. E ciò anche quando la pretesa violazione riguarda norme di diritto internazionale nella misura in cui facciano parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano⁶⁵.

⁶³ Cfr. paragrafi 109 e 112 della sentenza. Più in generale sul problema del risarcimento dei danni per violazione del diritto bellico v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2006, III ed., pp. 222-226.

⁶⁴ La questione se il bombardamento della stazione RTS fosse un atto di guerra lecito è controversa: v. N. RONZITTI, *op. ult. cit.*, pp. 278-279.

⁶⁵ In tal senso depone, *mutatis mutandis*, la successiva e ben nota sentenza della Corte di Cassazione (S.U.) italiana nel caso *Ferrini* dell'11 marzo 2004 n. 5044 in una controversia relativa alla

7. In conclusione, la sentenza *Marković* è da condividere nella conclusione (del resto ovvia) che la sentenza della Corte di Cassazione italiana contestata ricadesse nella “giurisdizione” dello Stato italiano ai sensi dell’art. 1 della Convenzione. Non può essere invece condivisa nella parte restante, laddove ha escluso che il diritto di accesso al giudice, certamente applicabile nella specie, fosse stato violato e ciò perché in uno Stato di diritto i provvedimenti in principio discrezionali dell’Esecutivo che potrebbero essere illeciti e che incidono sfavorevolmente sui singoli devono poter essere controllati dai giudici.

richiesta da parte di un cittadino italiano del risarcimento dei danni nei confronti della Germania per crimini internazionali (deportazione e sottoposizione a lavoro forzato) commessi dalla Germania nazista durante la seconda guerra mondiale, laddove afferma che “l’insindacabilità delle modalità di svolgimento delle attività di suprema direzione della cosa pubblica non è di ostacolo all’accertamento degli eventuali reati commessi nel corso del loro esercizio e delle conseguenti responsabilità, sia sul piano penale che su quello civile” e che “in forza del principio di adattamento sancito dall’art. 10, comma 1, della nostra Carta costituzionale, le norme di diritto internazionale ‘generalmente riconosciute’ che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali e configurano come ‘crimini internazionali’ i comportamenti che più gravemente attentano all’integrità di tali valori, sono divenute ‘automaticamente’ parte integrante del nostro ordinamento e sono, pertanto, pienamente idonee ad assumere il ruolo di parametro dell’ingiustizia del danno causato da un ‘fatto’ doloso o colposo altrui”. La Corte ha così espressamente escluso che per tali motivi i principi dell’ordinanza *Marković* dell’8 febbraio 2002 venissero in considerazione nella specie (par. 7.1).

Mariano Robles

Il contratto di appalto nella disciplina italo-comunitaria*

SOMMARIO: 1. L'antefatto: il "pacchetto" di direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. – 2. Profili generali. – 3. Le principali innovazioni. – 4. Strumenti negoziali. – 5. Profili organizzativi. – 6. Alcune figure contrattuali. – 7. Altre disposizioni. – 8. Criteri ambientali e sociali. – 9. Un codice per promuovere una "concorrenza responsabile" nel settore strategico degli appalti.

1. Uno degli obiettivi fondamentali per la creazione dello spazio comune europeo è notoriamente costituito dal principio della libera circolazione di persone e di capitali. In questa prospettiva, il parametro normativo per eccellenza, su cui tarare e promuovere la dinamica di tale principio, è stato da sempre rappresentato dalla disciplina appaltistica, intesa quale strumento strategico di politica economica per incentivare lo sviluppo delle attività produttive e la relativa espansione, continua ed equilibrata, all'interno della Comunità. A livello nazionale, l'ultimo atto del processo di armonizzazione normativa del settore è sfociato nel *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (per brevità, Codice), approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 23 marzo 2006 e promulgato (con salvezza delle previsioni temporali di cui al d. lgs. 26 gennaio 2007, n. 6) con successivo d. lgs. n. 163 del 12 aprile, in attuazione delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE¹, che ne hanno offerto l'*occasio legis*.

* Il presente contributo, con l'aggiunta delle note di aggiornamento bibliografico, riproduce il testo della relazione svolta il 7 aprile 2006, nell'ambito del Corso di Perfezionamento in Diritto privato europeo presso la Facoltà Giuridica barese. Sia consentito esprimere la più sentita gratitudine al Prof. Ugo Villani per l'indimenticabile insegnamento offerto ad un modesto cultore del diritto privato spinto ad avventurarsi nei suggestivi territori del diritto sovranazionale.

¹ Si tratta, rispettivamente, della direttiva 2004/18/CE del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (settori c.d. "tradizionali"), *GUUE* L 134, 30 aprile 2004, p. 114 ss., e della coeva

Le due direttive, giunte al termine di un ampio dibattito², si pongono (nell'ottica di garantire il pieno funzionamento di un mercato unico aperto alla libera

direttiva 2004/17/CE, relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (settori c.d. "speciali", *rectius* "ex esclusi"), *ivi*, p. 1 ss. La direttiva 2004/18/CE procede, come noto, all'accorpamento ed alla semplificazione, all'interno di un testo unico di 84 articoli (rispetto ai 117 della normativa previgente) della frammentata disciplina in materia di appalti pubblici di forniture, di lavori e di servizi (delineata, rispettivamente, dalle direttive del Consiglio: 93/36/CEE, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, *GUCE* L 199, 9 agosto 1993, p. 1 ss.; 93/37/CEE, coeva, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, *ivi*, p. 54 ss.; 92/50/CEE, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, *GUCE* L 209, 24 luglio 1992, p. 1 ss., come modificate dalla direttiva 97/52/CE, del 13 ottobre 1997, *GUCE* L 328, 28 novembre 1997, p. 1 ss.) nei settori "tradizionali", ossia tutti tranne i settori "speciali" disciplinati dalla direttiva 2004/17/CE (gas, energia termica ed elettrica, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, con l'attuale esclusione del settore delle telecomunicazioni) e quelli eccettuati da entrambe le direttive, come, ad es., gli appalti secretati. A riguardo, la dottrina parla di un vero e proprio "codice europeo degli appalti", strutturato in modo da seguire l'ordine logico di una procedura di aggiudicazione e da costituire una sorta di *vademecum* per tutte le fasi del procedimento. Tra i contributi sulle nuove direttive, cfr. L. FIORENTINO, C. LACAVA (a cura di), *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, Milano, 2004; G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004, 31 marzo 2004*, in *Riv. trim. app.*, 2004, p. 854 ss.; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. app.*, 2004, p. 755 ss.; G. MESSINA, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. int.*, 2005, pp. 100-101. Per un'analisi dei principi generali delle due direttive, si rinvia a A. NOBILE, *Le nuove direttive: i principi generali*, in L. FIORENTINO, C. LACAVA (a cura di), *op. cit.*, pp. 17-20; R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, in particolare p. 97 ss.; R. RONIGER, F. NEUMAYR, H. HEMMELRATH, *Public Procurement 004/2005: The Legal Framework and Practice Keeps Developing*, in *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2006, Special Report*, p. 57 ss. In materia di appalti pubblici, v., per tutti, A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, III ed.

² A partire dal libro verde della Commissione, del 27 novembre 1996, gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro, COM(1996)583 def., su proposta dell'allora commissario alla concorrenza Mario Monti, seguito da una comunicazione della Commissione, dell'11 marzo 1998, Gli appalti pubblici nell'Unione europea, COM(1998)143 def., si è dato avvio ad un ciclo di riflessioni e di riforme sulla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, nel corso del quale è stata riconosciuta l'esigenza di procedere ad un'opera di generale semplificazione e riorganizzazione sistematica della disciplina vigente, indebolita da un'eccessiva frammentarietà e disorganicità degli interventi normativi e da una ingiustificabile arretratezza delle procedure di aggiudicazione applicate rispetto alla contemporanea evoluzione tecnologica. I risultati del dibattito sono inizialmente confluiti in due coeve proposte di direttiva, del 31 agosto 2000, COM(2000)275 def., recante coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori, *GUCE* C 29 E, 30 gennaio 2001; e COM(2000)276 def., recante coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti erogatori di acqua, di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto, *ivi*, da cui, con emendamenti, sono rispettivamente scaturiti i testi delle due direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

concorrenza)³ tre obiettivi centrali, largamente ripresi dal nuovo Codice:

1) semplificare e rafforzare la disciplina vigente in materia di appalti pubblici (talvolta troppo dettagliata e complessa), al fine di rendere il mercato degli appalti più efficiente, integrato e globalmente competitivo⁴;

2) modernizzare la normativa e le procedure applicate, in modo da consentire il più largo impiego delle nuove tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni anche nel settore degli appalti pubblici (*e-procurement*) e da creare nel settore un vero e proprio mercato elettronico di livello europeo⁵;

³ C. LACAVA, *Introduzione*, in L. FIORENTINO, C. LACAVA (a cura di), *op. cit.*, p. 3, richiamando la relazione, del 23 dicembre 2002, sul funzionamento dei mercati comunitari dei prodotti e dei capitali, COM(2002)734 def., osserva che gli appalti pubblici rappresentano il 16% del PIL dell'Unione europea, con un valore pari a 1.429 miliardi di euro, costituendo quindi uno dei settori strategici del mercato unico. Sul punto, v. anche C. H. BOVIS, *The New Public Procurement Regime in the European Union: A Critical Analysis of Policy, Law and Jurisprudence*, in *ELR*, 2005, p. 608, per il quale "Public procurement in the European Union has been significantly influenced by the internal market project", ed ancora "... the regulation of public procurement (can be considered) as a necessary ingredient of the fundamental principles of the European Treaties".

⁴ V. considerando 17, direttiva 2004/18/CE. Dalla comunicazione della Commissione, del 7 maggio 2003, strategia per il mercato interno. Priorità 2003-2006, COM(2003)238 def., emerge, del resto, una scarsa apertura e competitività nel settore degli appalti pubblici, riconducibile principalmente a tre fattori: 1) l'esistenza di barriere, di natura tanto normativa quanto tecnico-strutturale, in grado di ostacolare la libera concorrenza tra Paesi membri nel mercato degli appalti pubblici; 2) un parziale ed incompleto recepimento delle direttive sugli appalti pubblici da parte degli Stati membri; 3) l'impatto relativamente debole esercitato da tale politica sul sistema economico complessivo, che si traducono concretamente in una "limitata partecipazione transfrontaliera alle procedure di aggiudicazione dei contratti, in inefficienze dei mercati degli appalti pubblici, in perdite di opportunità commerciali e in costi eccessivi", così C. LACAVA, *op. cit.*, alla cui accurata analisi si rinvia. Per una ricostruzione del percorso storico-normativo della *policy* comunitaria in materia di appalti pubblici, cfr. L. FIORENTINO, *Conclusioni*, in L. FIORENTINO, C. LACAVA (a cura di), *op. cit.*, pp. 147-153. Cfr. anche C. H. BOVIS, *The Liberalization of Public Procurement and its Effect on the Common Market*, Dartmouth, 1998; J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN, *The EC Public Procurement Regime: a Critical Analysis*, Oxford, 1996.

⁵ Il considerando 12 della direttiva 2004/18/CE evidenzia che l'impiego delle tecniche di acquisto elettronico nel settore degli appalti pubblici consente "un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di denaro derivante dal loro utilizzo". Sul punto, v. anche i considerando 13 e 14. Per la piena equiparazione tra i nuovi mezzi elettronici ed i tradizionali strumenti di informazione e comunicazione, v. i considerando 35, 37 e 38 della direttiva 2004/18/CE. In dottrina, C. LACAVA, *Appalti e nuove tecnologie*, in L. FIORENTINO, C. LACAVA (a cura di), *op. cit.*, pp. 37-54. Tale processo di modernizzazione, tra l'altro, risponde pienamente al principio enunciato dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, recante *Modifiche ed integrazioni alla legge 241/90, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*, GURI n. 42, del 21 febbraio 2005, là dove dispone (art. 3-bis, "Uso della telematica") che "per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati". I medesimi principi ispirano anche il *Codice dell'amministrazione digitale* di recente adozione (v. *infra*, nota 16), improntato al perseguimento dei tradizionali obiettivi della pubblica amministrazione: efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, semplificazione. Alla luce di tale scenario, alcuni autori ritengono che si sia ormai sviluppato un vero e proprio "diritto amministrativo elettronico": così, ad es., C. GIURDANELLA, *Pubblicazione telematica di bandi di gara in procedure di rilievo comunitario*, in *Dir. dell'Internet*, 2005, p. 177.

3) garantire la massima flessibilità degli strumenti giuridici utilizzati, al fine di agevolare le amministrazioni aggiudicatrici nella gestione degli appalti pubblici⁶.

Nel definire le fondamenta del “pacchetto legislativo” in materia di appalti pubblici, il legislatore comunitario è stato, in particolare, investito del compito di individuare il giusto punto di equilibrio tra l’urgenza di garantire maggiore flessibilità alla stazione appaltante nel rivolgersi al mercato, per il pieno soddisfacimento delle proprie esigenze, avvalendosi delle opportunità di dialogo e scambio globale offerte dal ricorso ai più avanzati supporti tecnologici, ed il doveroso compito di conformare l’esercizio di tale libertà all’*acquis communautaire*, ossia tanto ai principi della libera circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi enunciati nel Trattato⁷, quanto a quelli di parità di trattamento (di cui il principio di non discriminazione costituisce una specifica espressione), trasparenza, reciprocità, proporzionalità e (non da ultimo) concorrenza, enucleati nel loro profilo applicativo soprattutto nei pronunciamenti dei giudici di Lussemburgo⁸.

I principi richiamati costituiscono il “substrato assiologico” sul quale il legislatore delegato nazionale ha elaborato la struttura del nuovo Codice. Ciò appare evidente, in primo luogo, dal contenuto della legge-delega 18 aprile 2005, n. 62 (*Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza del-*

⁶ Sul punto, v. R. SCREPANTI, G. PASQUINI, *Le procedure: i nuovi strumenti di flessibilità*, in L. FIORENTINO, C. LACAVA (a cura di), *op. cit.*, pp. 73-87.

⁷ Cfr., ad esempio le sentenze della Corte di giustizia del 10 febbraio 1982, causa 76/81, *Transporoute*, *Raccolta*, p. 417; e del 5 dicembre 1989, causa 3/88, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. 4035.

⁸ A riguardo, il considerando 1 della direttiva 2004/18/CE, dichiara espressamente che “la presente direttiva si basa sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione”. Sul punto, v. anche i considerando 2 e 3 e l’art. 2 della medesima direttiva, nonché l’ordinanza della Corte di giustizia del 3 dicembre 2001, causa C-59/00, *Vestergaard*, *Raccolta*, p. I-9505, e circolare Dipartimento per le politiche comunitarie, 29 aprile 2004, in *GURI*, 12 luglio 2004. Sulle garanzie di pubblicità e trasparenza, v. R. DE NICTOLIS, *Bandi e avvisi, termini e comunicazioni*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 479 ss.; *Id.*, *L’accesso agli atti di gara*, *ivi*, p. 521 ss., e, in giurisprudenza, TAR Sardegna, sez. I, del 5 dicembre 2005, n. 2201, in www.bilancioecontabilita.it, *Newsletter* n. 3, reperibile *on line* dal 27 gennaio 2006. Il ruolo centrale svolto dalla Corte comunitaria “in interpreting the public procurement legal framework”, soprattutto alla luce del fatto che: “Arming the public procurement rules with direct effect will enhance access to justice at national level, improve compliance, increase the quality of the regulatory regime and finally streamline the public procurement process across the Common Market by introducing an element of uniformity”, è evidenziato anche da C. H. BOVIS, *The New Public Procurement Regime*, *cit.*, p. 609. L’incidenza diretta dei principi elaborati a livello comunitario, tanto legislativo quanto giurisprudenziale, è evidente anche nelle pronunce dei giudici nazionali. A riguardo v., ad es., Consiglio di Stato, sez. V, del 18 settembre 2003, n. 5321, in *Nuovo dir.*, 2005, p. 632 ss., con nota di M. ALESIO, e del 29 novembre 2005, n. 6773, in *Bollettino di legislazione tecnica*, 2006, p. 177, ove viene espressamente richiamato l’obbligo di trasparenza con riguardo ai criteri applicabili per la scelta dell’offerta economicamente più vantaggiosa, come funzionale al rispetto del principio di parità di trattamento enunciato nella direttiva 2004/18/CE.

l'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004)⁹, all'interno del quale il Parlamento, nel fissare le *guidelines* cui l'Esecutivo è stato chiamato a conformare l'opera di recepimento (art. 25), riproduce nella sostanza gli obiettivi di semplificazione, modernizzazione e flessibilità stabiliti a livello comunitario.

È stata, quindi, istituita, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, un'apposita Commissione di studio, presieduta dal Presidente del TAR del Lazio Pasquale de Lise, composta da esperti del settore e deputata alla concreta elaborazione del testo di attuazione¹⁰. Come dispone l'art. 25 della legge-delega, l'opera di recepimento doveva essere realizzata, in particolare, attraverso la compilazione di un unico testo normativo conforme ai principi del TCE, che, in un'ottica di semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, raccogliesse la disciplina degli appalti e delle concessioni sia sopra che sotto-soglia comunitaria¹¹.

A tal fine, si è reso necessario, come espressamente affermato nella delega, un adeguamento della normativa vigente ai principi giurisprudenziali enunciati dalla Corte di giustizia, secondo cui le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE impongono ai legislatori nazionali di rimettere alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta, caso per caso, del criterio di aggiudicazione applicabile (prezzo più basso/offerta economicamente più vantaggiosa), con il margine di discrezionalità volta per volta necessario al perseguimento dei propri obiettivi¹².

⁹ In *GURI* n. 96, 27 aprile 2005.

¹⁰ La Commissione è stata istituita con D.P.C.M., 23 maggio 2005, ed affiancata nello svolgimento dei lavori da un Gruppo di studio costituito, con apposito decreto, presso il Dipartimento affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

¹¹ La legge-delega impone l'integrale recepimento delle due direttive, realizzato attraverso: 1) l'accorpamento e l'unificazione degli aspetti comuni alle due direttive; 2) la disciplina dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi tanto sopra quanto sotto-soglia; 3) l'individuazione, sulla base dell'esperienza giurisprudenziale delle Corti comunitarie, di un nucleo di principi e disposizioni comuni applicabili a tutti i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, sia nei settori classici che in quelli speciali, sopra e sotto-soglia. Il recepimento delle due direttive determina significative innovazioni soprattutto nel "ramo-lavori", rispetto al quale il legislatore nazionale si era in passato distaccato in più punti dalle indicazioni del legislatore europeo. Le novità salienti rispetto alla "normativa Merloni" consistono, in particolare: 1) nella previsione di un ventaglio più ampio di ipotesi di utilizzabilità della trattativa privata; 2) l'attribuzione alla stazione appaltante della scelta delle imprese da invitare in sede di licitazione privata e del criterio, non predeterminato per legge, tra criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 3) nell'introduzione di un regime di verifica delle offerte anomale più in linea con i principi comunitari, quanto all'oggetto e al momento della verifica e della esibizione delle giustificazioni.

¹² Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 7 ottobre 2004, causa C-247/02, *Sintesi*, non pubblicata in *Raccolta* (con note di R. BARATTA, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2898 ss.; R. DE NICCOLIS, in *Urb. app.*, 2004, p. 1267; G. M. DI LIETO, in *Foro amm./TAR*, 2004, p. 2424 ss.; G. TACCOGNA, *ivi*, p. 2801 ss.; J. BERCELLI, *ivi*, p. 3239; S. MEZZACAPO, in *Guida al diritto*, n. 41, 2004, p. 87; C. LACAVA, in *G. dir. amm.*, 2005, p. 133; R. MANGANI, in *Riv. trim. app.*, 2005, p. 731; M. VOLPATO, in *Contr. St. Enti Pubbl.*, 2005, p. 258). La fissazione con norma nazionale di un unico criterio di aggiudicazione – ha osservato la Corte – impedirebbe infatti alle stesse amministrazioni di individuare il criterio più coerente con le caratteristiche dell'oggetto contrattuale, a scapito di uno

A questi principi generali, la legge-delega ha aggiunto, inoltre, il conferimento all’Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici di taluni compiti di controllo e garanzia anche nel settore dei servizi e delle forniture, da esercitare in piena indipendenza funzionale ed autonomia organizzativa¹³.

La necessità di provvedere all’attuazione interna della disciplina comunitaria ha rappresentato, oltretutto, l’occasione per un riassetto organico dell’intera normativa in materia di appalti pubblici, realizzato attraverso una penetrante opera di armonizzazione con i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria. Il diritto interno degli appalti, alle soglie del recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, si presentava infatti estremamente stratificato (*rectius*, frammentato). A riguardo, si ricordano infatti:

a) tre distinti decreti legislativi disciplinanti, rispettivamente, gli appalti sopra-soglia comunitaria nei settori c.d. “tradizionali” delle forniture (d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358) e dei servizi (d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157) e nei settori c. d. “speciali” di lavori, servizi e forniture (d. lgs. 17 marzo 1995, n. 158);

b) la legge-quadro 11 febbraio 1994, n. 109, in materia di lavori pubblici (c.d. legge Merloni) sia sopra che sotto-soglia, seguita da numerosi interventi modificativi, talora frutto di compromessi e mediazioni, che hanno esposto l’assetto complessivo a forti critiche¹⁴ e da una cospicua normativa secondaria, tesa a dare attuazione ed esecuzione alle previsioni della legge-quadro¹⁵;

dei principi ispiratori della disciplina dettata dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ossia la tutela e la promozione di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici. Sulla base di questi presupposti, la Corte di giustizia ha, nella specie, dichiarato l’art. 21 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, *legge quadro in materia di lavori pubblici*, GURI n. 41, 19 febbraio 1994 (c.d. Merloni), contrastante con il principio sancito dall’art. 30, n. 1, della richiamata direttiva 93/37/CEE, nella parte in cui fissa, per l’aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata, il criterio del prezzo più basso come “unico” parametro di scelta dell’amministrazione aggiudicatrice. La pronuncia della Corte di giustizia – giova ricordarlo – giunge a conclusione del rinvio pregiudiziale promosso con ordinanza del TAR Lombardia, del 26 giugno 2004, n. 997, in *Foro amm./TAR*, 2005, p. 17 ss., con nota di F. SCIAUDONE, *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici: la tutela della concorrenza e la “nuova” discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici*. È oramai concetto acquisito, infatti, che la competizione tra imprese possa esplicarsi non solo mediante una politica di riduzione dei prezzi, ma anche attraverso la proposizione di un prodotto di qualità migliore (così, F. SCIAUDONE, *op. ult. cit.*, p. 25).

¹³ A riguardo, si è ritenuto necessario ampliare il più possibile l’autonomia organizzativa dell’Autorità, estendendo le sue competenze, in attuazione del diritto comunitario, anche a servizi e forniture. Lo stesso dicasi per l’Osservatorio, il quale, già attivo nel settore dei lavori pubblici, ha visto estendere le proprie competenze anche a servizi e forniture. L’Autorità e l’Osservatorio sono definiti, rispettivamente, dall’art. 3, commi 44 e 45.

¹⁴ Cfr. l. 2 giugno 1995, n. 216, recante *Norme urgenti in materia di lavori pubblici*, GURI n. 127, 2 giugno 1995 (c.d. Merloni-bis); l. 18 novembre 1998, n. 415, recante *Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici*, GURI n. 284, 4 dicembre 1998 (c.d. Merloni-ter); l. 1° agosto 2002, n. 166, recante *Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*, GURI n. 181, 3 agosto 2002 (c.d. Merloni-quater).

¹⁵ D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, recante *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*, GURI n. 98, 28 aprile 2000; D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, recante *Regolamento per l’istituzione di un sistema di*

c) un regolamento in materia di appalti pubblici di forniture sotto-soglia (D. P.R. 18 aprile 1994, n. 573);

d) la legislazione di contabilità di Stato (R.D. 2440/1923 e 827/1924), applicabile agli appalti di servizi sotto-soglia, in mancanza di una disciplina organica del settore, integrata dai principi del TCE;

e) il regolamento di semplificazione dei procedimenti di spese in economia per forniture e servizi sotto-soglia (D.P.R. 20 agosto 2001, n. 384);

f) un'articolata disciplina dei lavori in economia, regolati in linea generale dal D.P.R. n. 554/99 (c.d. regolamento Bargone) e da successivi interventi settoriali (cfr., ad es., il D.P.R. 19 aprile 2005, n. 170, per i lavori del genio militare e l'apposito regolamento adottato per SISMI e SISDE);

g) il d. lgs. 20 agosto 2002, n. 190, novellato dal d. lgs. 17 agosto 2005, n. 189, che prevede speciali procedure di affidamento per le grandi infrastrutture di interesse strategico.

2. Il nuovo Codice presenta indubbiamente un'articolazione complessa, di modo che una lettura rapida e superficiale rischia di tralasciare aspetti che solo in apparenza potrebbero sembrare marginali¹⁶. In merito agli aspetti più generali, si osserva, in via preliminare, che la Commissione de Lise ha ritenuto, in un'ottica di semplificazione e di riassetto complessivo della materia, di adottare la soluzione del testo unificato, disciplinando con un'unica fonte di rango prima-

qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici, GURI n. 49, 29 febbraio 2000; D.M. 19 aprile 2000, n. 145, *Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici*, GURI n. 131, 7 giugno 2000; D.M. 12 giugno 2004, recante *Procedura e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale, di suoi aggiornamenti annuali e dell'elenco annuale dei lavori pubblici*, GURI n. 151, 30 giugno 2004.

¹⁶ Il Codice – sulla cui “dilazionata” entrata in vigore cfr. C. CONTESSA, *Il (limitato e selettivo) rinvio nell'entrata in vigore del Codice degli appalti: il bicchiere è mezzo pieno*, in *Urb. app.*, 2006, p. 1031 – si inserisce in una fase normativa caratterizzata da un'intensa attività di codificazione da parte del legislatore delegato. Basti pensare al *Codice in materia di protezione dei dati personali* (d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, GURI n. 174, 29 luglio 2003); al *Codice delle comunicazioni elettroniche* (d. lgs. 1° agosto 2003, n. 259, GURI n. 214, 15 settembre 2003); al *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, GURI n. 45, 24 febbraio 2004); al *Codice della proprietà industriale* (d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, GURI n. 52, 4 marzo 2005, il cui schema recante *Codice dei diritti di proprietà industriale* è stato oggetto di parere da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del 25 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, III, c. 209, con note di E. MALFATTI e G. CASABURI), al *Codice dell'amministrazione digitale* (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, GURI n. 112, 16 maggio 2005), e, da ultimo, al *Codice del consumo* (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, GURI n. 235, 8 ottobre 2005), con cui il Governo ha proceduto – conformemente alla delega conferitagli dall'art. 7 della l. 29 luglio 2003, n. 229, recante *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. Legge di semplificazione 2001*, GURI n. 196, del 25 agosto 2003 – al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori, nel rispetto dei principi e i criteri direttivi stabiliti dall'art. 20 della l. 15 marzo 1997, n. 59, come sostituito dall'art. 1 della l. n. 229 del 2003, nonché al *Codice delle assicurazioni private* (d. lgs., 7 settembre 2005, n. 209, GURI n. 239, 13 ottobre 2005), in base all'art. 4 della medesima delega.

rio¹⁷ i profili regolati dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, i profili essenziali della disciplina già dettati dalla legge Merloni ed il contenzioso (accordi bonari, arbitrati, giurisdizione, riti processuali speciali), lasciando invece alle fonti secondarie la disciplina degli aspetti di dettaglio¹⁸.

Alla medesima logica di semplificazione rispondono pure: la determinazione delle nuove soglie (attraverso la diminuzione del numero delle soglie differenti previste nei tre settori; l'indicazione di tutte le soglie in euro; l'aumento di valore in relazione all'incidenza sul mercato unico)¹⁹ e l'adozione in via generalizzata di un vocabolario e di una nomenclatura comune in materia di appalti (CPV–*Common Procurement Vocabulary*)²⁰.

All'obiettivo del rafforzamento corrispondono invece: le modifiche apportate alla disciplina delle specifiche tecniche (dirette a garantire una maggiore competizione e una più estesa partecipazione degli operatori alle procedure di aggiudicazione, anche attraverso un più ampio ricorso al principio di equivalenza)²¹; l'intervento sulla regolamentazione dei criteri di aggiudicazione, realizzato prevedendo l'obbligo relativo dell'amministrazione aggiudicatrice di indicare nel bando di gara o nel capitolato d'onere le modalità di ponderazione e valutazione scelti in relazione alla natura dell'appalto (anche attraverso l'intro-

¹⁷ L'opera di sistemazione e codificazione della disciplina in materia di appalti pubblici è avvenuta, in particolare, nel pieno rispetto dei principi stabiliti dalla legge n. 241/90, che disciplina il procedimento amministrativo, del recente processo di informatizzazione della pubblica amministrazione e semplificazione della documentazione amministrativa (cfr. il libro bianco per *La dematerializzazione della documentazione amministrativa*, a cura del CNIPA, Roma, marzo 2006, reperibile *on line*), delle norme che regolano le fasi delle procedure di affidamento e dei relativi controlli contenute nella legislazione sulla contabilità di Stato e della normativa antimafia.

¹⁸ Gli aspetti di dettaglio vengono disciplinati da un apposito regolamento, che, in materia di lavori, andrà a sostituire il richiamato D.P.R. n. 554/99, cit., regolando invece *ex novo* gli altri settori. A questo riguardo, la Commissione ha, in diverse occasioni, evidenziato la necessità di ripartire le competenze tra Stato e Regioni alla luce del Titolo V della Costituzione, mettendo in luce il rischio di un'attuazione non omogenea tra Regioni del testo delle due direttive. Sul punto, v. l'art. 4 del Codice; nonché le sentenze della Corte costituzionale del 26 gennaio 2004, n. 36, e del 29 gennaio 2004, n. 49, in *Giur. it.*, 2004, p. 1053 ss., con nota di R. CARANTA.

¹⁹ V. il considerando 17 della direttiva 2004/18/CE. All'unificazione segue, inoltre, la previsione di forme semplificate di adeguamento delle soglie e degli allineamenti di valore, con la procedura di cui alla decisione 1999/468/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, *GUCE* L 184, 17 luglio 1999, p. 23.

²⁰ Regolamento (CE) n. 2195/2002 del Consiglio, del 5 novembre 2002, *GUCE* L 340, 16 dicembre 2002, p. 1. Cfr. considerando 36 della direttiva 2004/18/CE.

²¹ Cfr. il considerando 29 e l'art. 23 della direttiva 2004/18/CE, da cui emerge che l'interesse del legislatore comunitario per il profilo delle specifiche tecniche è connesso alla possibilità che le stesse specifiche vengano utilizzate a fini anticoncorrenziali. A riguardo, il *leading case* resta la sentenza della Corte di giustizia del 24 gennaio 1995, causa C-359/93, *Commissione c. Paesi Bassi, Raccolta*, p. I-157, con cui è stata introdotta la nozione di "aggiudicatario a tecnologia equivalente". In dottrina, v., da ultimo, R. INVERNIZZI, *Le specifiche tecniche*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 269 ss.; nonché R. SCREPANTI, *I criteri di selezione e di aggiudicazione*, in L. FIORENTINO, C. LACAVA (a cura di), *op. cit.*, pp. 91-99.

duzione di una “forcella”²²; l’introduzione di modifiche significative in merito ai requisiti di qualificazione (riconoscendo a tutti i concorrenti la possibilità di dimostrare la propria capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa “avvalendosi” dei requisiti di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei rapporti che li legano a questi ultimi), l’inserimento di rigidi criteri di esclusione dell’offerente che sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per i reati di criminalità organizzata, corruzione o frode ai danni della Comunità²³ e delle caratteristiche sociali ed ambientali, quali criteri alla luce dei quali parametrare la fissazione delle specifiche tecniche e dei criteri di aggiudicazione²⁴.

La modernizzazione del settore è, invece, attuata dal Codice attraverso l’introduzione della più ampia possibilità di ricorrere agli strumenti telematici nelle pubblicazioni, nelle comunicazioni (ad es., la pubblicazione di avvisi e capitolati sul c.d. “profilo del committente”, nonché la trasmissione di bandi ed avvisi alla Comunità europea per via telematica)²⁵, nella presentazione delle offerte e tra-

²² Cfr. considerando 40 della direttiva 2004/18/CE. In dottrina v., nello specifico, R. DE NICTOLIS, *La selezione dei partecipanti: in particolare, la c.d. “forcella”*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 569 ss.

²³ Cfr. considerando 43 della direttiva 2004/18/CE. In dottrina, v. R. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 575 ss.; R. SCREPANTI, *op. cit.*, pp. 99-108. In merito ai requisiti di affidabilità morale e professionale, v., tra le altre, la sentenza del TAR Toscana, sez. II, del 7 dicembre 2005, n. 8265, in www.bilancioecontabilita.it, *Newsletter* n. 3, reperibile *on line* dal 27 gennaio 2006.

²⁴ Sul punto, cfr. il considerando 5 della direttiva 2004/18/CE. Ciò costituisce una delle rappresentazioni più significative ed evidenti dell’“assorbimento” nel testo normativo delle direttive delle istanze e dei principi enucleati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha legittimato l’uso di clausole ambientali nella definizione dei criteri di attribuzione delle gare di appalto quando ciò avvenga nel rispetto dei principi fondamentali del Trattato. Nella giurisprudenza di Lussemburgo si registra, peraltro, una certa oscillazione in merito alla ricostruzione del ruolo svolto dalle tematiche ambientali e sociali nell’ambito della disciplina degli appalti pubblici, soprattutto ai fini della valutazione dell’offerta *economicamente* più vantaggiosa ed al rapporto con l’oggetto dell’appalto. A riguardo v. in particolare le sentenze della Corte di giustizia del 20 settembre 1988, causa 31/87, *Beentjes, Raccolta*, p. 4635, in merito alla possibilità di riservare l’affidamento degli appalti ad imprese che impiegano lavoratori disabili; del 26 settembre 2000, causa C-225/98, *Nord Pas de-Calais*, *ivi*, p. I-7445; del 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia bus*, *ivi*, p. I-7213. In dottrina, M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 663 ss.; M. BALDINATO, *Protezione dell’ambiente e criteri di attribuzione degli appalti pubblici nel diritto comunitario*, in *Contr. impr./E.*, 2004, p. 478 ss., spec. pp. 488-489, ove l’autore osserva che il rapporto tra appalti pubblici e protezione dell’ambiente implica a sua volta un’attenta analisi del rapporto tra appalti e *politiche secondarie*, ossia prive di una diretta relazione con le problematiche economiche; B. POGACE, *I criteri ambientali negli appalti pubblici: dalle prime pronunce della Corte di Giustizia alla nuova direttiva 2004/18*, in *Urb. app.*, 2004, p. 1385 ss.; R. SCREPANTI, *op. cit.*, pp. 108-111; B. CARSIN, *Relazione svolta alla Conferenza su Il pacchetto legislativo sugli appalti pubblici*, Roma, 12 dicembre 2003, dattiloscritto.

²⁵ Con riguardo alla pubblicazione via internet di un capitolato difforme da quello effettivamente disciplinante la gara e, in generale, sulle questioni connesse alla validità e alla rilevanza giuridica della pubblicazione *on line* di bandi ed avvisi di gara, v. TAR Sardegna, sez. I, 22 ottobre 2004, n. 1507, in *Dir. dell’Internet*, 2005, p. 173 ss., con nota di C. GIURDANELLA.

mite l'introduzione di procedure negoziali come i sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche²⁶.

Una maggiore flessibilità degli strumenti giuridici, impiegati nel *public procurement*, è garantita dall'ampliamento della tipologia delle procedure di aggiudicazione. Alle tradizionali procedure allargate e ristrette ed a quelle negoziate, il nuovo Codice aggiunge, infatti, strumenti organizzativi e negoziali come il *dialogo competitivo* (che consente uno scambio di informazioni tra l'amministrazione aggiudicatrice ed i candidati ammessi alla procedura d'appalto, allo scopo di delineare una o più soluzioni ottimali, in base alle quali i candidati presenteranno le offerte)²⁷, il *sistema dinamico di acquisizione*, nonché le *centrali di committenza* e l'*accordo quadro* (in origine, previsto per i soli settori "speciali" ed ora esteso anche ai settori "tradizionali")²⁸.

²⁶ Il ricorso a questi strumenti produce infatti significativi benefici in termini di trasparenza delle operazioni di gara (per l'automatismo dei meccanismi di aggiudicazione e di svolgimento delle gare) e di maggiore competizione (anche) negli acquisti di uso corrente, determinando riflessi positivi sia sui costi diretti che sui costi di transazione. Sul punto, cfr. C. H. BOVIS, *The New Public Procurement Regime*, cit., pp. 616-617. A questo riguardo, la Commissione europea, nella richiamata comunicazione del 1998 (cit., *supra* nota 2), precisava che "per assicurare la trasparenza, i servizi della Commissione procederanno ad una più ampia utilizzazione dei nuovi mezzi elettronici, in particolare dell'internet. Essa offrirà, così, accesso ad un numero di informazioni molto più importante di quella attualmente disponibile sulla Gazzetta ufficiale e nella banca dati TED. Essa consentirà in particolare di consultare su internet i capitoli d'oneri o addirittura di stamparli direttamente, al fine di permettere ai fornitori interessati di ottenere immediatamente tali documenti".

²⁷ Cfr. considerando 31 della direttiva 2004/18/CE, il quale riconosce al dialogo competitivo il carattere di *procedura flessibile*, in grado di salvaguardare sia la concorrenza tra operatori economici che la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto. Per una descrizione analitica delle ragioni dell'introduzione del dialogo competitivo e delle sue fasi, v. C. H. BOVIS, *The New Public Procurement Regime*, cit., pp. 613-615.

²⁸ Cfr. i considerando 11 e 16 della direttiva 2004/18/CE. L'esigenza di garantire flessibilità in un settore come quello degli appalti nasce anzitutto dall'urgenza di aprire al gioco concorrenziale buona parte delle risorse, ancora sottoposte a regime di monopolio o all'esercizio di diritti speciali e/o esclusivi, e dalla necessità di riportare ordine e chiarezza in uno scenario caratterizzato da una crescente privatizzazione e dal sempre più frequente e massiccio ingresso dei privati in settori fortemente condizionati dall'interesse pubblico attraverso il ricorso alla figura del partenariato pubblico-privato. Sul punto, e con particolare riguardo agli aspetti giurisdizionali, cfr. il libro verde della Commissione, del 30 aprile 2005, relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2004)327 def.; la versione italiana del documento è stata ufficialmente presentata in occasione del Convegno I.G.I. sul tema "*PPP, il Rapporto McCreevy e le risposte italiane*", Roma, 14 luglio 2005. In dottrina, M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *RIDPC*, 2005, p. 167 ss.; R. RONIGER, F. NEUMAYR, H. HEMMELRATH, *op. cit.*, p. 58; C. H. BOVIS, *The New Public Procurement Regime*, cit., pp. 615 s. e 627 s.; P. KALBE, *Public-Private Partnerships under the Constraint of EC Procurement Rules*, in *Public Procurement Law Review*, 2006, p. 176 ss.

3. Occorre, in primo luogo, interrogarsi circa l'ambito oggettivo di applicazione del Codice. Esso disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e di altri soggetti aggiudicatori aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere (art. 1). Inoltre, riempie una lacuna normativa che ha spesso dato luogo in passato a contenzioso, in assenza di una disciplina generale in materia di scelta del socio privato nelle società miste. L'art. 1, comma 2, chiarisce che "la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica che rispettano i principi del Trattato a tutela della concorrenza"²⁹.

L'art. 2, nell'enunciare i *principi* generali che ispirano l'opera di recepimento delle due direttive e di contestuale codificazione, indica in maniera particolarmente significativa l'influenza esercitata sull'elaborazione del Codice dai principi enunciati nei Trattati e nelle pronunce della Corte di giustizia.

Non solo, infatti, vi si afferma, in apertura (comma 1), che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché dei principi di parità, non discriminazione, trasparenza e pubblicità, secondo le modalità descritte nel Codice. Il principio di economicità, in particolare, è poi subordinato (entro i limiti descritti dalle norme vigenti e dal Codice stesso) ai criteri previsti nel bando, ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile. Ma si prevede pure che per gli aspetti non espressamente disciplinati nel Codice, continuano a trovare applicazione: per le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici (c.d. *serie procedimentale*), i principi sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/90 e successive modificazioni ed integrazioni (comma 3); per l'attività contrattuale delle stazioni appaltanti, degli enti e dei soggetti aggiudicatori definiti dall'art. 3 del Codice (c.d. *serie negoziale*), i principi stabiliti dal codice civile³⁰. In tal modo, viene affermata la natura sostanzialmente di diritto comune dei contratti disciplinati dal nuovo Codice, con l'applicazione residuale delle norme civilistiche ove non diversamente previsto. Il che, oltre a costituire un'opportuna puntualizzazione quanto ai contratti d'appalto (di ancora

²⁹ In argomento, S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, Padova, 2002, p. 90; nonché G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, pp. 270-271. Peraltro, la formulazione della norma è apparsa eccessivamente rigida, a fronte di contratti assegnabili a trattativa privata (v. articoli 57 e 221), in determinate situazioni che dovrebbero valere parimenti, laddove si verificassero in relazione alla costituzione di società miste (si pensi proprio alle ipotesi, sempre più frequenti, di partenariato pubblico-privato per i servizi di interesse locale, così qualificati anche dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, del 1° luglio 2005, n. 3672, in *Cons. St.*, 2005, I, p. 1194): cfr. P. ALBERTI, *La codificazione dei contratti pubblici: lineamenti generali*, in *Econ. dir. terz.*, 2006, p. 284.

³⁰ In linea con il recente *trend* che vuole l'attività della P.A. sempre più frequentemente disciplinata dalle regole di diritto privato (v., sul punto l'art. 1-bis, comma 2, della l. n. 15/2005, cit., ai sensi del quale "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente").

incerta qualificazione “pubblica” o “mista”), assume indubbio rilievo per le concessioni di servizi, le quali – in conformità alle direttive comunitarie – vengono definitivamente “contrattualizzate” alla stregua di rapporti paritetici.

All’art. 2 segue, in ordine non solo topografico, ma anche di importanza, la norma dell’art. 3, il quale, sotto la rubrica “Definizioni”, riporta in 51 commi (alcuni dei quali suddivisi a loro volta in paragrafi) il contenuto dei concetti giuridici utilizzati nel Codice, riprendendo la terminologia, in parte, dalle direttive comunitarie, ed in parte, dalle definizioni offerte dalla normativa interna.

Tra queste, in particolare, si segnalano le definizioni di:

1) “appalto di lavori pubblici” (comma 7), in cui, conformemente all’orientamento comunitario, viene fatta ora rientrare non solo l’ipotesi di contratto avente ad oggetto la sola esecuzione di lavori, ma anche l’ipotesi di appalto che ha per oggetto sia l’esecuzione che la progettazione di lavori e la c.d. esecuzione “con qualsiasi mezzo”, circoscritta alla sola figura del c.d. *General Contractor* disciplinata nell’ambito del Capo relativo ai lavori riguardanti infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi³¹.

Con il recepimento della nozione comunitaria di “appalto di lavori” vengono meno, in particolare, le due figure di elaborazione nazionale di appalto “integrato” e appalto “concorso”, che confluiscono nell’unitaria e generale nozione offerta dal comma 7, e dunque non più confinate a casi tassativamente previsti;

2) “concessione di servizi” (comma 12), introdotta per la prima volta nel diritto comunitario degli appalti pubblici e da coordinare con l’art. 30 del Codice, che ne prevede una disciplina minima³².

Nella specie, come precisato da dottrina e giurisprudenza, le concessioni di servizi, pur presentando le medesime caratteristiche di un appalto di servizi, si differenziano da quest’ultimo non solo per le modalità di remunerazione (non un prezzo, ma essenzialmente il diritto di gestire il servizio), ma anche per il desti-

³¹ In proposito, v. utilmente F. CINTIOLI, *Profili ricostruttivi del General Contractor*, in *GiustAmm.it*, n. 4, 2004, reperibile *on line*.

³² La marcata “contrattualizzazione”, inizialmente originatasi dal regolamento (CE) n. 1893/1991 del Consiglio, del 20 giugno 1991, relativo all’azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, *GUCEL* 169, 26 giugno 1991, si è progressivamente diffusa, tanto da divenire lo strumento ordinario di regolazione nazionale dei rapporti con gli erogatori di servizi pubblici: cfr. M. CAPANTINI, *I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive*, A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, p. 15 ss. Ne consegue, ad es., che, nel redigere il testo della convenzione per una concessione di servizi, all’amministrazione risulteranno preclusi i tradizionali rimedi pubblicistici, quali la revoca ovvero la declaratoria di decadenza per inadempimento del concessionario, in luogo dei quali potrà farsi ricorso al diritto di recesso a favore del concedente (*ex art. 1373 c.c.*, il cui capoverso lo prevede *ope legis* proprio per i rapporti di durata), ovvero a clausole risolutive espresse (*ex art. 1456 c.c.*) per sanzionare eventuali “condotte devianti” del concessionario. Sul punto, v. *amplius* A. MOZZATI, *La concessione di servizi nel Codice dei contratti pubblici*, in *Econ. dir. terz.*, 2006, pp. 294-298.

natario dei servizi, che nell'appalto è l'amministrazione aggiudicatrice, mentre nella concessione è la collettività³³.

Sul punto, l'art. 30 del Codice ribadisce l'inapplicabilità delle disposizioni in materia di appalti pubblici alle concessioni di servizi, salve alcune deroghe. Con riguardo alle concessioni di servizi, infatti, fermo restando il rispetto dei principi del TCE e dei principi generali di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, è prevista quale modalità di scelta del concessionario lo svolgimento di una preventiva gara informale con almeno cinque concorrenti e con predeterminazione dei criteri selettivi. E ciò, in conformità alle più recenti pronunce della Corte di giustizia in merito all'esigenza di un'adeguata pubblicità e alla non compatibilità con il diritto comunitario dell'attribuzione di concessione di servizi senza gara³⁴.

Alle concessioni di servizi si applicano, altresì, le disposizioni della parte IV del Codice in materia di contenzioso e, in quanto compatibile, l'art. 143, comma 7, in materia di concessioni di lavori pubblici. Con riguardo a queste ultime, in

³³ La disciplina comunitaria sembra, così, porre l'accento sull'elemento del "rischio gestionale" quale fattore determinante ai fini della nozione di concessione, ove è chiaramente riconoscibile l'approccio anglosassone: cfr. C. H. BOVIS, *Developing Public Procurement Regulation: Jurisprudence and its Influence on Law Making*, in *CML Rev.*, 2006, p. 480, "the subject of the concession derives from the transfer by an awarding authority of the execution of a service within its responsibility to the public".

³⁴ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH et al.*, *Raccolta*, p. I-10745 (con note di: G. GRECO, in *RIDPC*, 2000, p. 1419 ss.; M. V. FERRONI, in *Corr. giur.*, 2001, p. 489 ss.; F. LEGGIADRO, in *Urb. app.*, 2001, p. 487 ss.); dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle et al.*, *Raccolta*, p. I-1 (con note di: G. ASTEGIANO, in *Contr. St. Enti Pubbl.* 2005, p. 231 ss.; C. GUCCIONE, in *G. dir. amm.*, 2005, p. 271 ss.; L. IERA, in *Nuovo dir.*, 2005, p. 351 ss.; A. SCINO, in *Guida al diritto*, n. 4, 2005, p. 101 ss.; R. URSI, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 134); del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, *Raccolta*, p. I-8585 (con note di: P. LOTTI, in *Urb. app.*, 2006, p. 31 ss.; G. PIPERATA, in *G. dir. amm.*, 2006, p. 133 ss.; R. URSI, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 76 ss.). Sul principio di trasparenza, cfr. P. CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*, in *RTDE*, 2002, p. 413 ss. Lo stesso libro bianco della Commissione, del 12 maggio 2004, sui servizi di interesse generale, COM(2004)374 def., evidenzia come il principio di trasparenza sia fondamentale per il raggiungimento dell'obiettivo di un mercato reale e competitivo: "il principio dovrebbe essere applicato a tutti gli aspetti del processo di erogazione del servizio e dovrebbe riguardare la definizione delle funzioni del servizio pubblico, l'organizzazione, il finanziamento e la regolamentazione dei servizi, nonché la produzione e la valutazione degli stessi, compresi i meccanismi di gestione delle azioni legali" (punto 3.8). Il profilo viene ribadito, a seguito del recente riordino, dalla comunicazione interpretativa della Commissione, del 1° agosto 2006, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, COM(2006)179 def., *GUUE C 179*, 1° agosto 2006, p. 2, spec. par. 1.2, con puntuali riferimenti alla giurisprudenza comunitaria; nonché dalla direttiva 2006/123/CE del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (ex Bolkestein), *GUUE L 376*, 27 dicembre 2006, p. 1 (cfr. i considerando 97 e 102 ripresi dall'art. 12: "Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento").

particolare, il regime introdotto dal Codice rappresenta una novità assoluta. Come dispone in via generale l'art. 142, comma 3, infatti: "Alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo deroghe puntuali previste nel presente capo, le disposizioni del presente codice".

4. Tra gli strumenti negoziali e organizzativi di primaria importanza introdotti dal nuovo *Codice*, è opportuno soffermarsi, sia pure brevemente, sugli istituti:

1) dell'*accordo quadro*, il quale, disciplinato nei contenuti dall'art. 59 del Codice, è definito dall'art. 3, comma 13, come l'accordo, concluso tra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici, il cui scopo è di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste³⁵.

I vantaggi principali connessi all'impiego di tale figura – che secondo alcuni trae origine dalla prassi commerciale internazionale (*framework agreements*), secondo altri rappresenta invece una nuova tipologia di contratto costruita sulla falsariga di figure negoziali preesistenti negli ordinamenti interni di alcuni Stati membri³⁶ – consistono, come noto, nella possibilità per le imprese di poter realizzare una produzione programmata in funzione delle vendite, vantaggiosa specie nell'ambito di transazioni commerciali di particolare rilevanza economica e, per gli enti aggiudicatari, di prevedere e determinare in anticipo i costi dei programmi di investimento, con notevoli vantaggi sia in termini organizzativi che finanziari³⁷.

In proposito, si ricorda che la figura dell'accordo quadro era, in passato, prevista soltanto per i settori speciali. Oggi, invece, l'istituto trova un'applicazione estesa e generalizzata, con l'unica particolarità che, rispetto alla direttiva 93/38/CEE (ed ora alla direttiva 2004/17/CE), con riguardo ai settori c.d. "tradizionali" per la stipula dell'accordo-quadro, vige l'obbligo di ricorrere alla previa gara, mentre nei settori speciali il confronto concorrenziale nella fase preventiva è previsto come condizione esclusivamente per l'affidamento con procedura negoziata e senza bando a favore dei soggetti firmatari dell'accordo. Per il resto (procedure, durata massima di quattro anni, possibilità di concluderlo tanto con uno quanto con più operatori economici) la disciplina, nel passaggio dalle direttive al Codice, resta sostanzialmente invariata.

Rispetto alla direttiva 2004/18/CE, il Codice si limita ad aggiungere, in caso di appalti basati su accordi-quadro conclusi con più operatori economici senza un nuovo confronto competitivo, l'obbligo di indicare l'ordine di priorità (privi-

³⁵ Cfr. R. SCREPANTI, G. PASQUINI, *op. cit.*, pp. 81-87; R. CARANTA, *Gli accordi quadro*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 447 ss.

³⁶ Per la prima interpretazione, G. MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *RIDPC*, 1993, p. 784; per la seconda, A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, Roma, 2001, p. 206.

³⁷ Cfr. R. SCREPANTI, G. PASQUINI, *op. cit.*, p. 83.

legiando il criterio della rotazione) per la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto. Per gli appalti di lavori, l'accordo quadro viene recepito limitatamente a lavori standardizzati e ripetitivi, come la manutenzione ed il restauro (l'individuazione di ipotesi ulteriori è rimessa al regolamento).

Nell'ottica "pro-concorrenziale" che ispira il Codice nel suo complesso, l'art. 59, comma 10, afferma poi, espressamente, che "le stazioni appaltanti non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza"³⁸;

2) del *sistema dinamico di acquisizione*, definito dall'art. 3, comma 14, come il processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, limitato nel tempo ed aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico, che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri³⁹.

Superando le iniziali incertezze del legislatore europeo che, nella normativa antecedente all'entrata in vigore delle due direttive, manifestava ancora una certa diffidenza verso l'uso degli strumenti elettronici in sostituzione dei mezzi ordinari di espletamento delle procedure di appalto, l'impiego delle nuove tecnologie quale strumento di gara per l'aggiudicazione degli appalti pubblici sembra ora, anche alla luce della previsione codicistica, pienamente accolto e riconosciuto⁴⁰.

³⁸ Sulla funzione "pro-concorrenziale" svolta dall'"accordo negoziale" nella prospettiva europea, P. ALBERTI, *The Evolution of Public Contracts in European Law*, in *ERCL*, 2006, p. 391; e sul connesso processo di esternalizzazione dei servizi pubblici mediante contratti, cfr. P. BIRKINSHAW, T. PROSSER, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della Pubblica Amministrazione in Europa*, Torino, 2003, pp. 169-266. In generale, per una valutazione comparativa tra i sistemi europei in relazione alla contrattualistica pubblica, resta valido D. CORAPI, *Riflessioni comparatistiche sulla recente evoluzione dei rapporti contrattuali tra soggetti pubblici e privati*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 473. A riguardo, si è anche prospettato che, in sede di recepimento, dopo la procedura finalizzata alla stipula dell'accordo quadro, fosse prevista la possibilità di effettuare la fase di rilancio competitivo diretta alla stipula dei singoli contratti attraverso l'asta elettronica (v. oltre, *sub n.* 3), utilizzando la piattaforma tecnologica già approntata da Consip s.p.a. per la realizzazione ed esecuzione delle procedure telematiche di acquisto, di cui al D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101, *Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi*, *GURI* n. 125, 30 maggio 2002.

³⁹ Il riferimento agli acquisti con caratteristiche generalmente disponibili sul mercato è indicativo, osserva G. BARBON, *I sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 458, dell'esclusione del ricorso a tali sistemi nei casi di acquisto di forniture o servizi di particolare complessità tecnica, come pure per l'acquisto di quelle forniture realizzate secondo specifiche tecniche del committente le cui caratteristiche non sono facilmente rinvenibili sul mercato.

⁴⁰ V., sul punto, G. BARBON, *op. cit.*, pp. 452-453. Come osserva l'autore (p. 457), a differenza delle aste elettroniche, tuttavia, la disciplina dei sistemi dinamici di acquisizione non deriva interamente da esperienze comuni e diffuse, ma dalla spinta di singoli Stati membri, i quali hanno manifestato l'esigenza di poter disporre di un sistema elettronico "aperto", cioè accessibile in

L'importanza dello strumento in chiave di modernizzazione del sistema di gestione ed organizzazione degli appalti emerge dalla stessa direttiva 2004/18/CE – che ha svolto un ruolo cardine nella realizzazione di un sistema di *e-procurement* pubblico – la quale, al considerando 12, evidenzia che “... tali tecniche consentono un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di danaro derivante dal loro utilizzo”.

Gli stessi principi ispirano, quindi, l'introduzione dell'istituto nel nuovo Codice, il quale, con l'art. 60, disciplina il sistema dinamico di acquisto secondo le medesime modalità previste dall'art. 33 della direttiva 2004/18/CE, precisando che: “Le stazioni appaltanti possono ricorrere a sistemi dinamici di acquisizione, in modo da non ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza e senza porre contributi di carattere amministrativo a carico degli operatori economici interessati o dei partecipanti al sistema”⁴¹. In questo modo, si introduce a livello interno l'apparato normativo attraverso cui procedere alla costruzione di modalità innovative per l'acquisto di beni e servizi da parte delle amministrazioni pubbliche che, senza oneri aggiuntivi e per tutto il periodo che va dalla pubblicazione del bando all'acquisto finale, sono tenute a consentire a qualunque operatore di essere ammesso al sistema mediante la presentazione di un'offerta indicativa. Immediata conseguenza di ciò è, come evidente, una grande flessibilità nell'incontro tra domanda ed offerta in un contesto di costante confronto competitivo⁴²;

3) dell'*asta elettronica* (art. 3, comma 15), che rappresenta un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte, permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico (gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono quindi essere oggetto di aste elettroniche)⁴³.

qualunque momento per l'intero periodo di attività di esso. Sul punto, si rinvia anche a C. LACAVA, *Appalti e nuove tecnologie*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 51.

⁴¹ Così il comma 1; cfr. anche, a riguardo, il comma 14.

⁴² In merito all'introduzione del sistema dinamico di acquisizione è stato proposto, alla luce dell'esperienza maturata, di prevedere espressamente nel Codice Consip s.p.a. quale gestore “a tutto campo” del sistema dinamico di acquisto per le pubbliche amministrazioni. La soluzione, tuttavia, non è stata accolta nella versione finale del Codice.

⁴³ La nozione di “asta elettronica” è stata codificata e definita per la prima volta dalla direttiva 2004/18/CE, pur trovando applicazione in vari Stati membri già da diverso tempo (in Italia era espressamente disciplinata nel richiamato D.P.R. n. 101/2002). L'asta elettronica, così come regolata nella direttiva e poi accolta nel Codice, si presenta peraltro strutturalmente diversa dalla gara telematica prevista dal D.P.R. n. 101/2002, potendosi inserire in una delle procedure tradizionali (aperta, ristretta o negoziata) quale mera tecnica di svolgimento della gara. A riguardo, G. BARBON, *op. cit.*, p. 451 ss.; Id., *Le aste elettroniche*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di) *op. cit.*, p. 761 ss.; C. LACAVA, *Appalti e nuove tecnologie*, cit., pp. 45-54.

Come evidenziato dalla relazione predisposta dalla Commissione di esperti in riferimento all'art. 85 (ove l'istituto è disciplinato), la circostanza che il Codice inserisca, al pari del legislatore comunitario, la disciplina delle aste elettroniche nella parte relativa all'aggiudicazione dell'appalto, e non già in quella relativa alle procedure di gara (aperte, ristrette o negoziate previo bando), è in sé indicativa del fatto che tale strumento non si configuri come una procedura a sé stante, ma come una fase di negoziazione telematica che può precedere l'aggiudicazione dell'appalto.

Inoltre, diversamente dal D.P.R. n. 101/2002 nel quale il ricorso alle procedure telematiche di acquisto deve essere deliberato e motivato di volta in volta dall'amministrazione interessata, costituendo una procedura autonoma ed alternativa alla procedura tradizionale, nelle direttive e nel Codice l'asta elettronica costituisce strumento usuale di aggiudicazione di procedure aperte, ristrette o negoziate con bando.

L'unica condizione stabilita dal diritto comunitario per il ricorso all'asta elettronica, e recepita dal nostro legislatore, è che le specifiche dell'appalto possano essere stabilite in maniera precisa e che le offerte corrispondenti siano suscettibili di valutazione automatica da parte del mezzo elettronico⁴⁴;

4) della *centrale di committenza* (art. 3, comma 34), ossia un'amministrazione aggiudicatrice che: a) acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori, ovvero b) aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori⁴⁵.

Sul punto, vale la pena ricordare che l'inserimento di specifiche disposizioni normative sulle centrali di committenza nelle direttive in materia di appalti e, di seguito, nel Codice appena approvato, è il risultato dell'attenzione via via crescente che Unione europea e Stati membri hanno iniziato a manifestare a partire

⁴⁴ Tanto nel diritto comunitario quanto nel Codice, inoltre, i requisiti di partecipazione alla procedura di gara, ivi compresa la fase di asta elettronica, sono stabiliti volta per volta dal bando di gara e quindi valutati dalla amministrazione aggiudicatrice, non essendo prevista la modalità di abilitazione preliminare valida fino a 24 mesi di cui all'art. 9 del richiamato D.P.R. n. 101/2002. Ancora, nelle direttive, il ricorso all'asta elettronica è ammissibile anche nell'ambito di procedure finalizzate all'affidamento di lavori, mentre il D.P.R. n. 101/2002 limita la possibilità di ricorrere a procedure telematiche di acquisto agli approvvigionamenti di beni e servizi. Infine, mentre alla procedura di asta elettronica delineata dalle direttive appare connaturata la progressiva rinegoziazione delle offerte attraverso la tecnica dei rilanci (definiti come presentazione di nuovi prezzi e/o nuovi valori rispetto ad un primo set di offerte ritenute – automaticamente dal sistema, ovvero dalla stessa amministrazione aggiudicatrice pur sempre attraverso valutazioni vincolate – ammissibili, nonché conformi ai criteri di aggiudicazione stabiliti dal bando ed alla relativa ponderazione), non altrettanto può dirsi della gara telematica prevista dal D.P.R. n. 101/2002, rispetto alla quale la tecnica dei rilanci non è in alcun modo definita. Ciò considerato, si ritiene che il predetto regolamento, almeno per ciò che concerne la regolamentazione degli acquisti di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario, sia destinato ad essere abrogato *ex art. 15* prel.

⁴⁵ A riguardo, v. L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza*, in L. FIORENTINO, C. LACAVA (a cura di), *op. cit.*, pp. 63-70; R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 231 ss.

dagli anni novanta nei confronti dei modelli di gestione delle amministrazioni pubbliche. Essi, infatti, incidendo sull'attività contrattuale attraverso interventi di razionalizzazione organizzativa e di semplificazione procedurale, consentono di ridurre i costi di gestione.

La centrale d'acquisti ha dunque trovato ampia applicazione da parte degli Stati membri soprattutto in un'ottica di razionalizzazione della spesa pubblica. Sul punto, in maniera significativa, il considerando 15 della direttiva 2004/18/CE prende espressamente atto che le tecniche di centralizzazione della committenza pubblica "consentono, dato il volume degli acquisti, un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica"⁴⁶.

Nell'esperienza italiana, il pensiero è rivolto, *in primis*, alla Consip s.p.a. (società istituita con l'art. 26 della legge n. 488/99) cui, com'è noto, il legislatore ha conferito il compito di stipulare le convenzioni-quadro di beni e servizi per le pubbliche amministrazioni. Consip, in quanto centrale di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi per le pubbliche amministrazioni, rientra infatti senza dubbio nella definizione di "centrale di committenza" fornita dall'art. 3, comma 34, del Codice. Per questa ragione, nella fase delle consultazioni preliminari anche la nozione di "centrale di committenza" (così come il sistema dinamico di acquisizione) è stato oggetto di attenta valutazione⁴⁷.

In linea generale, si deve riconoscere che l'accoglimento di un modello operativo come le centrali di committenza consente di coniugare – ed il merito di ciò spetta alla Commissione europea, che già a partire nell'ottobre del 2001, dopo le iniziali proposte di direttiva (che non contenevano alcun riferimento all'istituto), ha proposto l'inserimento di una disposizione specifica sul punto – le esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica – oramai ineludibile, anche a causa delle dimensioni europee dell'attuale estensione strutturale e organizzativa delle amministrazioni pubbliche – a quella – anch'essa assolutamente indifferibile alla luce del TCE – di un'apertura effettiva alla concorrenza;

5) del *dialogo competitivo* (art. 3, comma 39) quale vera e propria procedura, nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, qualora ritenga che la procedura aperta o ristretta non consentano l'aggiudicazione dell'appalto (da cui, il carattere eccezionale del dialogo), avvia un confronto con i candidati ammessi, al fine di elaborare una o più soluzioni idonee a soddisfare le sue necessità (non determinabili con precisione a priori) e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte.

Attraverso il dialogo competitivo l'amministrazione pubblica può quindi disporre dell'offerta che soddisfa nel modo migliore le sue necessità, definendo,

⁴⁶ Cfr. anche il considerando 16, l'art. 1, comma 10, e l'art. 11 della direttiva "classica", nonché i considerando 23 e 24 e gli articoli 1, comma 8 e 29 della direttiva "settori".

⁴⁷ Il Codice, valutando la possibile istituzione di centrali di acquisto anche a livello regionale, non menziona esplicitamente Consip nelle disposizioni di recepimento, al fine di fugare il rischio di una "codificazione" del modello da essa rappresentato per le amministrazioni statali.

attraverso il confronto con le imprese che partecipano alla gara, i contenuti del capitolato tecnico relativo ad appalti di particolare complessità (v. il settore della sanità e le opere infrastrutturali rilevanti)⁴⁸.

Il ricorso al dialogo competitivo (disciplinato dall'art. 58 del Codice) si rivela particolarmente utile là dove la stazione appaltante non è oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici necessari a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, ovvero non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica e/o finanziaria di un progetto. L'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico è, comunque, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tra le novità introdotte in sede di recepimento⁴⁹ si annoverano, in particolare:

a) l'introduzione di una definizione di appalti *particolarmente complessi*, ossia di quegli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche;

b) la previsione dell'obbligo di fornire specifica motivazione circa l'effettiva sussistenza di tali elementi da parte della stazione appaltante, la quale, durante la fase di dialogo, dovrà in ogni caso garantire la parità di trattamento tra tutti i partecipanti, non fornendo, ad es., in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri;

c) di escludere qualunque responsabilità in capo alle amministrazioni aggiudicatrici nell'ipotesi in cui nessuna delle soluzioni proposte soddisfi le proprie necessità o obiettivi. In questo caso, esse saranno semplicemente tenute ad informare immediatamente i partecipanti, ai quali non spetta alcun indennizzo o risarcimento;

d) la possibilità per le imprese partecipanti alla procedura di precisare i criteri di valutazione delle offerte in relazione alle particolarità delle soluzioni prospettate;

⁴⁸ Cfr. R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 299 ss.; R. SCREPANTI, G. PASQUINI, *op. cit.*, p. 73. Nella più recente dottrina straniera, cfr. L. E. RAMSEY, *The New Public Procurement Directives: A Partial Solution to the Problems of Procurement Compliance*, in *EPL*, 2006, p. 275 ss.

⁴⁹ Il nostro legislatore ha, dunque, accolto quella che il legislatore comunitario configurava come una semplice facoltà. Secondo il considerando 16 della direttiva 2004/18/CE infatti: "Al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva".

e) l'introduzione di una disciplina di raccordo con la finanza di progetto, diretta a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere al dialogo competitivo quando nessuna delle proposte corrisponde all'interesse pubblico ai sensi dell'art. 154, con la previsione che i soggetti aspiranti promotori sono ammessi a partecipare al dialogo.

Conformemente ai principi generali che ispirano la disciplina, anche con riferimento al dialogo competitivo il Codice specifica che il ricorso allo strumento non può comunque avvenire in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza⁵⁰.

Tra le disposizioni inserite nella Parte III del Codice, particolare interesse riveste l'art. 218, che recepisce l'art. 23 della direttiva 2004/17/CE, relativo all'esclusione dell'applicazione della disciplina comunitaria agli affidamenti ad imprese collegate ed agli affidamenti nell'ambito di *joint-ventures* costituite da soggetti aggiudicatori⁵¹. La norma, in particolare, recepisce la figura dell'*in house providing*, espressione che, elaborata dalla giurisprudenza comunitaria, è utilizzata ad indicare un modello di organizzazione in cui l'amministrazione provvede ai propri bisogni mediante lo svolgimento di un'attività interna alla

⁵⁰ Sono state espresse riserve ed osservazioni sull'istituto del dialogo competitivo. A riguardo, è stata evidenziata l'opportunità di recepire lo strumento del dialogo competitivo sia nel campo dei lavori, sia in quello dei servizi. L'esperienza degli appalti internazionali ha dato dimostrazione dell'utilità di questo strumento, impiegato di norma per appalti di lavori di rilevante importo (\$ 500mln), quando l'amministrazione intende dialogare con le imprese per mettere a punto i profili tecnici, giuridici e finanziari di importanti investimenti in infrastrutture e impianti. Nel recepire tale figura, è stata messa a punto una nozione di "appalto particolarmente complesso" comprensiva sia degli aspetti qualitativi che di quelli quantitativi, all'uopo considerando anche l'opportunità di individuare una soglia di valore. È stato proposto di recepire alcuni profili della procedura internazionale (così, dopo una prima fase in cui la stazione appaltante, partendo da un documento preliminare che enuncia il quadro delle esigenze dell'opera, richiede a tutti i partecipanti di presentare le proprie soluzioni tecniche, il committente giunge ad individuare una sola soluzione, su cui chiede ai partecipanti al dialogo di fornire un'offerta finale, di natura economica e di tempo, al cui esito aggiudica l'appalto).

⁵¹ Il considerando 32 chiarisce che "è opportuno escludere taluni appalti di servizi, forniture e lavori attribuiti a un'impresa collegata la cui attività principale consista nel prestare tali servizi, forniture o lavori al gruppo cui appartiene, invece di offrirli sul mercato"; tale opportunità sussiste anche con riferimento all'ipotesi di affidamento "da un ente aggiudicatore a una *joint-venture*, costituita da più enti aggiudicatori per svolgere attività considerate dalla presente direttiva e di cui essa faccia parte". L'esigenza è, in particolare, di "evitare che tale esclusione provochi distorsioni di concorrenza a beneficio di imprese o *joint-ventures* che sono collegate agli enti aggiudicatori" e pertanto "occorre prevedere un insieme appropriato di norme, segnatamente per quanto riguarda i limiti massimi entro cui le imprese possono ricavare parte della loro cifra d'affari dal mercato e oltre i quali perderebbero la possibilità di vedersi attribuiti appalti senza indizioni di gara, la composizione di tali *joint ventures* e la stabilità delle relazioni tra queste ultime e gli enti aggiudicatori di cui sono composte".

stessa⁵². Come chiarito nella celebre sentenza *Teckal*⁵³ – che ha fornito un contributo decisivo nell’elaborazione dell’istituto – la mancanza di terzietà e di una relazione intersoggettiva tra la stazione appaltante e il soggetto appaltatore, elimina l’obbligo di indizione di una gara, sottraendo alle procedure di aggiudicazione previste per gli appalti pubblici tutte le fattispecie nelle quali ricorrano contemporaneamente due requisiti: 1) l’esercizio da parte dell’amministrazione aggiudicatrice di un controllo sul soggetto aggiudicatario *analogo* a quello che essa esercita sui propri servizi; 2) l’esercizio da parte del soggetto aggiudicatario della parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che lo controllano.

Quando il legame tra amministrazione aggiudicatrice e il soggetto affidatario si configura quale rapporto di *delega interorganica*, l’amministrazione aggiudicatrice può, alla luce di una nozione funzionale di rapporto interorganico, ricorrere all’affidamento diretto, in deroga alle disposizioni comunitarie. La novità principale accolta dal Codice sul tema riguarda, nella specie, l’estensione anche agli appalti di lavori e forniture dell’esenzione dell’affidamento ad imprese collegate e *joint venture*, inizialmente limitata agli ai soli appalti di servizi.

5. Quanto ai profili organizzativi, si segnalano le norme in materia di Autorità di vigilanza, di Osservatorio, di Sportello dei contratti pubblici e di Responsabile del procedimento.

L’Autorità di vigilanza diventa autorità “per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture” (art. 6), acquistando, così, una competenza generale sugli appalti pubblici. Non ha più soltanto, quindi, la vigilanza sui “lavori pubblici”, ma anche sui “servizi” e le “forniture”. L’obiettivo di fondo

⁵² In argomento, F. CARINGELLA, *Affidamento in house*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 231-260; A. NOBILE, *Le nuove direttive*, cit., pp. 31-33, R. RONIGER, F. NEUMAYR, H. HEMMELRATH, *op. cit.*, p. 58.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia dell’8 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal S.r.l., Raccolta*, p. I-8121, ripresa dalla successiva del 6 aprile 2006, causa C-410/04, *A.N.A.V.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 20-26 (con note di C. LACAVA, in *G. dir. amm.*, 2006, p. 841 e S. ROLANDO in *Giur. it.*, 2006, p. 2173), in risposta all’ordinanza di rimessione del TAR Puglia, Bari, sez. III, dell’8 settembre 2004, n. 885, (con note di J. BERCELLI, in *Foro amm./TAR*, 2004, p. 2654 e B. DELFINO in *Giust. amm.*, 2004, II, p. 1020); ne dà ampiamente conto G. GUZZO, *Servizi pubblici locali e affidamenti in house nella più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in www.LexItalia.it, n. 7-8, 2006, reperibile *on line*. Sugli ultimi sviluppi normativi, v. ora P. ANSELMO, L. COMBERIATI, *Affidamento diretto e concorrenza nel decreto Bersani. L’incertezza continua*, in www.diritto.it, reperibile *on line* dal 7 dicembre 2006. Cfr. anche la segnalazione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge-delega in materia di tali servizi*, 28 dicembre 2006, AS375, in cui “l’Autorità auspica una revisione della normativa dei servizi pubblici locali che consenta un’effettiva apertura del mercato e garantisca un assetto maggiormente concorrenziale del settore anche a tutela dei cittadini in quanto consumatori, come si propone il disegno di legge delega in materia di servizi pubblici approvato dal Consiglio dei Ministri in data 30 giugno 2006”, suggerendo taluni aggiustamenti da apportare, in particolare, all’art. 2 del Progetto di articolato (d.d.l. S772, c.d. “Lanzillotta”).

dell'attività dell'Autorità è garantire la correttezza e la trasparenza delle procedure di scelta del contraente e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara (facendo comunque salve le competenze delle altre Autorità ed in particolare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). Tra gli altri compiti dell'Autorità di vigilanza si segnala la predisposizione e l'invio al Parlamento ed al Governo di una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore della contrattualistica pubblica. Nell'ambito della propria attività, l'Autorità di vigilanza può disporre ispezioni ed è tenuta a segnalare alla Corte dei conti e alle altre Autorità competenti eventuali irregolarità anche di carattere penale, ovvero allorché causano un danno al pubblico erario.

L'Osservatorio dei contratti pubblici, strutturato in una sezione centrale e in altre regionali (art. 7), ha vari compiti, ma tra essi meritano di essere segnalati quelli relativi alla determinazione annuale dei costi standardizzati per tipo di lavoro e per tipo di servizio e fornitura, in relazione a specifiche aree territoriali. Tali prezzi sono presi in considerazione dalle amministrazioni a fini di orientamento nella rilevazione della congruità delle offerte (art. 89, comma 2).

Le stazioni appaltanti possono, poi, istituire un apposito Sportello (che può funzionare anche per via telematica, secondo le regole contenute nel *Codice dell'amministrazione digitale*) dei contratti pubblici al fine di assistere i soggetti che intendono presentare un'offerta (art. 9).

Il Responsabile del procedimento (art. 10) è l'interfaccia delle imprese⁵⁴. Svolge compiti importanti sia perché svolge tutti quelli previsti in fase di affidamento, sia perché cura tra l'altro il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo. Nel caso di servizi e forniture, la direzione dell'esecuzione del contratto spetta al responsabile del procedimento, tranne che per i contratti di maggiore importanza (in tal caso sarà il regolamento ad individuare il soggetto responsabile).

6. Tra le figure disciplinate meritano menzione i contratti misti ed i contratti di sponsorizzazione, perché spesso, in passato, hanno dato luogo a problematiche interpretative ed il legislatore si è di frequente allontanato dalla disciplina comunitaria in materia.

Per quanto concerne i c.d. "contratti misti", l'approccio seguito dal Codice, a differenza di quanto avveniva in passato, è qualitativo e non quantitativo⁵⁵. Secondo tale impostazione, la qualificazione dell'appalto misto prescinde dal valore economico delle singole prestazioni, valorizzando, invece, l'oggetto prin-

⁵⁴ Anche tale figura procedimentale, prevista dalla richiamata l. n. 109/94 per i "lavori", è stata estesa, in ossequio ai principi di cui alla l. n. 241/90 riformata, anche a "servizi" e "forniture".

⁵⁵ Cfr., per tutte, la sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 1994, causa C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional SA*, *Raccolta*, p. I-1329 (con nota G. GRECO, *Contratti "misti" e appalti comunitari*, in *RIDPC*, 1994, p. 1258 ss., con ulteriori riferimenti giurisprudenziali), in cui viene ampiamente argomentata la consolidata applicazione di tale criterio anche nei confronti della P.A.

principale del contratto; e tuttavia, utilizzando il parametro dettato dalla legge comunitaria per il 2005 (art. 24), il criterio quantitativo finisce per assurgere a criterio esegetico per determinare quale sia la prestazione “principale” e quella “accessoria”, risultando forse più produttivo fare riferimento, nell’economia del contratto, alla c.d. “prestazione caratteristica”⁵⁶.

Per quanto concerne i contratti di sponsorizzazione, il Codice estende l’applicazione delle norme, già previste dalla legge Merloni per i lavori, anche ai servizi e alle forniture. Si applicano, quindi, le sole norme in materia di requisiti soggettivi dei progettisti e degli esecutori del contratto.

7. Meritano, inoltre, di essere segnalate alcune disposizioni in materia di idoneità professionale, di qualificazione nonché di norme di garanzia della qualità. I soggetti esecutori di lavori pubblici devono essere qualificati, secondo il sistema di qualificazione che sarà definito con il regolamento attuativo del Codice. La capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi potrà essere dimostrata attraverso la presentazione di idonee dichiarazioni bancarie dei bilanci o degli estratti dei bilanci dell’impresa, ovvero di una dichiarazione concernente il fatturato globale dell’impresa e l’importo relativo a forniture o servizi identici a quelli della gara realizzati nell’ultimo triennio.

La capacità tecnica dell’impresa potrà essere dimostrata attraverso dichiarazione attestante alcuni profili curriculari dell’impresa quali, ad es., i servizi e le forniture effettuate nell’ultimo triennio, le attrezzature tecniche possedute, l’esito di controlli effettuati dalla stazione appaltante. Allorché occorre dimostrare l’ottemperanza in materia di garanzia della qualità, le stazioni appaltanti fanno riferimento alle norme europee in materia di sistemi di assicurazione della qualità, così come nel caso si richieda l’indicazione di misure di gestione ambientale. Il profilo di sicura novità è costituito peraltro dalla possibilità da parte dei soggetti esecutori di accreditarsi ai fini dell’aggiudicazione tramite l’istituto – dalle non secondarie complicità applicative – del c.d. *avvalimento* (articoli 49-50). Sempre allo scopo di incentivare il tasso di competitività sui contratti pubblici, la Corte comunitaria ha infatti riconosciuto che un’impresa potesse beneficiare, in sede di gara, dei requisiti di altri soggetti appartenenti al

⁵⁶ Tale nozione, adoperata per la prima volta in occasione del varo della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 (resa esecutiva in Italia con l. 18 dicembre 1984, n. 975) – la cui Relazione di accompagnamento la definisce, in riferimento all’art. 4, comma 2, “centro di gravità della prestazione e funzione economico-sociale dell’operazione contrattuale” – trae origine dal diritto svizzero, per cui cfr. M. KELLER, J. KREN KOSTKIEWICZ, *IPRG Kommentar*, Zürich, 1993, sub art. 116, n. 69 ss. Per i necessari approfondimenti, il rinvio è d’obbligo a U. VILLANI, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, in *RDIPP*, 1993, p. 513 ss. La nozione è destinata a rivitalizzarsi, a seguito della recente proposta di regolamento della Commissione, del 15 dicembre 2005, COM(2005)650 def., sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. “Roma I”), successiva all’analoga proposta di regolamento, del 22 luglio 2003, COM(2003)427 def., sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. “Roma II”): in argomento, O. LOPES PEGNA, *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento “Roma I”*, in *RDI*, 2006, p. 756 ss.

medesimo gruppo imprenditoriale⁵⁷. Le direttive comunitarie, a cui il nuovo Codice ha inteso dare attuazione, hanno allargato le maglie, consentendo, per un verso, di impiegare i requisiti e le capacità di soggetti terzi, anche “estranei” al medesimo gruppo imprenditoriale; per altro verso, confermando la necessità che venga dimostrata la concreta disponibilità di tali requisiti e capacità da parte del concorrente che intenda avvalersene.

L'introduzione di questo modello operativo comporterà presumibilmente la corrispondente compressione di quello del raggruppamento temporaneo di imprese, con talune rilevanti incongruenze. Anzitutto, l'art. 49, comma 4, stabilisce che il concorrente alla gara e l'impresa ausiliaria “sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”. Ciò implica che tra l'impresa aggiudicataria e quella ausiliaria verrà, di fatto, ad instaurarsi una relazione non dissimile, sotto il profilo sostanziale, da quella scaturente da un raggruppamento temporaneo c.d. *orizzontale* (nel quale, cioè, a mente dell'art. 37, comma 5, “l'offerta dei concorrenti raggruppati o ei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori”). E tuttavia, il comma 10 della disposizione in parola stabilisce che il contratto è, in ogni caso, eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, mentre l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore o subappaltatore. Di qui, intuitivamente, la possibile insorgenza di una serie di problemi applicativi nei rapporti interni tra le due imprese, a diverso titolo coinvolte nel contratto nonostante, però, la comune (*rectius*, solidale) responsabilità nella relativa gestione⁵⁸.

La questione è destinata, peraltro, a complicarsi con riferimento al comma 6 del medesimo art. 49, il quale, a sua volta, prevede che il concorrente possa “avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria”,

⁵⁷ Tale indirizzo ha preso avvio con la sentenza della Corte di giustizia del 14 aprile 1994, causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*, *Raccolta*, p. I-1289 (con note di: G. GRECO, in *RIDPC*, 1994, p. 1249 ss.; M. FRONTONI, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, p. 85 ss.; D. SPINELLI, in *Riv. trim. app.*, 1995, p. 307 ss.; A. M. ROMITO, *ivi*, 1996, p. 83 ss.), cui hanno fatto seguito in senso conforme le sentenze del 18 dicembre 1997, causa C-5/97, *Ballast Nedam Groep 2*, *Raccolta*, p. I-7549 (con nota di A. M. ROMITO, in *Riv. trim. app.*, 2000, p. 197) e del 2 dicembre 1999, causa C-176/98, *Holst Italia*, *Raccolta*, p. I-8607 (con note di: G. GRECO, in *RIDPC*, 2000, p. 1405 ss.; G. L. MACHIAVELLI, in *Riv. giur. sarda*, 2000; A. MONTINI, in *Urb. app.*, 2000, p. 443 ss.; P. SIMONE, in *Contratti*, 2000, p. 505 ss.).

⁵⁸ Secondo F. FALCO, *L'istituto dell'avvalimento nelle gare pubbliche d'appalto*, in www.dirittoediserviziubblici.it reperibile *on line* dal 18 gennaio 2007, “tale modus comporta che un'impresa scatola vuota, quindi senza nessuno dei requisiti tecnici ed economici richiesti, che con l'istituto dell'avvalimento acquisisce negli anni molteplici commesse, finirà per partecipare anni dopo in proprio, restando comunque una scatola vuota”. Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere del 28 settembre 2006, n. 3641, in *Edil. terr.*, n. 41, 2006, relativo allo schema di modifica del nuovo Codice, nel dichiarare la propria contrarietà all'attuale divieto, anche per evitare un'eventuale procedura comunitaria di infrazione, ne ha suggerito l'eliminazione prevedendo, viceversa, la facoltà per i concorrenti di “avvalersi” nell'esecuzione dei lavori dell'impresa ausiliaria, nei limiti della competenza di quest'ultima.

rimettendo alla valutazione puramente discrezionale della stazione appaltante di ammettere nel bando di gara l'avvalimento di più imprese ausiliarie, in ragione dell'importo o delle peculiarità delle prestazioni dell'appalto. La norma desta non poche perplessità dato che la sua formulazione, oltre che generica, sembra estendere la regola del divieto di avvalersi di una pluralità di imprese ausiliarie anche ai gruppi societari nei quali, per contro, è frequente la ripartizione delle capacità finanziarie, tecniche e professionali tra le varie componenti soggettive⁵⁹.

In considerazione delle criticità prospettate, un profilo procedimentale di indubbia importanza risulta, pertanto, quello dell'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici (art. 13). L'impostazione seguita parte da un'evidenza: l'accesso è generalmente riconosciuto tranne in alcuni casi espressamente indicati (ad es., nel caso in cui occorre tutelare i segreti commerciali e tecnici dei concorrenti ed aspetti riservati delle offerte o nel caso di pareri legali e di relazioni riservate che la stessa giurisprudenza lo ha sottratto all'accesso)⁶⁰.

Sul punto si osserva che, con riguardo ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, il Codice ha previsto, in conformità a quanto stabilito dalla legge-delega, diverse semplificazioni, relative alle forme di pubblicità, ai termini, e alle procedure di scelta del contraente⁶¹. La flessibilità degli strumenti giuridici, prevista dalla legge-delega come criterio direttivo rivisto per gli appalti sotto-soglia, si realizza in particolare mediante l'estensione a tali appalti di alcuni strumenti propri dei contratti sopra-soglia, tra cui l'attribuzione alla stazione appaltante della scelta in merito: 1) al criterio del prezzo più basso o dell'offerta più van-

⁵⁹ Sul punto, v. utilmente M. FRONTONI, *La holding appaltatrice di lavori pubblici*, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, p. 85, che traccia, non a caso, un interessante parallelo tra i principi affermati dalla Corte comunitaria e le conclusioni del Consiglio di Stato sez. II, nel parere 19 giugno 1991, n. 570, circa la figura, dinanzi accennata, del *General Contractor*. Per opportuni approfondimenti, cfr. G. VILLA, *Pluralità di contraenti e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 198; nonché, in prospettiva comparatistica, O. TROIANO, *Cooperazione stabile, plurisoggettiva e contraente unico*, Milano, 2001. Senza dire che, mentre l'ordinamento comunitario prevede che l'impresa ausiliaria potrebbe prestare i requisiti a "più imprese" concorrenti nella medesima gara, il nuovo Codice lo esclude espressamente. Questa divergenza alimenterà probabilmente ulteriore contenzioso, ben potendo provocare decisioni contrapposte nelle sedi giurisdizionali amministrative nazionali e comunitarie.

⁶⁰ Tale prerogativa deve comunque coordinarsi con il D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, *Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi*, *GURI* n. 114, 18 maggio 2006. In particolare, l'accesso alle offerte tecniche è consentito soltanto a seguito della procedura in contraddittorio, di cui all'art. 3 del nuovo regolamento, nel cui ambito il controinteressato può manifestare la propria motivata opposizione al rilascio di documentazione contenente dati e/o elementi riservati.

⁶¹ Quale diretta emanazione di tali obiettivi, con D.M. 13 dicembre 2006, *GURI* n. 293, 18 dicembre 2006, adottato dal Ministro della Giustizia, si è provveduto ad istituire la quinta serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, appositamente dedicata ai contratti pubblici.

taggiosa; 2) all'appalto di sola esecuzione o di esecuzione e progettazione, solo esecutiva o esecutiva e definitiva; 3) alle imprese da invitare nella licitazione privata. A ciò si aggiunge l'ampliamento del numero di ipotesi di trattativa privata (previo e senza bando) consentito dall'ordinamento comunitario, rispetto all'art. 24 della legge n. 109/1994.

Quali ulteriori strumenti di flessibilità sono poi previsti: a) i lavori in economia, di cui si eleva la soglia a 500.000 euro; b) la procedura ristretta semplificata (ex licitazione semplificata), la cui soglia viene elevata a 1.500.000 euro in armonia con quanto già previsto nel settore degli appalti relativi a beni culturali; c) l'ulteriore ipotesi di trattativa privata, ricostruita mutuando l'art. 24, comma 1, lett. a), legge n. 109/1994.

Nei contratti pubblici la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in linea con quanto previsto dalla richiamata sentenza della Corte di giustizia in causa C-247/2002, in quanto uno dei criteri direttivi della norma contenuta nella legge-delega). Nel caso in cui l'amministrazione scelga l'offerta economicamente più vantaggiosa, non può lasciarsi alla commissione di gara la discrezionalità nella specificazione dei criteri di valutazione (su tale aspetto il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia alcune questioni di compatibilità con il diritto comunitario di norme interne).

Nel caso della valutazione delle offerte anomale, si ribadisce il non automatismo di individuazione delle offerte sospette, potendo l'amministrazione sottoporre a verifica ulteriori offerte che ritenga sospette. Il Codice disciplina anche le varianti in corso di esecuzione del contratto non soltanto per i lavori, ma anche per servizi e forniture (demandando al regolamento la disciplina di dettaglio). Allo stesso modo, si generalizza la soluzione normativa, operante in tema di lavori, relativamente alla cessione dei crediti derivanti dal contratto.

Alcune norme in materia di contenzioso sono di sicuro interesse⁶². In primo luogo, viene generalizzata la transazione, anche al di fuori dei casi, tassativamente previsti, di accordo bonario. L'applicabilità di quest'ultimo istituto viene estesa anche ai contratti pubblici relativi a servizi e a forniture nei settori ordinari, nonché ai contratti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali, allorché l'importo economico controverso sia non inferiore al 10% dell'importo originariamente stipulato. Nell'ambito della giurisdizione esclusiva, sono state incluse

⁶² Nel Codice vengono, infatti, disciplinati in materia unitaria, per gli appalti sopra e sotto-soglia e per tutti i settori, i profili relativi al contenzioso, mediante una generalizzazione ed una unificazione dell'attuale disciplina in materia di accordi bonari, arbitrati, giurisdizione, riti processuali speciali. Come evidenziato nella Relazione di accompagnamento al *Codice*, per fare fronte alla condanna inflitta all'Italia dalle autorità comunitarie è stata, in particolare, introdotta la tutela cautelare *ante causam* per i processi in materia di procedure di affidamento. Sul tema, v. A. BARONE, *Appalti pubblici comunitari e tutela cautelare ante causam*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 541 ss.; F. MORINI, *La tutela cautelare ante causam e il principio di effettività nel settore degli appalti pubblici: diritto interno e comunitario*, in *Foro amm./TAR*, 2005, p. 213 ss. Cfr., inoltre, l'ordinanza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004, causa C-202/03, *DAC spa*, *GUUE* C 188, 30 aprile 2004, p. 31.

anche le controversie risarcitorie relative alla fase di affidamento, secondo l'ultimo indirizzo giurisprudenziale che vede i profili risarcitori attratti nella giurisdizione esclusiva. Infine, tra gli strumenti di tutela viene inserita anche la tutela cautelare *ante causam*, finora non contemplata nel processo amministrativo. La Corte di giustizia ha ritenuto non conforme al diritto comunitario la legislazione italiana che non contempla tale tipo di rimedio.

8. Particolare interesse riveste anche l'inclusione, operata dal nuovo Codice, delle certificazioni ambientali tra i requisiti di capacità tecnica e professionali che le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere agli operatori economici per l'esecuzione di appalti pubblici⁶³. La necessità di tenere in considerazione la protezione dell'ambiente emerge, in particolare, da: 1) l'utilizzabilità di criteri socio-ambientali nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2) la possibilità di riservare l'affidamento degli appalti a laboratori che impiegano mano d'opera disabile⁶⁴; 3) la possibilità di prevedere speciali procedure per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale pubblica.

L'inclusione di tali requisiti risponde in maniera specifica all'obiettivo di assicurare "un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento della qualità di quest'ultimo"⁶⁵. Come stabilito dal TCE infatti, la protezione dell'ambiente non può essere classificata quale obiettivo secondario della Comunità. Essa è, infatti, prevista espressamente dall'art. 2 del Trattato tra i compiti da perseguire, secondo l'enunciato dell'art. 6, in tutte le politiche ed attività della Comunità.

L'accoglimento di questi principi nel nuovo Codice (e, prim'ancora, nelle due direttive comunitarie) vale quindi a fondare la disciplina ivi prevista su fondamenta e finalità di natura non squisitamente economica, realizzando un'importante sinergia tra crescita economica e sviluppo sostenibile. Nella delineata prospettiva, è di tutta evidenza la rinnovata importanza acquisita dal principio del confronto concorrenziale, tanto meno preordinato alla pur imprescindibile comparazione in base alla pubblica utilità dell'intervento, quanto di gran lunga "curvato" alla preliminare verifica dei *requisiti di sostenibilità*, nell'ottica ben più pregnante della "meritevolezza sociale" *ex art.* 1322 c.c. (e, per ciò solo, "economica") dell'opera a base di gara⁶⁶.

⁶³ Una particolare attenzione alle tematiche di ordine ambientale in varie fasi della procedura, come evidenzia M. BALDINATO, *op. cit.*, pp. 480-487, era già manifesta nell'accordo GATT del 1994 e nel GPA (*Government Procurement Agreement*), in vigore dal 1° gennaio 1996.

⁶⁴ A riguardo v., in particolare, la sentenza *Beentjes*, cit. *supra* nota 24.

⁶⁵ Per una puntuale panoramica delle comunicazioni in cui la Commissione europea segnala il legame tra appalti e gestione ambientale e la necessità di introdurre nella disciplina degli appalti pubblici sistemi e modalità procedurali idonei a favorire prodotti e servizi ecocompatibili, v., in particolare, M. OCCHIENA, *op. cit.*, pp. 664-665.

⁶⁶ Come osservato nella comunicazione interpretativa della Commissione, del 4 luglio 2001, relativa al diritto comunitario degli appalti e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici, COM(2001)274 def., anche in questo settore, considerata l'incidenza degli appalti sul PIL dell'Unione, "il quadro legislativo deve tener conto, oltre

9. In merito al rapporto tra settore degli appalti pubblici e principi concorrenziali, l'aspetto da porre principalmente in risalto è che, in linea generale, l'intera disciplina sugli appalti è stata, con questo Codice, "riveduta e corretta", complessivamente, in una nuova ottica che, in una rinnovata concezione dell'interesse pubblico, guarda alla materia degli appalti come ad uno strumento *funzionale all'ordine giuridico del mercato*, inteso quale *valore* da promuovere e tutelare, in pari grado alle ulteriori esigenze "valoriali" in esso compresenti⁶⁷.

In questa prospettiva, le norme concernenti le procedure ad evidenza pubblica nelle loro diverse fasi – oggi raccolte ed armonizzate nel tessuto codicistico – devono essere interpretate, integrate ed attuate alla stregua dei principi che regolano e strutturano il mercato interno, nelle quali il perseguimento dell'interesse pubblico, che trova nel settore degli appalti uno dei punti qualificanti del sistema, è anche identificabile con la promozione di un mercato realmente competitivo, proprio in quanto rispettoso delle sempre più pressanti istanze socio-ambientali. Al tempo stesso, per una sorta di relazione di convergenza e di reciproca implicazione tra i due termini, il pieno dispiegarsi della dinamica concorrenziale, così delineata, nel mercato del *public procurement* è essenziale per l'efficienza della spesa pubblica. Competitività e trasparenza dei mercati costituiscono, infatti, il binomio necessario, affinché le pubbliche autorità possano acquistare beni e servizi a prezzi più bassi e di qualità migliore, con una consistente semplificazione dei processi di acquisto e, dunque, con una benefica riduzione dei costi amministrativi e delle altre inefficienze del settore⁶⁸.

che della loro primaria finalità economica, degli aspetti ambientali"; tanto viene puntualizzato nella più recente comunicazione, del 22 marzo 2006, relativa al partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese, COM(2006)136 def. Sulla nuova dimensione della "responsabilità socio-ambientale" delle imprese, di fronte alle sfide della competitività sui mercati internazionali anche alla luce della regolamentazione interbancaria di "Basilea 2", con particolare riguardo al "Terzo Pilastro" dell'Accordo dedicato alla *trasparenza informativa*, cfr. A. PICCOLO, *Nuovo accordo di Basilea 2. La produzione del rating: nuovi scenari*, in tidona.com reperibile *on line* dal 26 maggio 2003. Sui profili di responsabilità bancaria sottesi alla c.d. "variabile ambientale", cfr. specificamente J. D. LIPTON, *Project Financing and the Environment: Lender Liability for Environmental Damage in Australia*, in *Journal of International Banking Law*, 1996, p. 7 ss.; nonché G. TUCCI, *Tutela dell'ambiente e diritto alla salute nella prospettiva del diritto uniforme europeo*, in S. PATTI (a cura di), *Studi in onore di C.M. Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 929, ed *ivi* anche nota 126. Non a caso, in ottemperanza al principio di precauzione *ex art.* 174, par. 2 TCE, l'art. 301, comma 5 d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante *Norme in materia ambientale*, GURI n. 88, 14 aprile 2006 (c.d. *Codice dell'ambiente*), prevede il ricorso a sistemi di certificazione ecologica, direttamente interfacciabili con quanto poc' anzi precisato (anche) per le imprese promotrici (*ex art.* 153 del nuovo Codice) di operazioni in regime di *project financing*.

⁶⁷ Per non cadere nel tanto deprecato "ordine giuridico asimmetrico", così lucidamente teorizzato da A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, spec. p. 231 ss.

⁶⁸ Cfr. COM(2003)238 def., cit. *supra* nota 4. Sul punto, v. anche la segnalazione dell'A. G.C.M., AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, del 28 settembre 1999, in *Boll.*, n. 48, 1999. Cfr. anche C. H. BOVIS, *The New Public Procurement Regime*, cit., p. 609, per il quale: "Through the principles of transparency, non-discrimination and objectivity in the award of public contracts, it is envisaged that the regulatory system will bring about competitiveness in the rel-

Del resto, il rapporto di correlazione tra settore degli appalti pubblici e principio di libera concorrenza si manifesta, nella sua complessità, in tutto l'articolato normativo comunitario, ad iniziare dall'insieme di considerazioni svolte nel vasto insieme dei "considerando" che – secondo le usuali tecniche di normazione dei testi comunitari – precede l'articolato delle due direttive, cui il Codice dà attuazione. Nello scorrere le attente valutazioni svolte nel preambolo della disciplina, l'interprete resta colpito dal costante richiamo del legislatore comunitario al principio della concorrenza *effettiva*, quale vessillo cui ancorare la costruzione di un "diritto europeo degli appalti"⁶⁹.

Ciò emerge, per citare solo uno dei numerosi casi, in modo emblematico, dalla *ratio* accolta dal legislatore comunitario nel circoscrivere il campo di applicazione della direttiva 2004/17/CE ai settori dell'acqua, dell'energia termica ed elettrica, dei trasporti e dei (neo-inclusi) servizi postali, con esclusione invece di quei comparti che, come le telecomunicazioni⁷⁰, sono attualmente interessati da un processo di penetrante liberalizzazione, e nel prevedere quale principio generale (art. 30, par. 1) l'estromissione da tale ambito applicativo di quelle attività che, pur rientrando nei settori disciplinati dalla direttiva 2004/17/CE, sono "direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili"⁷¹.

Molti altri istituti contemplati dal nuovo Codice rispondono, in maniera più o meno specifica e diretta, all'obiettivo di conformare i principi in materia di appalti pubblici agli standard concorrenziali. Tra questi si segnalano, ad es., l'introduzione di: 1) un maggiore rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2) un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale; 3) il principio di

evant product and geographical markets, will increase import penetration of products and services destined for the public sector, will enhance the tradability of public contracts across the Common Market, will result in significant price convergence and finally it will be the catalyst for the needed rationalization and industrial restructuring of the European industrial base"; e prosegue indicando la disciplina antitrust "as a complementary regime for the regulation of public markets".

⁶⁹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2002, causa C-470-99, *Universale-Bau AG*, *Raccolta*, p. I-11617, punto 89; nonché le sentenze *Concordia Bus*, cit. *supra* nota 24, punto 81, e del 16 settembre 1999, causa C-27/98, *Metalmecanica Fracasso s.p.a.*, *Raccolta*, p. I-5697, punto 26 (con nota di A. BARONE, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 508 ss.).

⁷⁰ Cfr. i considerando 5, 6 e 7 della direttiva 2004/17/CE, nonché il considerando 21 della direttiva 2004/18/CE. Sul punto v., in dottrina, L. IANNOTTA, *Gli appalti esclusi*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 69 ss., in particolare pp. 82-85; F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999; F. CARDARELLI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Torino, 1999; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002, *passim*.

⁷¹ A tal fine, la direttiva settori "speciali" ha previsto una specifica procedura per stabilire se un'attività è direttamente esposta alla concorrenza, incentrata sul ricorso ai "criteri conformi alle disposizioni del trattato in materia di concorrenza come le caratteristiche dei beni o servizi interessati, l'esistenza di beni o servizi alternativi, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei beni o servizi in questione". L'individuazione delle regole per l'applicazione di questa *liberalisation clause* è contenuta nella decisione della Commissione, del 7 gennaio 2005, riportata da R. RONIGER, F. NEUMAYR, H. HEMMELRATH, *op. cit.*, p. 58, nota 11. Sul punto, v. anche C. H. BOVIS, *The New Public Procurement Regime*, cit., pp. 626-627.

equivalenza delle specifiche tecniche inerenti le prestazioni contrattuali, accompagnati dall'introduzione dei (nuovi) modelli organizzativi, delle tecnologie e dei processi descritti, orientati in chiave dinamica per creare un sistema amministrativo favorevole alla concorrenza.

“Pubblico” e “privato”, quindi, non si presentano più come termini di un binomio incomponibile, quasi a simboleggiare due universi separati, ma come elementi raccordati attraverso forme di collaborazione, fondate su nuovi modelli “eco-sostenibili” di negoziazione e di organizzazione della commessa pubblica (primo tra questi l'*e-procurement*)⁷². A tal fine, peraltro, non pare si possa trascurare la necessità che gli operatori del settore si impegnino in un'azione diretta a far penetrare ed assorbire dagli apparati pubblici – ancora restii a quest'opera di “internazionalizzazione” – il rinnovato *valore* della concorrenza, vero e proprio *bene giuridico* che accomuna ed avvicina sfera pubblica e privata, in grado di orientare l'azione e le politiche di *procurement* delle amministrazioni pubbliche.

Con le due direttive comunitarie (2004/17/CE e 2004/18/CE) e, ancor più, con il loro recepimento da parte dei singoli Stati membri (e dunque, in Italia, con il nuovo Codice), si concretizza la possibilità di rendere il mercato degli appalti pubblici più aperto e competitivo, sia per mezzo dell'accoglimento di strumenti in grado di garantire flessibilità, libertà di azione e di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice nel rivolgere la propria richiesta al mercato, sia assicurando il pieno rispetto dei principi di parità, trasparenza, non discriminazione e concorrenza “eco-sostenibile”. L'impiego su larga scala delle nuove tecnologie nel settore degli appalti pubblici consentirà, ancor più degli altri strumenti contemplati dal Codice, di raccogliere i risultati di una maggiore efficienza dell'azione amministrativa e di una maggiore efficacia della commessa pubblica, agevolando, in un clima di trasparenza ed economicità delle procedure, la più ampia partecipazione alle gare soprattutto per le piccole e medie imprese (PMI)⁷³.

Ciò attribuisce alle Autorità di settore un compito non facile, ma al quale i singoli Stati membri non possono in alcun modo sottrarsi. Prioritario, infatti, risulta il ruolo rivestito dall'Autorità di Vigilanza dei lavori, forniture e servizi pubblici (secondo la nozione “integrata” presentata dal Codice) ed il ruolo che ha svolto finora – e che continuerà a svolgere – l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale in diverse occasioni ha avuto modo di pronunciarsi sul rapporto tra disciplina degli appalti pubblici e sviluppo della concorrenza, evidenziandone i nodi di maggiore problematicità⁷⁴.

⁷² Si rinvia dettagliatamente, anche per le ulteriori considerazioni finora esposte, a L. FIORENTINO, *Verso un Codice unico degli appalti*, in www.astridonline.it, *Rass.* n. 23, 2006, reperibile *on line*; nonché all'accurata indagine a più mani AA.VV., *Appalti pubblici e concorrenza*, in I. CIPOLLETTA, S. MICOSSI, G. NARDOZZI (a cura di), *Concorrenza, bene pubblico*, Roma, 2006, spec. p. 49 ss.

⁷³ Il proposito è reso esplicito nella relazione generale sull'attività dell'Unione europea, del 13 febbraio 2007, SEC(2006)1000 def., pp. 49-50.

⁷⁴ Cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, M. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 805 ss.; S. MIRATE, *Autorità antitrust e controllo giurisdizionale*

Tra questi – solo per citare qualche caso, oggetto tanto di segnalazione agli organi di governo, quanto di vera e propria sanzione –, oltre ai già ricordati interventi in materia di servizi pubblici locali, emergono il contenuto dei bandi di gara⁷⁵, il fenomeno del c.d. *bid rigging* (ossia, la presenza di comportamenti collusivi da parte delle imprese partecipanti ad una gara d'appalto con riguardo alle modalità di presentazione delle offerte, ai prezzi ed alla spartizione concordata dei lotti disponibili)⁷⁶ ed il ricorso ai raggruppamenti temporanei di imprese che, se sul piano economico svolgono un'obiettiva funzione antimonopolistica⁷⁷, nella casistica dell'Autorità si presentano spesso “piegate” ad un uso di tipo collusivo da parte delle imprese aderenti al raggruppamento.

Sicché, attraverso quest'opera di codificazione, il sistema amministrativo italiano apre significativamente i propri orizzonti non solo ai valori di efficienza, trasparenza e competitività che, alla stregua del nostro ordinamento costituzionale, devono ispirare l'azione delle amministrazioni pubbliche, ma diviene a tutti gli effetti un interlocutore di primo livello delle nuove istanze socio-ambientali che le sfide della globalizzazione, insieme all'appartenenza più stringente al contesto europeo, avanzano con crescente insistenza.

sulle valutazioni tecniche, in *Urb. app.*, 2004, p. 817 ss. In via generale, sulla prevalenza dei principi di diritto comunitario della concorrenza sul diritto nazionale, si rinvia a R. CARANTA, *La disapplicazione di disposizioni nazionali in contrasto con il diritto comunitario della concorrenza*, *ivi*, 2004, p. 158 ss.

⁷⁵ Nella segnalazione AS251, 30 gennaio 2003, *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip S.p.a.*, in *Boll.*, n. 5, 2003, l'Autorità ha, in particolare, evidenziato che una corretta procedura di gara deve garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione. A tal fine, è necessario che i requisiti di accesso alla gara siano definiti in maniera non eccessivamente rigida, rispondente ad esigenze oggettive della amministrazione, tale da delineare maggiori opportunità di partecipazione alle imprese presenti nel settore ed un utilizzo corretto, sotto il profilo concorrenziale, di istituti come il raggruppamento temporaneo d'impresa.

⁷⁶ Sul fenomeno del c.d. *bid rigging*, tra i casi più celebri si annoverano le decisioni della Commissione, del 5 febbraio 1992, 92/204/CEE, *Industria delle costruzioni dei Paesi Bassi – SPO*, GUCE L 92, 7 aprile 1992, p. 1 ss., e del 2 gennaio 1973, 73/109/CEE, *Suiker Unie, Industria europea dello zucchero*, GUCE L 140, 26 gennaio 1973, p. 17 ss. A livello nazionale, cfr. i provvedimenti A.G.C.M.: n. 10831, del 13 giugno 2001, *Pellegrini vs. Consip*, in *Boll.*, n. 24, 2002; n. 11726, del 20 febbraio 2003, *Azienda di Trasporto pubblico locale-Petrolieri*, *ivi*, n. 8, 2003; n. 9401, del 12 aprile 2001, *Test diagnostici per diabete*, *ivi*, n. 15, 2001. V., inoltre, le segnalazioni A.G.C.M.: AS005, *Appalti e concorrenza*, del 1° luglio 1992; AS285, *Selezione delle imprese interessate al ciclo di produzione dei bollini autoadesivi per i prodotti farmaceutici*, del 11 novembre 2004; AS251, *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip S.p.a.*, cit.; AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, cit. In dottrina, cfr. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, pp. 64-66; L. C. UBERTAZZI, *Appalti pubblici, concorrenza e consumatori*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 74 ss.

⁷⁷ Cfr. le sentenze del Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517 (in *Urb. app.*, 2001, p. 1378) e della Suprema Corte, sez. I, 2 marzo 1996, n. 1650, (in *Riv. trim. app.*, 1999, p. 209 ss.); nonché il provvedimento dell'Autorità Antitrust, 21 febbraio 1994, n. 1796, *Consorzio Trevi*, in *Boll.*, n. 8, 1994.

Teresa Maria Moschetta

Sull'efficacia degli accordi internazionali nell'ordinamento giuridico comunitario: recenti sviluppi e prospettive evolutive

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'efficacia degli accordi di integrazione economica nell'ordinamento comunitario. – 3. L'efficacia della normativa del GATT 1947 nell'ordinamento comunitario. – 4. L'efficacia della normativa OMC nell'ordinamento comunitario. – 5. *Segue*: l'efficacia delle pronunce dell'Organo di soluzione delle controversie. – 6. L'orientamento giurisprudenziale comunitario tra valutazioni di carattere politico e di carattere giuridico. – 7. Considerazioni conclusive.

1. La questione della efficacia giuridica della normativa facente capo agli Accordi istitutivi della Organizzazione mondiale del commercio nell'ordinamento comunitario ha assunto, nel corso degli ultimi anni, aspetti di sempre maggiore complessità e problematicità data anche l'influenza che la normativa in questione sembra esercitare sulla situazione giuridica degli operatori economici comunitari, persone fisiche e giuridiche, inseriti nel circuito commerciale internazionale¹.

La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia è stata oggetto di un cospicuo dibattito dottrinale che non ha mancato di porre in luce gli argomenti

¹ G. BEBR, *Agreement Concluded by the Community and their Possible Direct Effect: From International Fruit Company to Kupferberg*, in *CML Rev.*, 1983, p. 35; J. H. J. BOURGEOIS, *Effect of International Agreement in European Community: Are the Dice Cast?*, in *Michigan Law Review*, 1984, p. 1250.; J. H. J. JACKSON, *Status of Treaties in Domestic Legal System: A Policy Analysis*, in *AJIL*, 1992, p. 315.; I. CHEYNE, *International Agreement and the European Community Legal System*, in *ELR*, 1994, p. 581; ID, *Haegeman, Demirel and their Progeny*, in A. DASHWOOD (ed.), *The General Law of EC External Relations*, London, 2000, p. 20; E. CANNIZZARO, *Sul controllo di legittimità degli atti comunitari contrastanti con il GATT*, in *RDI*, 1996, p. 176; J. O. BERKEY, *European Court of Justice and the Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting*, in *EJIL*, 1998, p. 626; B. BONAFÈ, *Il principio di reciprocità ed effetti diretti degli accordi internazionali della CE: in margine alla sentenza Portogallo c. Consiglio*, in *DUE*, 2000, p. 601; A. DESMEDT, *European Court of Justice on the Effect of WTO Agreement in the EC Legal Order*, in *LIEI*, 2000, p. 579; A. DASHWOOD, *Treatment of Public International Law by European Community Law: The European Court' Recent Treatment of WTO Agreement in the EC Legal Order*, in *JIEL*, p. 2001, p. 411; J. WIERS, *One Day, You're Gonna Pay: The European Court of Justice in Biret*, in *LIEI*, 2004, p. 143.

favorevoli e contrari al riconoscimento dell'efficacia giuridica della normativa commerciale multilaterale nella duplice accezione della diretta applicabilità e della efficacia diretta².

L'organo giurisdizionale comunitario, dal canto suo, non ha finora inteso mutare il proprio orientamento consolidato sulla negazione della idoneità della normativa OMC ad essere assunta a parametro di legittimità di atti di diritto derivato e della sua invocabilità da parte di soggetti privati dinanzi a tribunali interni³.

Il presente lavoro intende ripercorrere la peculiarità della giurisprudenza comunitaria avente ad oggetto gli accordi OMC, alla luce dei recenti sviluppi in materia.

² P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 543 s. Alcuni autori ritengono che il riconoscimento della efficacia diretta della normativa commerciale multilaterale possa risultare funzionale alla realizzazione di un edificio costituzionale dell'economia internazionale atto ad affrontare le sfide di un mondo globalizzato ed interdipendente (E. U. PETERSMANN, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evaluation of the GATT Dispute Settlement System since 1948*, in *CML Rev.*, 1994, p. 1157; Id., *Constitutionalism and International Organizations*, in *Northwestern JILB*, 1996-1997, p. 396; Id., *Grey Area Trade Policy and the Rule of Law*, in *JWT*, 1998, p. 24). Gli individui disporrebbero, infatti, di un importante strumento per controllare l'adempimento da parte dei rispettivi governi dei loro obblighi internazionali. Un tale riconoscimento potrebbe, altresì, comportare importanti benefici economici derivanti dalla maggiore affidabilità della condotta dei governi e dalla conseguente protezione delle legittime aspettative degli operatori commerciali. Le rilevanti implicazioni economiche determinate dal riconoscimento della efficacia diretta della normativa OMC agevolerebbero, altresì, una più profonda integrazione politica e sociale mediante lo sviluppo di forme di cooperazione ed interazione tra i soggetti coinvolti nelle transazioni commerciali. A questo proposito, sono state richiamate le esperienze maturate all'interno dei meccanismi di integrazione regionale (F. M. ABBOTT, *Regional Integration Mechanism in the Law of the United States: Starting Over*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1993, p. 157). Tra gli argomenti contrari, si pone in rilievo la necessità di preservare il carattere giurisdizionale del nuovo sistema di risoluzione delle controversie dato che le diverse interpretazioni della normativa OMC applicate dalle corti interne delle parti contraenti potrebbero ridurre l'effettività di tali norme e del sistema di soluzione delle controversie (P. J. KUIJPER, M. BRONCKERS, *WTO Law in the European Court of Justice*, in *CML Rev.*, 1997, p. 54). Un significativo riferimento viene anche fatto alla necessità di preservare la legittimazione democratica dei diritti riconosciuti in capo ai soggetti degli ordinamenti giuridici delle diverse parti contraenti nonché gli equilibri costituzionali interni. Infatti, gli Accordi OMC sono stati stipulati e ratificati da ciascuna parte contraente secondo procedure che spesso prevedono un ruolo solo marginale dei parlamenti. Il riconoscimento della efficacia diretta degli accordi OMC rischierebbe, pertanto, di alterare l'equilibrio costituzionale interno delle parti contraenti favorendo il potere esecutivo e le corti giurisdizionali (J. H. JACKSON, *Status of Treaties in Domestic Legal System*, cit., p. 315).

³ D. DE MEY, P. IBÁÑEZ, *Recent Development on the Invocability of WTO Law in the EC: A Wave of Mutilation*, in *EFA Rev.*, 2006, p. 75; F. DI GIANNI, R. ANTONINI, *DSB Decisions and Direct Effect of WTO Law: Should the EC Courts Be More Flexible when the Flexibility of the WTO System Has Come to an End?*, in *JWT*, 2006, p. 777; G. GATTINARA, *On Dice and Doors: WTO Dispute Settlement Decisions in the System of Judicial Protection of the European Union*, in A. DEL VECCHIO (ed.), *New International Tribunals and New International Proceedings*, Milano, 2006, p. 233.

2. La Corte di giustizia si è in diverse occasioni pronunciata sulla diretta applicabilità e sulla efficacia diretta dei numerosi accordi internazionali stipulati dalla Comunità europea nelle diverse forme di accordi di associazione⁴ ed accordi di cooperazione economica⁵. Questi tipi di accordi si pongono obiettivi diversificati che vanno dalla progressiva integrazione dei Paesi europei all'interno della Comunità europea all'instaurazione di un nuovo modello di relazioni con i Paesi in via di sviluppo, compatibile con le aspirazioni della comunità internazionale verso un migliore e più bilanciato ordine internazionale, trovando la loro ragion d'essere nei particolari legami storici e geografici intercorrenti fra le parti che giustificano una certa asimmetria nei diritti ed obblighi reciprocamente contratti⁶.

⁴ Gli accordi di associazione sono generalmente volti alla creazione di una "zona di libero scambio" in cui non sono poste barriere alla circolazione dei fattori produttivi. Ai sensi dei Trattati comunitari, gli "accordi di associazione" sono caratterizzati dalla previsione di "diritti ed obblighi reciproci, da azioni in comune e da procedure particolari". Questa definizione induce a considerare quali elementi distintivi degli accordi di associazione proprio le "azioni in comune" e le "procedure particolari" che connotano una maggiore intensità di collaborazione tra le parti contraenti rispetto alla "reciprocità delle obbligazioni" che caratterizza anche i trattati commerciali stipulati al fine di regolare le transazioni tra le parti su basi paritarie. La previsione di "azioni in comune" e "procedure particolari" implica, infatti, il riconoscimento di una funzione politica che viene nella prassi affidata ad un Consiglio di associazione, composto da rappresentanti della Comunità europea e da rappresentanti dello Stato associato, il quale, deliberando all'unanimità, può adottare decisioni vincolanti e dirimere le controversie relative alla interpretazione ed alla applicazione dell'accordo, sottoponendole, se necessario, alla Corte di giustizia comunitaria o ad un arbitrato internazionale. Il Consiglio di associazione è affiancato da un Comitato di associazione deputato a preparare le delibere del Consiglio ed a coadiuvarlo nella gestione esecutiva dell'accordo. In genere, viene anche istituito un organo assembleare, denominato Commissione o Conferenza parlamentare dell'associazione, cui partecipano un certo numero di membri del Parlamento europeo e dell'Assemblea parlamentare dello Stato associato, che è titolare di alcuni poteri di controllo sull'operato del Consiglio di associazione e del potere di emanare risoluzioni non vincolanti. In argomento G. VENTURINI, *Articolo 310 del Trattato CE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1022.

⁵ Nel corso degli ultimi anni, il ricorso indifferenziato alla conclusione di accordi commerciali di cui all'art. 133 TCE e di accordi di associazione al fine di creare zone di libero scambio ha indotto parte della dottrina a superare la consueta distinzione tra le due categorie di accordi mediante la denominazione "accordi di cooperazione economica" non prevista nei Trattati comunitari. Al riguardo, R. ADAM, *Le relazioni esterne*, in E. PENNACCHINI, R. MONACO, L. FERRARI BRAVO (a cura di), *Manuale di diritto comunitario e dell'Unione europea*, 1983, Torino, p. 420.

⁶ La Comunità europea ha fatto ricorso alla stipulazione di accordi di associazione e di accordi di integrazione economica al fine di regolare i rapporti con i Paesi europei candidati all'adesione in modo da creare le basi per il loro ingresso a pieno titolo nell'ordinamento comunitario. Gli esempi più rilevanti riguardano gli accordi di associazione stipulati con la Grecia, il Portogallo, la Spagna, la Turchia, Malta e Cipro oltre ai più recenti accordi europei stipulati con la Polonia, l'Ungheria, la Romania, la Bulgaria, la Repubblica ceca, la Repubblica slovacca, la Lettonia, l'Estonia, la Lituania e la Slovenia che hanno effettivamente creato, nel corso degli anni, le condizioni giuridiche ed economiche per il progressivo allargamento della Comunità europea. La principale caratteristica di questi accordi è quella di disciplinare forme di cooperazione miranti a rafforzare non soltanto i rapporti di tipo economico ma anche il dialogo politico e culturale con i

Le particolari caratteristiche di questi strumenti convenzionali e la intensità dei rapporti disciplinati deve essere tenuta a mente nel momento in cui si analizza l'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia con riguardo alla efficacia giuridica degli accordi in questione nell'ordinamento comunitario⁷.

La Corte di giustizia ha condotto l'esame relativo all'efficacia delle norme di questi accordi conclusi dalla Comunità europea su due diversi livelli di analisi concernenti, da un lato, la "struttura, la natura e la finalità dell'accordo" e, dall'altro, il carattere "preciso ed incondizionato della norma invocata"⁸.

Con riferimento al secondo livello di analisi, l'organo giurisdizionale comunitario ha riconosciuto carattere preciso ed incondizionato a tutte quelle norme convenzionali non aventi portata meramente programmatica, riprendendo in tal senso l'orientamento giurisprudenziale relativo agli effetti giuridici degli atti comunitari negli ordinamenti degli Stati membri⁹.

Paesi candidati all'adesione (G. MARESCEAU, E. MONTAGUTI, *The Relations between the European Union and Central and Eastern Europe: A Legal Appraisal*, in *CML Rev.*, 1995, p. 1327).

Accanto a questa finalità, la Comunità europea ha stipulato accordi di associazione con i Paesi ACP e gli Accordi euromediterranei per espandere la propria area commerciale e promuovere forme di cooperazione con i Paesi in via di sviluppo. Gli Accordi di associazione conclusi con i Paesi ACP costituiscono, sin dagli anni sessanta, lo strumento principale di cooperazione per favorire lo sviluppo di questi Paesi non soltanto attraverso l'intensificazione della cooperazione economica, commerciale e finanziaria ma anche attraverso l'approfondimento del dialogo politico e la promozione della partecipazione della società civile alle forme di collaborazione instaurate. Le medesime finalità sono perseguite dagli Accordi euromediterranei che pongono la promozione del dialogo politico ed il rispetto dei principi democratici attraverso forme di cooperazione sociale e culturale quale preconditione per la realizzazione di zone di libero scambio e la cooperazione economica e finanziaria.

Una finalità del tutto particolare è quella dell'Accordo istitutivo dello Spazio economico europeo sulla base del principio dell'estensione ai Paesi EFTA dell'*acquis communautaire* che, unitamente alla partecipazione di esperti di questi Paesi alla preparazione della legislazione comunitaria per essi rilevante, porta ad uniformare il tessuto normativo degli Stati europei tramite la formazione di uno spazio giuridico europeo (A. LANG, *La procedura decisionale nello Spazio economico europeo*, in G. SACERDOTI, S. ALESSANDRINI (a cura di), *Regionalismo economico e sistema globale di scambi*, Milano, 1994, p. 281; G. PORRO, *I settori oggetto di liberalizzazione nell'accordo sullo Spazio economico europeo*, *ivi*, p. 225).

⁷ C. HILLION, *Court of Justice. Cases C-63/99 Secretary of State for the Department ex parte Wieslaw Gloszczuk and Elzbieta Glosrerek; C-235/99 Secretary of State for the Home Department ex parte Eleonora Ivanova Kondova; C-257/99 Secretary of State for the Home Department ex parte Julius Barkoci and Marcel Malik, judgement of the Full Court of 27 September 2001; case C-268/99 Aldona Malgorzata e.a.v. Staatssecretaris von Justitie, judgement of the Full Court of 20 November 2001; case C-162/00 Land Nordrhein Westfalen v. Beata Pokrseptowizs – Meyer, Judgment of the Full Court of 29 January 2002*, in *CML Rev.*, 2003, p. 465.

⁸ M. T. D'ALESSIO, *L'efficacia diretta degli accordi internazionali conclusi dell'Unione europea*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 70.

⁹ Nel caso *Demirel*, riguardante l'efficacia diretta di alcune norme contenute nell'Accordo di associazione con la Turchia, la Corte di giustizia ha escluso l'efficacia diretta delle disposizioni invocate in quanto dotate di carattere meramente programmatico. Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel*, *Raccolta*, p. 3719.

Con riferimento al primo livello di analisi, invece, appare interessante sottolineare come la Corte abbia in più occasioni ricollegato l'attitudine di un accordo a produrre effetti diretti alla particolare intensità dei legami intercorrenti tra le parti contraenti¹⁰.

Ad esempio, recentemente, la Corte di giustizia ha affrontato la questione della efficacia diretta degli accordi europei stipulati al fine di preparare le condizioni economiche e giuridiche per l'adesione dei Paesi dell'Europa orientale alla Comunità europea sottolineando come questi accordi mirassero a costituire un ambito adeguato per il dialogo politico tra le parti al fine di consentire lo sviluppo di strette relazioni politiche, di promuovere l'espansione degli scambi nonché relazioni economiche armoniose allo scopo di incentivare lo sviluppo economico e la creazione di un contesto adeguato per la graduale integrazione di questi Paesi nella Comunità europea¹¹.

La particolare intensità delle relazioni instaurate con la conclusione di accordi di associazione ha indotto la Corte di giustizia a riconoscere l'efficacia diretta non soltanto delle disposizioni normative di questi accordi ma anche delle norme contenute negli atti emanati dagli organi della stessa associazione¹².

La giurisprudenza comunitaria favorevole al riconoscimento della efficacia giuridica diretta di disposizioni internazionali convenzionali si è estesa anche a quegli accordi internazionali che istituiscono una semplice cooperazione fra le

¹⁰ Un primo esempio di tale ragionamento si rinviene nella sentenza *Bresciani* dove la Corte di giustizia, analizzando la questione dell'efficacia diretta di una disposizione della Convenzione di Yaoundè conclusa con gli Stati africani e malgascio, ha posto in luce la continuità esistente fra il regime creato dalla Convenzione esaminata ed il regime di associazione con alcuni Paesi e territori d'oltremare previsto dai Trattati comunitari (sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1976, causa 87/75, *Bresciani, Raccolta*, p. 129). Ma numerosi altri sono i casi in cui la Corte di giustizia ha inteso motivare il riconoscimento dell'efficacia diretta di norme convenzionali sulla base dell'intensità dei rapporti intercorrenti tra la Comunità europea e le altre parti contraenti. Questi casi riguardano tanto accordi di associazione stipulati con Paesi candidati all'adesione quanto accordi di semplice cooperazione commerciale non finalizzati a future adesioni. La Corte di giustizia ha costantemente riconosciuto l'effetto diretto delle disposizioni di accordi di associazione stipulati con Paesi europei candidati all'adesione che non avessero una mera portata programmatica. Nella sentenza *Pabst & Richards*, la Corte di giustizia espressamente ha posto in relazione il riconoscimento dell'effetto diretto di una disposizione dell'Accordo di associazione con la Grecia con l'obiettivo della futura adesione del Paese contraente alla Comunità europea (sentenza del 29 aprile 1982, causa 17/81, *Pabst & Richards, Raccolta*, p. 1331).

¹¹ Sentenze della Corte di giustizia del 27 settembre 2001, causa C-63/99, *Gloszczuk, Raccolta*, p. I-6369 e del 29 gennaio 2002, causa C-162/00, *Meyer, ivi*, p. I-6369. Le medesime motivazioni si ritrovano in una pronuncia riguardante l'attitudine a produrre effetto diretto dell'Accordo di associazione concluso con la Slovacchia (sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2003, causa C-438/00, *Kolpak, Raccolta*, p. I-4135) e dell'Accordo di associazione con la Turchia (sentenze della Corte di giustizia dell'11 maggio 2000, causa C-37/98, *Savas, Raccolta*, p. I-2927 e del 21 ottobre 2003, causa C-317/01, *Abatay, Raccolta*, p. I-12301).

¹² Sentenze della Corte di giustizia del 20 settembre 1990, causa C-192/89, *Sevince, Raccolta*, p. I-3461; del 16 dicembre 1992, causa C-237/91, *Kazim Kus, ivi*, p. I-6781; del 23 gennaio 1997, causa C-171/95, *Tetik, ivi*, p. I-329; del 29 maggio 1997, causa C-386/95, *Eker, ivi*, p. I-2697 e del 26 febbraio 1998, causa C-1/97, *Birden, ivi*, p. I-7747.

parti finalizzata a promuovere lo sviluppo economico e sociale ed il consolidamento delle reciproche relazioni senza mirare alla creazione di un rapporto di associazione o ad una futura adesione della parte contraente alla Comunità europea¹³.

La particolare natura di tale tipi di accordi ha indotto la Corte di giustizia a non considerare rilevante ai fini dell'analisi della loro idoneità a produrre effetti diretti l'asimmetria tra i diritti ed obblighi assunti dalle parti e la mancanza di reciprocità nel riconoscimento diretto di situazioni giuridiche in capo agli individui operato negli ordinamenti giuridici delle parti contraenti¹⁴.

La giurisprudenza della Corte di giustizia pone in luce come l'organo giurisdizionale comunitario abbia adottato un approccio pragmatico nel valutare la diretta applicabilità e l'efficacia diretta delle disposizioni degli accordi di associazione e degli accordi di cooperazione economica dando rilievo ai particolari fini di integrazione perseguiti dagli stessi.

3. Queste osservazioni sembrano trovare conferma nel confronto con la giurisprudenza sull'efficacia giuridica di accordi internazionali non implicanti lo stesso grado di intensità di rapporti e basati sulla perfetta reciprocità dei diritti ed obblighi contratti. Esempio in tal senso è la giurisprudenza comunitaria in merito alla efficacia giuridica nell'ordinamento comunitario della normativa del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT 1947) oggi confluita nel complesso di strumenti convenzionali allegati all'Accordo istitutivo della Organizzazione mondiale del commercio (OMC).

L'organo giurisdizionale comunitario, in più occasioni ed in maniera peculiare, ha negato la possibilità che le disposizioni di questi accordi possano essere utilizzate a parametro di legittimità di atti comunitari di diritto derivato e possano creare in capo agli individui diritti direttamente azionabili. Come noto, la prima pronuncia in tal senso si è avuta con la sentenza *International Fruit* avente ad oggetto un rinvio pregiudiziale riguardante due distinte questioni giuridiche: la prima attinente alla idoneità della normativa del GATT 1947 ad essere utilizzata a parametro di legittimità di atti comunitari di diritto derivato e la seconda attinente alla idoneità della stessa a produrre in capo a singoli individui diritti direttamente azionabili dinanzi ai tribunali interni¹⁵.

¹³ Sentenze della Corte di giustizia del 31 gennaio 1991, causa C-18/90, *Kziber*, *Raccolta*, p. I-199; del 20 aprile 1994, causa C-58/93, *Yousfi*, *ivi*, p. I-1353; del 5 aprile 1995, causa C-104/94, *Krid*, *ivi*, p. I-719; Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 1996, causa C-126/95, *Hallouzi-Chodo*, *ivi*, p. I-4807; del 15 gennaio 1998, causa C-113/97, *Babahenini*, *ivi*, p. I-183 e del 2 marzo 1999, causa C-416/96, *Nour Eddline El-Yassini*, *ivi*, p. I-1209.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 1982, causa 104/81, *Kupferberg*, *Raccolta*, p. 3641, punto 18.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1972, cause riunite 21/72 e 24/72, *International Fruit Company*, *Raccolta*, p. 1219. Nella causa principale, la ricorrente contestava dinanzi al giudice *a quo* la validità dei regolamenti comunitari in quanto reputati in contrasto con l'articolo XI del GATT 1947 che poneva un divieto generale di imporre restrizioni quantitative all'importazioni di merci provenienti dalle altre parti contraenti.

La Corte di giustizia ha affrontato la questione che le veniva sottoposta secondo due distinte prospettive d'analisi affermando, da un lato, che “affinché la validità di un atto comunitario possa risultare inficiata da una sua incompatibilità con una norma di diritto internazionale occorre che questa norma sia vincolante per la Comunità”, ed aggiungendo, dall'altro, che “qualora tale motivo di invalidità sia addotto dinanzi al giudice nazionale è necessario che la stessa norma sia suscettibile di attribuire ai soggetti dell'ordinamento comunitario il diritto di farla valere in giudizio”¹⁶.

La Corte di giustizia, in altri termini, sembra legare la questione della diretta applicabilità della normativa del GATT 1947 alla portata giuridica vincolante di questo accordo dando rilievo alla questione della sua efficacia diretta soltanto perché la fattispecie considerata aveva ad oggetto un rinvio pregiudiziale sollevato da un giudice nazionale su istanza di operatori economici privati. Indicativo in tal senso potrebbe essere l'uso dell'avverbio “qualora” per introdurre la seconda ipotesi di analisi.

La Corte di giustizia, pur riconoscendo la portata giuridica vincolante della normativa del GATT 1947, non ha sancito la sua diretta applicabilità nell'ordinamento giuridico comunitario, data la riscontrata inidoneità a produrre effetti giuridici diretti in capo agli individui derivante dalla sua natura di “accordo fondato sul principio di negoziati da condursi su una base di reciprocità e di mutui vantaggi e caratterizzato dalla grande flessibilità delle sue disposizioni in specie di quelle relative alle possibilità di deroga, ai provvedimenti ammessi in caso di difficoltà eccezionali ed alla composizione delle controversie fra contraenti”¹⁷.

Lo stesso ragionamento giuridico è stato riproposto dalla Corte di giustizia in tutti i casi aventi ad oggetto un rinvio pregiudiziale sulla presunta incompatibilità di un atto comunitario di diritto derivato con la normativa commerciale multilaterale¹⁸.

Questo orientamento giurisprudenziale potrebbe far pensare che la Corte di giustizia abbia considerato le questioni della diretta applicabilità e della efficacia

¹⁶ Sentenza *International Fruit Company*, punti 4-9.

¹⁷ Sentenza *International Fruit Company*, punti 19-21. A questo proposito, è interessante rilevare come la mancanza di una formale procedura di adesione della Comunità europea al GATT 1947 non abbia impedito alla Corte di giustizia di considerare l'accordo in questione come parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario, riconoscendo la portata giuridica vincolante delle sue disposizioni. La successione di fatto della Comunità europea nei diritti ed obblighi contratti dai suoi Stati membri ha, infatti, comportato il trasferimento in capo alla Comunità europea della responsabilità internazionale per l'adempimento delle obbligazioni degli Stati membri. Appare evidente come, anche in questo caso, la Corte di giustizia abbia assunto un orientamento pragmatico, facendo prevalere l'analisi degli elementi di fatto sulle valutazioni di carattere meramente formale che non avrebbero permesso di riconoscere l'incorporazione di un accordo internazionale senza il ricorso alle tradizionali categorie della adozione e della trasformazione.

¹⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 24 ottobre 1973, causa 9/73, *Schlüter*, *Raccolta*, p. 1135; del 16 marzo 1983, causa 266/81, *SIOT*, *ivi*, p. 731; del 16 marzo 1983, cause riunite 267/81-269/81, *SPI e SAMI*, *ivi*, p. 801; del 12 dicembre 1995, causa C-469/93, *Chiquita Italia*, *ivi*, p. I-4533.

diretta di una norma convenzionale come problematiche distinte che trovano un occasionale collegamento in relazione alle peculiari caratteristiche delle fattispecie considerate.

L'esame complessivo della giurisprudenza comunitaria in merito alla efficacia giuridica della normativa del GATT 1947, tuttavia, pone in luce come la Corte di giustizia abbia affrontato le distinte questioni della diretta applicabilità e della efficacia diretta in maniera pressoché identica giungendo alle medesime conclusioni sia in casi inerenti a rinvii pregiudiziali sollevati su istanza di parti private sia nei casi aventi ad oggetto richieste di annullamento sollevate da Stati membri¹⁹.

¹⁹ Vedi in particolare, sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-4973. A questo proposito, si è posto in rilievo come la Corte di giustizia, sovrapponendo le questioni della diretta applicabilità e della efficacia diretta, abbia perso di vista l'esigenza di fornire soluzioni differenti per problematiche distinte (J. P. PUISOCHET, *L'Organizzazione mondiale del commercio ed il diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea*, in F. FRANCONI, F. LENZERINI, M. MONTINI (a cura di), *Organizzazione mondiale del commercio e diritto della Comunità europea nella prospettiva della risoluzione delle controversie*, Milano, 2005, p. 119 s.; G. GATTINARA, *La questione pregiudiziale di validità rispetto al diritto internazionale pattizio secondo la sentenza IATA*, in questa *Rivista*, 2006, p. 343). La questione della diretta applicabilità della normativa OMC non dovrebbe porre particolari problemi interpretativi. Gli Accordi di Marrakech, infatti, essendo stati conclusi dalla Comunità europea nel rispetto delle procedure previste nel Trattato CE, hanno portata giuridica vincolante per le istituzioni comunitarie e per le istituzioni degli Stati membri ai sensi dell'art. 300, par. 7 TCE. Costituendo parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario, pertanto, essi dovrebbero prevalere sul diritto interno in ossequio al fondamentale principio di diritto internazionale generale *pacta sunt servanda*, ripreso dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati nella quale gli articoli 26 e 27 affermano che nessuna parte può giustificare la propria inadempienza rispetto ad obblighi derivanti dal diritto internazionale sulla base di una asserita incompatibilità del diritto interno con tali obblighi. Questo principio implica che la Comunità europea non può emanare atti giuridici vincolanti che siano in contrasto con la normativa OMC e che tale normativa deve essere utilizzata dalla Corte di giustizia quale parametro di legittimità di atti comunitari di diritto derivato almeno nei casi in cui venga esperito, da parte degli Stati membri, un ricorso per annullamento (N. LAVRANOS, *The Communitarisation of WTO Dispute Settlement Report: An Exception to the Rule of Law*, in *EFA Rev.*, 2005, p. 317 ss).

Non sembra chiara, infatti, la ragione per cui debba essere preclusa agli Stati membri la possibilità di controllare la compatibilità degli atti comunitari con la normativa commerciale internazionale tenuto conto del fatto che la partecipazione in forma mista della Comunità europea e degli Stati membri alla Organizzazione mondiale del commercio li rende responsabili in maniera solidale del corretto adempimento dei loro obblighi internazionali. Le conseguenze delle eventuali violazioni della normativa commerciale multilaterale da parte delle istituzioni comunitarie verrebbero a ricadere anche sugli Stati membri in quanto parti del mercato comune europeo (P. J. KULPER, M. BRONCKERS, *op. cit.*, p. 1350). Le maggiori difficoltà interpretative emergono, invece, con riguardo alla efficacia giuridica diretta di tali norme, ossia alla possibilità per le persone fisiche e giuridiche di invocarle dinanzi ai tribunali interni al fine di tutelare diritti loro riconosciuti.

Tale questione rinvia ad una più ampia riflessione sulla portata degli Accordi OMC e sulla loro incidenza nella vita dei soggetti che operano negli ordinamenti giuridici in cui sono state incorporate, che esula dall'oggetto del presente lavoro (D. Z. CASS, *The "Constitutionalization" of International Trade Law: Judicial Norm – Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, in *EJIL*, 2001, p. 39). La Corte di giustizia ritiene che gli Accordi OMC

Appare interessante sottolineare, altresì, come la Corte di giustizia, pur avendo in più occasioni ribadito l'impossibilità che un atto comunitario fosse considerato illegittimo in quanto contrastante con il GATT 1947, abbia successivamente sostenuto la tesi inversa nella ipotesi in cui fosse un atto legislativo nazionale a contrastare con la normativa in questione²⁰.

L'anomalia insita in questa pronuncia si lega alla peculiarità del caso esaminato che comportava il rischio per la Comunità europea di incorrere nella responsabilità internazionale per violazioni di obblighi convenzionali a causa di un comportamento imputabile ad uno dei suoi Stati membri.

Al di là di questa particolare fattispecie, infatti, la Corte di giustizia ha sempre negato in via generale la idoneità della normativa commerciale multilaterale a produrre effetti giuridici diretti nell'ordinamento giuridico comunitario fermandosi ad analizzare "la struttura, lo spirito e la lettera" del GATT 1947 senza mai ricorrere all'analisi caso per caso della "portata chiara, precisa ed incondizionata" delle disposizioni che venivano in rilievo.

La costante giurisprudenza della Corte di giustizia in materia conosce quali uniche eccezioni le ipotesi in cui la Comunità europea abbia già inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito del GATT o in quelle in

pongano diritti ed obblighi esclusivamente in capo alle parti contraenti, non riconoscendo situazioni giuridiche attive e passive nei confronti delle persone fisiche e giuridiche. Il riconoscimento dell'effetto diretto della normativa OMC rischierebbe, infatti, di porre gli operatori economici comunitari, operanti all'estero, in una posizione sfavorevole rispetto ai loro omologhi stranieri, agenti in ambito comunitario, nel caso in cui i primi non potessero beneficiare della possibilità di invocare una disposizione OMC dinanzi ad un tribunale dell'ordinamento giuridico estero. La soluzione a questo problema potrebbe trovarsi ricorrendo al "principio di reciprocità" nell'analisi caso per caso degli elementi di fatto della controversia verificando in quale misura l'efficacia diretta della normativa OMC sia negata dagli organi giurisdizionali delle altre parti contraenti (R. A. BRAND, *Direct Effect of International Economic Law in the United States and the European Union*, in *Northwestern JILB*, 1996-1997, p. 556). A questo proposito, infatti, vi è un orientamento concorde nel ritenere che le dichiarazioni degli organi politici che negano l'efficacia diretta di accordi internazionali non dovrebbero rilevare nella interpretazione ed applicazione della normativa convenzionale da parte dei giudici competenti (conclusioni dell'Avvocato generale Saggio del 25 febbraio 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-8395, punto 19; G. GAJA, *Il Preambolo di una decisione del Consiglio preclude al GATT 1994 gli effetti diretti nel diritto comunitario?*, in *RDI*, 1995, p. 407).

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 1996, causa C-61/94, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-3989. Nel caso esaminato, si poneva dinanzi alla Corte di giustizia il problema di stabilire se la Commissione potesse iniziare un procedimento di infrazione contro uno Stato membro per violazione della normativa GATT qualora il comportamento contestato fosse consentito da un regolamento comunitario. La Corte di giustizia non ha esitato ad accertare la violazione da parte della Germania della normativa del GATT 1947, riconoscendo la propria competenza ad operare un controllo sul rispetto di un accordo che vincola tanto la Comunità europea quanto gli Stati membri solo nell'ipotesi in cui la violazione contestata sia imputabile allo Stato membro e non anche quando la violazione sia imputabile ad un comportamento delle stesse istituzioni comunitarie.

cui l'atto comunitario rinvii espressamente a precise disposizioni dell'Accordo generale²¹.

Nelle argomentazioni della Corte di giustizia sulla efficacia giuridica da riconoscere a disposizioni convenzionali internazionali, assumono prevalenza, rispetto ad analisi di tipo formale, valutazioni di opportunità politica che tengono conto della particolare natura e delle finalità perseguite dall'accordo in questione. La Corte di giustizia, infatti, ha posto quali elementi ostativi al riconoscimento della efficacia diretta e della diretta applicabilità del *General Agreement on Tariffs and Trade* alcune sue caratteristiche fondamentali che si sostanziano nella perfetta simmetria tra diritti ed obblighi contratti tra le parti contraenti e nella flessibilità delle sue disposizioni che non rendevano prevedibili le modalità di adempimento delle relative obbligazioni²².

²¹ Le sentenze rilevanti riguardano i casi *Fediol*, *Nakajima* e *Petrotub* in cui la Corte ha ammesso la possibilità di operare un controllo di legittimità di un atto comunitario di diritto derivato alla luce della normativa commerciale multilaterale. Tuttavia, in questi casi la Corte di giustizia non ha riconosciuto la diretta applicabilità e l'efficacia diretta delle disposizioni in questione ma si è limitata a controllare le modalità di incorporazione della normativa internazionale nell'ordinamento comunitario attraverso le tradizionali categorie della adozione e della trasformazione (sentenze della Corte di giustizia del 22 giugno 1989, causa 70/87, *Fediol c. Commissione*, *Raccolta*, p. 1781, punto 19; del 7 maggio 1991, causa C-69/89, *Nakajima c. Consiglio*, *ivi*, p. I-2069 e del 9 gennaio 2003, causa C-76/00 P, *Petrotub SA*, *ivi*, p. I-79).

²² Il GATT nasceva come accordo internazionale di natura provvisoria teso a regolare gli scambi internazionali di merci su base paritaria (E. ANZILLOTTI, *GATT*, in *EdD*, 1969, p. 546; P. PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in P. PICONE, G. SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia: raccolta sistematica dei principali atti normativi internazionali ed interni con testi introduttivi e note*, Milano, 1991, p. 33; J. H. J. JACKSON, *Bretton Woods, ITO, GATT and WTO*, in J. H. J. JACKSON (ed.), *The World Trade Organization – Constitution and Jurisprudence*, London, 1998, p. 15). Principi fondamentali di questo accordo erano la "clausola della nazione più favorita" e la "clausola del trattamento nazionale" che implicano il divieto di porre in essere pratiche commerciali discriminatorie (E. TRIGGIANI, *Il Trattamento della Nazione più favorita*, Napoli, 1984; G. SCHIAVONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti commerciali internazionali*, Milano, 1996). Le parti contraenti di questo accordo non erano legate da particolari vincoli storici e geografici né da intenti di instaurare strette collaborazioni tese allo sviluppo di una delle parti. La loro unica finalità era assicurare la liberalizzazione degli scambi di merci mediante l'eliminazione di tutte quelle pratiche commerciali aventi finalità protezionistiche e discriminatorie. La previsione di trattamenti favorevoli nei confronti dei Paesi in via di sviluppo era prevista soltanto come eccezione al rispetto dei principi base di non discriminazione posta al fine di garantire la compatibilità tra la normativa commerciale multilaterale ed i numerosi accordi di cooperazione economica conclusi in seguito al processo di decolonizzazione realizzati negli anni sessanta del secolo scorso (J. H. J. JACKSON, *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, 1991). Il riferimento alle eccezioni previste dal GATT porta all'ulteriore elemento considerato dalla Corte di giustizia ossia la grande flessibilità delle disposizioni contemplate. In particolare va ricordata l'ampia possibilità, riconosciuta alle parti contraenti, di ricorrere a misure di salvaguardia nel caso in cui la loro produzione nazionale fosse stata seriamente danneggiata o anche soltanto minacciata in ragione dell'applicazione di un obbligo assunto in sede GATT. Il ricorso a misure di salvaguardia comprendeva il potere di sospendere unilateralmente l'esecuzione di un obbligo sia dopo consultazioni con le altre parti contraenti sia, nei casi di particolare urgenza, ovviando alle stesse. La creazione di un effettivo rapporto di fiducia tra le parti contraenti non era neppure agevolato

La simmetria dei diritti ed obblighi delle parti, la perfetta parità nelle obbligazioni contratte, la reciprocità nell'adempimento delle stesse e la mancanza di un sistema di soluzione delle controversie atto a tutelare ciascuna parte contro eventuali violazioni delle disposizioni convenzionali multilaterali costituiscono le motivazioni di opportunità politica che hanno indotto la Corte di giustizia a negare l'efficacia diretta della normativa del GATT 1947 nell'ordinamento giuridico comunitario a prescindere da una valutazione sulla portata chiara, precisa ed incondizionata della disposizione esaminata.

L'obiettivo della Corte di giustizia è rendere l'ordinamento giuridico comunitario impermeabile alla normativa commerciale multilaterale riducendo al massimo le possibili implicazioni giuridiche per gli operatori economici agenti nel mercato comunitario²³.

4. La volontà della Corte di giustizia in tal senso sembra trovare ulteriore riscontro nella giurisprudenza riguardante l'efficacia giuridica nell'ordinamento comunitario delle disposizioni degli Accordi di Marrakech che hanno dato vita all'Organizzazione mondiale del commercio²⁴. Nonostante la posizione assunta dagli avvocati generali che per primi si sono pronunciati sulla questione, ponendo in rilievo le notevoli novità introdotte dalla nuova disciplina commerciale multilaterale, la Corte non ha inteso modificare il proprio orientamento giurisprudenziale²⁵.

Nella sentenza *Portogallo c. Consiglio*, avente ad oggetto un ricorso per annullamento presentato dal governo portoghese, l'organo giurisdizionale comunitario non soltanto riformula gli argomenti precedentemente avanzati a sostegno della propria tesi ma ne introduce ulteriori, ponendo ancor più in evidenza l'approccio pragmatico ispirante le proprie pronunce in materia²⁶. La

da un sistema di soluzione delle controversie effettivamente efficace che fosse in grado di determinare il ritiro di pratiche commerciali illegittime mediante il riconoscimento della responsabilità internazionale della parte convenuta. Il fatto che qualsiasi decisione in tal senso fosse sottoposta alla pratica del *consensus* rendeva, infatti, difficilmente realizzabile tale possibilità, dato che la parte soccombente nella controversia aveva la possibilità di impedire che la soluzione prospettata producesse effetti vincolanti semplicemente opponendo il suo veto (J. H. J. JACKSON, *GATT as an Instrument for the Settlement of Trade Dispute*, in *ASIL Proc.*, 1967, p. 144).

²³ H. G. SHERMERS, *Application of International Law by the Court of Justice of the European Community*, in H. G. SHERMERS (ed.), *Essays on the Development of International Order*, 1980, p. 169; E. U. PETERSMANN, *Application of GATT by the Court of Justice of the European Communities*, in *CML Rev.*, 1983, p. 397.

²⁴ J. P. PUISOCHET, *op. cit.*, p. 117.

²⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro del 13 novembre 1997, causa C-53/96, *Hermès*, *Raccolta*, 1998, p. I-3606 e conclusioni dell'Avvocato generale Saggio nella causa *Portogallo c. Consiglio*, cit. Nelle conclusioni richiamate vengono poste in evidenza le fondamentali implicazioni giuridiche del nuovo sistema commerciale multilaterale comportante maggiori garanzie per l'adempimento effettivo degli obblighi convenzionali internazionali.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-8395. Il governo portoghese chiedeva l'annullamento di una decisione relativa alla adozione di due *memoranda* di intesa in materia di accesso al mercato dei prodotti tessili,

Corte di giustizia, infatti, pur riconoscendo le significative innovazioni introdotte dagli Accordi OMC rispetto al precedente sistema del GATT 1947, non ha mancato di sottolineare come tali accordi, interpretati alla luce del loro oggetto e del loro obiettivo, non stabiliscano i mezzi giuridici idonei a provvedere al loro adempimento in buona fede nell'ordinamento giuridico interno delle parti contraenti²⁷.

Il ragionamento della Corte fa perno sul ruolo fondamentale ancora assegnato dagli Accordi OMC al negoziato tra le parti, sul carattere simmetrico degli obblighi contratti e sull'applicazione del principio di reciprocità nella gestione delle relazioni commerciali con parti terze.

La Corte di giustizia pone in dubbio il carattere giurisdizionale del nuovo sistema di risoluzione delle controversie osservando che se è vero che l'obiettivo primario delle norme e delle procedure per la risoluzione delle controversie sia quello di giungere alla abolizione delle norme dichiarate incompatibili con le disposizioni dell'Organizzazione mondiale del commercio è anche vero che la stessa Intesa stabilisce, laddove l'immediata abolizione di tali misure sia irrealizzabile, la possibilità di accordare una compensazione a titolo provvisorio in attesa della abolizione della misura incompatibile²⁸.

conclusi rispettivamente con Pakistan e India, in quanto contrastanti con talune norme dell'OMC, in specie del GATT 1994, dell'Accordo sui tessili e sull'abbigliamento e dell'Accordo sulle licenze di importazione. Il caso riguardava un ricorso diretto, presentato da uno Stato membro, implicante il riconoscimento della diretta applicabilità della normativa commerciale multilaterale invocata.

²⁷ S. GRILLER, *Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union. Annotation to case C-149/96 Portugal v. Council*, in *JIEL*, 2000, p. 453.

²⁸ Al contrario, numerosi autori in dottrina hanno posto in rilievo come il meccanismo di soluzione delle controversie dell'OMC sia pienamente assimilabile a forme di tutela giurisdizionale (D. P. STEGER, S. M. HAINSWORTH, *New Direction in International Trade Law: WTO Dispute Settlement*, in J. CAMERON, K. CAMPBELL (eds.), *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, London, 1998). I rilievi della Corte di giustizia in merito alla eccessiva flessibilità del sistema previsto dall'Intesa sulle norme e sulle procedure per la risoluzione delle controversie sono stati, infatti, ampiamente smentiti dalla sua prassi applicativa (S. P. SHUKLA, *From GATT to the WTO and Beyond*, in D. NAYYAR (ed.), *Governing Globalization, Issues and Institution*, Oxford, 2002, p. 254). D'altro canto, la stessa Intesa precisa con chiarezza l'efficacia temporanea delle misure compensative le quali, lungi dall'essere un metodo di risoluzione delle controversie, costituiscono solo uno strumento provvisorio atto ad evitare che le altre parti contraenti vengano danneggiate da un comportamento omissivo della parte soccombente che non deve perseverare nel mancato adempimento (N. VAN DEN BROEK, *Legal Persuasion, Political Realism and Legitimacy: the European Court's Recent Treatment of the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order*, in *JIEL*, 2001, p. 411). La compensazione, pertanto, è solo una opzione per risolvere in modo temporaneo una controversia tra le parti contraenti, non conferendo a queste ultime la libertà di lasciare definitivamente in vigore una norma interna contrastante con le disposizioni degli accordi OMC (J. H. J. JACKSON, *The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of Legal Obligations*, in *AJIL*, 1997, p. 60). Alcuni autori giungono ad affermare che la giuridicità di un sistema di soluzione delle controversie in tal modo delineato troverebbe conferma proprio nella previsione di misure compensative poiché uno Stato soccombente, che accetta di accordare compensazioni alle altre parti contraenti, mostra di riconoscere l'incompatibilità della propria legislazione con la normativa internazionale ammettendo implicitamente gli effetti vincolanti della stes-

Imporre agli organi giurisdizionali comunitari e nazionali l'obbligo di disapplicare norme interne incompatibili con gli accordi OMC, pertanto, avrebbe la conseguenza di privare gli organi legislativi ed esecutivi delle parti contraenti della possibilità di trovare, sia pure a titolo provvisorio, soluzioni negoziate. Tale constatazione assume, nelle parole della Corte, particolare rilevanza alla luce della natura degli Accordi OMC che, restando fondati sul principio di negoziati avviati sulla base della reciproca convenienza, si differenziano dagli altri accordi conclusi con Stati terzi instauranti una certa asimmetria di obblighi e relazioni speciali di integrazione con la Comunità europea.

La Corte di giustizia si preoccupa di preservare il ruolo negoziale delle istituzioni comunitarie, sottolineando come i più importanti *partners* commerciali della Comunità europea abbiano negato la diretta applicabilità degli Accordi OMC nei rispettivi ordinamenti giuridici in seguito alla analisi del loro oggetto e del loro scopo. La simmetria degli obblighi contratti dalle parti contraenti richiederebbe orientamenti univoci in merito alla efficacia giuridica da riconoscere a detti accordi nei diversi ordinamenti.

A conferma di quest'ultima considerazione, la Corte di giustizia nella sentenza *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, pur ribadendo l'impossibilità di valutare la legittimità di un atto comunitario alla luce degli Accordi OMC, precisa che le medesime conclusioni non possono essere valide per la Convenzione sulla diversità biologica, la quale, diversamente dagli Accordi OMC, non risulta essere strettamente fondata sul "principio della reciproca convenienza"²⁹.

Il ricorso al "principio di reciprocità" viene visto dalla Corte di giustizia non solo come reazione comunitaria alla mancanza di una puntuale applicazione dell'accordo da parte di uno Stato terzo ma come limite al riconoscimento di

sa (G. A. ZONNEKEYN, *The Status of WTO Law in the European Legal Order: The Final Curtain?*, in *JWT*, 2000, p. 123). A questo proposito, si è anche ricordato come la previsione di contromisure di carattere commerciale miri a ristabilire l'equilibrio tra le parti di una controversia, inducendo la parte soccombente a ridurre i tempi di attuazione delle decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie (U. EVERLING, *Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgment of the Court of Justice and National Courts?*, in *CML Rev.*, 1996, p. 401; P. LEE, B. KENNEDY, *The Potential Direct Effect of GATT in European Community Law*, in *JWT*, 1996, p. 67). Le argomentazioni della Corte di giustizia in merito alle intrinseche debolezze del nuovo sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio non sembrano, pertanto, trovare riscontro né nel testo dell'Intesa sulle norme e sulle procedure per la risoluzione delle controversie né nella sua prassi che vede l'emergere di un sistema per molti aspetti assimilabile alle forme più evolute di giurisdizione a livello internazionale (P. MENGOZZI, *The World Trade Organization Law: An Analysis of Its First Practice*, in P. MENGOZZI (a cura di), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 6; C. APUP, *The State of Play of Dispute Settlement Law at World Trade Organization*, in *JWT*, 2003, p. 897; G. SACERDOTI, *Il sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio a dieci anni dalla sua istituzione*, in *CI*, 2005, p. 1).

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, *Raccolta*, p. I-7079.

effetti diretti, dovuto ad una caratteristica generale dell'accordo che richiede una stretta reciprocità nell'esecuzione delle obbligazioni contratte³⁰.

5. Le motivazioni contenute nella sentenza *Portogallo c. Consiglio* sono state riproposte dalla Corte di giustizia in tutte le successive pronunce aventi ad oggetto l'efficacia nell'ordinamento giuridico comunitario non solo della normativa commerciale multilaterale ma anche delle decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie della Organizzazione mondiale del commercio.

Nella sentenza *NV Firma Leon Van Parys*, avente ad oggetto un rinvio pregiudiziale sulla compatibilità del mercato comune delle banane con la normativa OMC, la Corte di giustizia, nonostante il diverso orientamento espresso dall'Avvocato generale Tizzano³¹, ha affermato che un operatore economico non può utilmente invocare, dinanzi ad un giudice di uno Stato membro, l'incompatibilità di una normativa comunitaria con talune regole dell'Organizzazione mondiale del commercio, sebbene tale incompatibilità sia stata già dichiarata dall'Organo di risoluzione delle controversie secondo le procedure prescritte dalla apposita Intesa³².

Ad ulteriore sostegno della propria decisione, la Corte ha ricordato gli accordi che la Comunità europea ha concluso con gli Stati Uniti d'America e con la Repubblica dell'Ecuador, proprio in merito alla controversia sul regime comunitario delle banane, al fine di conciliare gli impegni scaturenti dagli Accordi OMC, quelli sottoscritti nei confronti degli Stati ACP e le esigenze inerenti all'attuazione della politica agricola comune. Il riconoscimento della diretta applicabilità e della efficacia diretta della normativa commerciale multilaterale nell'ordinamento giuridico comunitario non avrebbe permesso, infatti, alla Commissione ed al Consiglio di negoziare su basi paritarie soluzioni alternative all'immediato ritiro della misura contestata³³.

Un ulteriore interessante aspetto della problematica in questione riguarda l'idoneità delle pronunce dell'Organo di risoluzione delle controversie a produrre effetti giuridici diretti in capo agli operatori commerciali che asseriscono di aver subito danni a causa di pratiche commerciali comunitarie considerate illegittime³⁴. Sempre più di frequente, infatti, gli organi giurisdizionali comunitari si trovano ad esaminare casi in cui i ricorrenti chiedono il riconoscimento della responsabilità extracontrattuale della Comunità europea per mancato

³⁰ B. BONAFÈ, *op. cit.*, p. 613.

³¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 18 novembre 2004, causa C-377/02, *NV Firma Leon Van Parys c. Belgisch Interventie*, *Raccolta*, 2005, p. I-1465.

³² Sentenza della Corte di giustizia dell'1 marzo 2005, causa C-377/02, *NV Firma Leon Van Parys c. Belgisch Interventie*, *Raccolta*, p. I-1465.

³³ Sentenza della Corte di giustizia, *Van Parys*, *cit.*, punti 50-54.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 1999, causa C-104/97, *Atlanta c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-6983, punto 21. In questo caso, la Corte ha espressamente menzionato la possibilità che la disciplina del sistema di risoluzione delle controversie possa comportare una modificazione degli effetti del diritto dell'OMC all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario.

adempiimento delle decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie della Organizzazione mondiale del commercio³⁵.

Ai sensi della giurisprudenza comunitaria, la richiesta di risarcimento danni da parte di un privato richiede l'accertamento del comportamento illegittimo della Comunità europea, del danno subito e del nesso di causalità tra il comportamento illegittimo ed il danno subito³⁶.

Nella sentenza *Biret International S.A.*, la Corte ha esaminato un ricorso presentato contro una sentenza del Tribunale di primo grado che respingeva la richiesta di risarcimento danni pretesa dal ricorrente per mancata adozione da parte delle istituzioni comunitarie di adeguati provvedimenti in materia di importazione di carni trattate con gli ormoni della crescita³⁷.

Nonostante le interessanti osservazioni offerte dalla ricorrente e dall'Avvocato generale designato ad esaminare la causa in questione, la Corte di giustizia non si è pronunciata sulla idoneità delle decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie a produrre effetti giuridici diretti in capo ai singoli, limitandosi a porre in rilievo la mancanza del nesso di causalità tra la violazione comunitaria della normativa OMC ed il danno lamentato dalla ricorrente³⁸. Sul tema

³⁵ A. MATTHEWS, *The EU's Common Bananas Regimes: An Initial Evaluation*, in *JCMS*, 1997, p. 620; R. BARENTS, *Hormones and the Growth of Community Agricultural Law: Some Reflections on the Hormones Judgment*, in *LIEI*, 1998, p. 1; N. MC NELIS, *The First Case Under the WTO's Sanitary and Phytosanitary Agreement: The European Union's Hormone Ban*, in *Virginia JIL*, 1998, p. 98; ID., *What obligation Are Created by World Trade Organization Dispute Settlement Reports?*, in *JWT*, 2003, p. 647; S. MANSERVISI, *Lo stato di attuazione delle relazioni dell'Appellate Body sul regime comunitario delle banane*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2000, p. 427; B. O'CONNOR, *Remedies in the World Trade Organizations Dispute Settlement System – The Bananas and Hormones Cases*, in *JWT*, 2004, p. 245.

³⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 14 luglio 1967, cause riunite 5/66 e 7/66, *Kampffmeyer c. Commissione, Raccolta*, p. 287; del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich, Bonifaci e altri c. Italia*, *ivi*, p. I-5357; del 13 marzo 1992, causa C-282/90, *Industrie en Handelssonerning c. Commissione*, *ivi*, p. I-1937; dell'8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, *Eric Dillenkofer*, *ivi*, p. I-4845; *Atlanta*, *cit.*, punto 65; del 4 luglio 2000, causa C-352/98, *Bergaderm c. Commissione*, *ivi*, p. I-5291, punto 42.

³⁷ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 gennaio 2002, causa T-174/00, *Biret International SA c. Consiglio, Raccolta*, p. II-17. Il Tribunale di primo grado dichiara irricevibile la richiesta della ricorrente sulla base della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla diretta applicabilità ed alla efficacia diretta della normativa commerciale multilaterale, giungendo ad evidenziare come “la decisione dell'Organo di risoluzione delle controversie, essendo necessariamente e direttamente legata al motivo relativo alla violazione dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie, possa essere presa in considerazione solo nel caso in cui l'effetto diretto di tale accordo sia stato dichiarato dal giudice comunitario nell'ambito di un motivo relativo alla invalidità delle direttive contestate”. In altre parole, il Tribunale di primo grado lega il ricorso per risarcimento danni ad un previo ricorso sulla illegittimità delle direttive imponenti il bando della importazione di carne trattata con ormoni in quanto non ritiene possibile accordare alle decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie WTO un effetto giuridico maggiore rispetto a quello attribuito alle previsioni dello stesso Trattato.

³⁸ Nel suo rinvio dinanzi alla Corte di giustizia, la ricorrente ha fatto valere la sua richiesta di annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado sulla base di tre principali motivazioni inerenti rispettivamente alla portata dell'art. 300, par. 7 TCE, all'impegno della Comunità euro-

si è invece recentemente pronunciato il Tribunale di primo grado con due sentenze che negano la responsabilità extracontrattuale della Comunità per mancato adempimento delle decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie della Organizzazione mondiale del commercio in relazione al regime comunitario di importazione delle banane³⁹.

A questo proposito appare interessante sottolineare come il Tribunale di primo grado, tentando di superare l'*impasse* determinato dal mancato riconoscimento dell'efficacia diretta della normativa commerciale multilaterale, abbia ammesso la possibilità di riconoscere la responsabilità extracontrattuale della Comunità europea per atto lecito delle istituzioni comunitarie. Ai sensi di un recente orientamento giurisprudenziale, infatti, anche nel caso in cui il danno sofferto da privati sia riconducibile ad un comportamento lecito delle istituzioni comunitarie sarebbe possibile riconoscere la responsabilità extracontrattuale della Comunità europea quando il danno lamentato presenti i caratteri della anomalia e della specialità⁴⁰.

In nessuno dei casi esaminati, tuttavia, il Tribunale di primo grado ha riscontrato l'esistenza di tali caratteri, ritenendo il danno lamentato dai ricorrenti non eccedente i limiti dei rischi inerenti alla loro normale attività di esportazione.

Le sentenze citate sono attualmente all'esame della Corte di giustizia la quale è chiamata a confrontarsi non soltanto con il riconoscimento della efficacia giuridica diretta della normativa commerciale multilaterale e delle decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio ma anche con le garanzie che l'ordinamento comunitario è tenuto ad

pea di rispettare le decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie nonché alla necessità di giungere a nuove conclusioni alla luce delle sostanziali innovazioni introdotte dagli Accordi dell'Organizzazione mondiale del commercio rispetto alla precedente disciplina del GATT 1947. L'Avvocato generale Alber, pur non condividendo le prime due argomentazioni sostenute dalla ricorrente, ha sottolineato le novità introdotte dall'Intesa sulle norme e le procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie con particolare riferimento al limitato margine discrezionale di cui godono gli organi legislativi ed esecutivi delle parti contraenti nella negoziazione delle compensazioni a carattere temporaneo, giungendo a definire il ricorso al "principio di reciprocità" operato dalla Corte come un "argomento di politica commerciale rivestito di un abito giuridico" (conclusioni dell'Avvocato generale Alber del 15 maggio 2003, causa C-93/02, *Biret International SA c. Consiglio, Raccolta*, p. I-10497). La Corte di giustizia ha respinto la richiesta di annullare la sentenza del Tribunale di primo grado rilevando come la Biret risultava già fallita nel momento in cui le decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie avrebbero potuto produrre effetti diretti nell'ordinamento comunitario. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-93/02, *Biret International SA c. Consiglio, Raccolta*, p. I-10497.

³⁹ Sentenze del Tribunale di primo grado del 3 febbraio 2005, causa T-19/01, *Chiquita Brands International c. Commissione, Raccolta*, p. II-315; del 14 dicembre 2005, causa T-383/00, *Beamglow Ltd c. Parlamento e Consiglio, ibi*, p. II-5459 e del 14 dicembre 2005, causa T-69/00, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA c. Consiglio e Commissione, ibi*, p. II-5393.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 2000, causa C-237/98, *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione, Raccolta*, p. I-4549.

accordare agli operatori economici inseriti nel circuito commerciale internazionale a fronte di eventuali omissioni delle istituzioni comunitarie.

6. L'orientamento giurisprudenziale comunitario in merito alla diretta applicabilità ed alla efficacia diretta della normativa facente capo all'Organizzazione mondiale del commercio riflette l'approccio pragmatico costantemente seguito dalla Corte di giustizia nel determinare il grado di permeabilità dell'ordinamento giuridico comunitario rispetto a norme internazionali di origine convenzionale. La decisione di negare l'efficacia diretta della normativa commerciale multilaterale in questione, infatti, non costituisce una scelta neutrale scervra da valutazioni di opportunità politica ed economica⁴¹.

La preoccupazione principale dell'organo giurisdizionale comunitario è quella di preservare il ruolo negoziale della Comunità europea a fronte dei suoi *partners* commerciali più potenti, lasciando alla Commissione ed al Consiglio un adeguato margine di manovra nella gestione delle relazioni commerciali internazionali⁴².

L'adozione, da parte della Corte di giustizia, di orientamenti giurisprudenziali condizionati da valutazioni di opportunità politica ed economica non implica necessariamente un giudizio negativo sul suo operato. L'organo giurisdizionale comunitario, infatti, al pari delle corti supreme e costituzionali di altri ordinamenti giuridici, svolge un ruolo istituzionale atipico data la rilevanza politica delle sue funzioni di carattere giuridico⁴³. Le decisioni in merito al grado di permeabilità dell'ordinamento giuridico comunitario rispetto a norme convenzionali internazionali non soltanto rientrano nelle prerogative della Corte di giustizia ma riflettono la libertà insita nell'opera interpretativa degli organi giurisdizionali che possono ben prescindere da una analisi rigidamente formale⁴⁴.

Questa constatazione induce ad una riflessione sul significato da attribuire alla nozione di "efficacia giuridica" di una norma internazionale convenzionale negli ordinamenti interni⁴⁵. Tradizionalmente, infatti, l'analisi della efficacia

⁴¹ G. PISCHEL, *Trade, Treaties and Treason: Some Underlying Aspects of the Difficult Relationship between the EU and the WTO*, in *EFA Rev.*, 2001, p. 203. A questo riguardo, recentemente l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, sottolineando come gli argomenti della Corte attengono alla sfera politica più che a quella giuridica, ha richiesto alla Corte di giustizia di non attenersi in via generale alla precedente giurisprudenza ma di verificare caso per caso la validità dei motivi adottati per negare l'efficacia giuridica diretta della normativa OMC. L'Avvocato generale, infatti, ritiene che nel caso in esame non sia possibile applicare i "sillogismi", elaborati dalla giurisprudenza comunitaria con riferimento all'Accordo OMC, al TRIPs che presenta un contenuto notevolmente diverso (conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 23 gennaio 2007, causa C-431/05, *Merck Genericos-Produtos Farmaceuticos c. Merck & Co. Inc e Merck Sharp & Dohme Ld*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 83).

⁴² G. ADINOLFI, *Alcune questioni relative alla partecipazione della Comunità europea all'Organizzazione mondiale del commercio*, in *CI*, 1998, p. 403; G. BEBR, *op. cit.*, p. 315.

⁴³ Y. MÉNY, *Istituzioni e politica*, Rimini, 1995, p. 518.

⁴⁴ A. ROSAS, *Note to the Case C-149/96 Portugal v. Council*, in *CML Rev.*, 2000, p. 808.

⁴⁵ A. GIARDINA, *La Corte europea e i rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *RDIPP*, 1973, p. 582; P. FOIS, *Sulla questione dei rapporti tra il diritto comunitario e il diritto*

giuridica delle norme internazionali convenzionali viene ricondotta a diversi momenti, riguardanti rispettivamente l'incorporazione dei trattati negli ordinamenti giuridici interni, il riconoscimento della validità delle norme incorporate e del loro primato sulle norme interne con esse contrastanti⁴⁶.

L'incorporazione si sostanzia nel processo di ricezione del diritto dei trattati da parte del diritto interno e si realizza mediante un atto di "adozione" oppure mediante un atto di "trasformazione". In presenza di un atto di "adozione", le previsioni di un trattato in quanto tali sono dichiarate operative nell'ordinamento giuridico interno e vengono applicate alla stregua del diritto interno pur distinguendosi per la loro origine che rimane internazionale. In presenza di un atto di "trasformazione", invece, le previsioni di un trattato perdono la loro caratterizzazione internazionale in quanto risultano trasformate in diritto interno.

Il ricorso ad una delle due diverse modalità di incorporazione dipende dalla libera scelta dell'ordinamento in questione che sarà condizionata dal diverso modo di concepire i rapporti tra ordinamenti giuridici. Secondo la concezione dualistica del rapporto tra ordinamenti giuridici una norma internazionale convenzionale risulta idonea a produrre effetti giuridici in un dato ordinamento soltanto previa trasformazione in diritto interno. Secondo la concezione monistica, invece, la semplice adozione rende una norma internazionale convenzionale idonea a produrre effetti giuridici ed a prevalere sulle norme interne in caso di conflitto⁴⁷.

La concezione monistica del rapporto tra ordinamenti giuridici ammette l'idoneità di una norma internazionale convenzionale ad essere utilizzata come parametro di legittimità di norme interne ed a produrre in capo a singole persone, fisiche e giuridiche, diritti direttamente azionabili dinanzi ad un tribunale interno. Non tutte le norme adottate in un dato ordinamento giuridico, tuttavia, sono direttamente applicabili e direttamente efficaci. Infatti mentre la scelta del metodo di incorporazione della norma convenzionale internazionale dipende da ciascun ordinamento ponendosi come questione di diritto interno, l'efficacia giuridica della norma internazionale convenzionale deriva da sue qualità intrinseche che si rinvencono nello spirito, nella struttura e nella portata letterale del trattato che la contiene nonché nella sua "portata chiara, precisa ed incondizionata".

internazionale, ivi, 1984, p. 5; G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XII, p. 391; T. OJANEN, *The Changing Concept of Direct Effect of European Community Law*, in *REDP*, 2000, p. 1253; D. O. A. EDWARD, *Direct Effect: Myth, Mess or Mystery?*, in J. M. PRINSEN, A. SCHRAUWEN (eds.), *Direct Effect Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groeningen, 2002, p. 3; T. EJSBOUTS, *Direct Effect, the Test and the Terms*, ivi, p. 236.

⁴⁶ J. A. WINTER, *Direct Applicability and Direct Effect Two Distinct and Different Concept in Community Law*, in *CML Rev.*, 1972, p. 425.

⁴⁷ G. ARANGIO-RUIZ, *Le domaine réservé. L'Organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne (Cours général de droit international public 1984)*, in *RCADI*, 1990, vol. 225, p. 448; E. CANNIZZARO, *Trattato internazionale (adattamento al)*, in *EdD*, XLIV, Milano, 1992, p. 1394; P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 542.

La Corte di giustizia nella sua giurisprudenza in merito al rapporto tra ordinamenti giuridici e complessi normativi ha mostrato di ispirarsi ad una concezione di tipo monistico. Sin dalle sue prime pronunce, l'organo giurisdizionale comunitario ha dichiarato che gli accordi internazionali stipulati dalla Comunità europea costituiscono "parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario", riconoscendo loro la prevalenza sulle norme interne di diritto derivato⁴⁸. Sulla base di questo presupposto, la determinazione della efficacia giuridica delle norme internazionali è stata analizzata seguendo i criteri dell'analisi della "struttura, dello spirito e della portata letterale dell'accordo" oltre che della "portata chiara, precisa ed incondizionata" della norma da applicare⁴⁹.

Meno univoco, tuttavia, appare l'orientamento giurisprudenziale comunitario con riferimento alla efficacia giuridica della normativa commerciale internazionale⁵⁰. Nel presente lavoro, infatti, si è posto in luce come la Corte di giustizia, pur partendo dai medesimi criteri valutativi, sia giunta ad esiti differenti con riferimento agli accordi di integrazione economica stipulati dalla Comunità europea ed agli accordi rientranti nel "pacchetto di Marrakech", lasciandosi condizionare da valutazioni di opportunità politica⁵¹.

In altri termini, l'applicazione giudiziale dei criteri richiesti per il riconoscimento della diretta applicabilità e della efficacia diretta delle norme internazionali convenzionali mostra come l'apprezzamento della portata chiara, precisa ed incondizionata della norma internazionale invocata in un determinato procedimento possa variare in relazione alle fattispecie oggetto di analisi⁵².

Facendo leva su questa osservazione, alcuni studiosi hanno posto in luce come gli effetti giuridici di una norma internazionale non dipendano esclusivamente da sue qualità intrinseche di carattere formale ma siano piuttosto il risultato della interpretazione operata dagli organi giurisdizionali in relazione alle diverse fattispecie loro sottoposte. In questa ottica, gli effetti giuridici di una norma convenzionale internazionale discendono da un processo interpretativo che va oltre la portata letterale della norma comprendendo numerosi fattori contingenti.

Il significato di una norma deriva da un ragionamento che collega l'effetto giuridico alle particolari caratteristiche della fattispecie considerata. Una stessa norma internazionale, pertanto, può essere direttamente applicabile e direttamente efficace in relazione ad una data fattispecie e non mantenere le stesse

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1974, causa 181/73, *Haegeman c. Belgio*, *Raccolta*, p. 449.

⁴⁹ Sentenze della Corte di giustizia *Bresciani*, cit., e *Sevince*, cit., e sentenza del Tribunale di primo grado del 22 gennaio 1997, causa T-115/94, *Opel Austria*, *Raccolta*, p. II-39.

⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale D. Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *Merck Genéricos*, cit., punto 78.

⁵¹ Il carattere eterogeneo dell'orientamento giurisprudenziale comunitario si rinviene anche con riferimento alle norme convenzionali in materia di trasporti, alle norme internazionali consuetudinarie ed alle norme di *jus cogens*, come posto in rilievo da G. GATTINARA, *La questione pregiudiziale di validità*, cit., p. 355 ss.

⁵² S. PRECHAL, *Does Direct Effect Still Matter?*, in *CML Rev.*, 2000, p. 1050.

qualità in riferimento ad altra fattispecie a seconda del tipo di pretesa che il ricorrente vuol far valere e della corrispondenza dei soggetti e delle situazioni contemplate dalla norma con gli elementi di fatto del caso. Non risulta possibile, pertanto, individuare in via aprioristica norme internazionali direttamente applicabili e direttamente efficaci poiché l'efficacia giuridica delle norme in questione non deriva da loro qualità intrinseche ma dalla interpretazione che di volta in volta viene data in riferimento ad ogni singolo caso⁵³.

L'opera interpretativa degli organi giurisdizionali condiziona la permeabilità di ciascun ordinamento giuridico rispetto a norme internazionali convenzionali. Essi, infatti, chiamati ad applicare una norma internazionale ad una data fattispecie, decidono la sua forza giuridica e la sua capacità di produrre diritti direttamente azionabili dai singoli individui. Una tal decisione non può non tener conto di valutazioni di tipo politico che attribuiscono ai caratteri formali della norma esaminata una portata consona alle finalità perseguite.

Una conferma in tal senso, si può rinvenire nella esperienza di integrazione comunitaria in cui il riconoscimento della diretta applicabilità e della efficacia diretta degli atti comunitari negli ordinamenti giuridici degli Stati membri è stato sotteso da una volontà di carattere politico che è andata ben oltre l'analisi formale della loro "portata chiara, precisa ed incondizionata", adeguando i criteri di valutazione giuridica alle sempre nuove esigenze di integrazione⁵⁴.

Coerentemente la giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla efficacia giuridica degli accordi commerciali internazionali non si è limitata ad una analisi formale delle qualità delle norme internazionali, oggetto di esame, ma ha volutamente allargato il campo di indagine alle peculiari caratteristiche del caso di specie, accordando a valutazioni di mera opportunità politica o commerciale la prevalenza rispetto ad una analisi rigorosamente formale dei caratteri degli accordi internazionali e delle relative norme, che sono state interpretate in maniera funzionale al grado di integrazione perseguito⁵⁵.

Questa osservazione se da un lato spiega l'apparente contraddittorietà della giurisprudenza della Corte di giustizia con riferimento alla efficacia giuridica

⁵³ P. ELEFThERiADiS, *The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues*, in *YEL*, 1996, p. 209.

⁵⁴ F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *RDIPP*, 1977, p. 497; G. CATALDI, *op. cit.*, p. 367; A. LA PERGOLA, P. DEL DUCA, *Community Law, International Law and the Italian Constitution*, in *AJIL*, 1985, p. 598; P. MENGOZZI, *Il giudice nazionale di fronte al diritto comunitario*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 792. Sul punto si veda anche: S. WEATHERILL, *L'applicazione del diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio: "doppio standard della Corte di giustizia?"*, in F. FRANCONI, F. LENZERINI, M. MONTINI (a cura di), *op. cit.*, p. 133. L'autore pone in luce come il riconoscimento della efficacia giuridica diretta della normativa comunitaria negli ordinamenti giuridici degli Stati membri sia riconducibile alla constatazione che "la Comunità europea può contare su un livello di organizzazione costituzionale ed istituzionale che riflette la profondità degli impegni politici assunti dai suoi fondatori verso l'integrazione", p. 154.

⁵⁵ A. OTT, *Thirty Years of Case-Law by the European Court of Justice on International Law: A Pragmatic Approach Towards its Integration*, in V. KRONENBERGER (ed.), *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, The Hague, 2001, p. 5.

degli “accordi di cooperazione economica” e degli “accordi multilaterali a carattere puramente commerciale”, dall’altro, pone interrogativi sulla adeguatezza degli strumenti concettuali utilizzati a fronte delle tendenze evolutive del panorama economico e giuridico a livello globale.

7. Recentemente si è posto in luce come il rifiuto della Corte di giustizia di riconoscere l’efficacia giuridica diretta delle norme commerciali multilaterali e delle decisioni dell’Organo di risoluzione delle controversie dell’Organizzazione mondiale del commercio rispecchi una concezione del rapporto tra diritto internazionale convenzionale e diritto interno incentrata sulla disomogeneità di ordinamenti giuridici traenti la loro origine da distinte manifestazioni di volontà. In base a questo assunto, non viene riconosciuta rilevanza giuridica alle norme di diritto internazionale convenzionale in assenza di un “fenomeno di ritrazione” degli ordinamenti giuridici delle parti contraenti che si rinviene in un esplicito atto di ricezione interna oppure in un atteggiamento di carattere generale degli organi giurisdizionali deputati a preservarne l’integrità e l’autonomia⁵⁶.

A riprova di quanto affermato, viene ricordato come la giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla efficacia giuridica delle disposizioni degli accordi internazionali sia sempre stata fortemente condizionata dal rispetto del “principio del buon funzionamento e della autonomia” della Comunità europea. L’organo giurisdizionale comunitario, infatti, pur accettando in via generale la possibilità che persone fisiche e giuridiche invochino disposizioni di accordi internazionali aventi “portata chiara, precisa ed incondizionata”, nega costantemente l’efficacia giuridica diretta di quegli accordi ritenuti troppo pervasivi⁵⁷.

Le nozioni di “diretta applicabilità” e di “efficacia diretta”, in altri termini, sono utilizzate come filtro al fine di determinare il grado di penetrazione della normativa commerciale multilaterale nell’ordinamento comunitario. Questo modo di intendere le nozioni di diretta applicabilità e di efficacia diretta, tuttavia, non sembra tenere in dovuta considerazione quel processo di circolarità normativa che pare profilarsi nei rapporti tra ordinamenti giuridici operanti a livello ultrastatale ed in particolare nei rapporti tra l’Organizzazione mondiale del commercio e la Comunità europea⁵⁸.

⁵⁶ G. BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno: rapporti fra sistemi omogenei ed eterogenei di norme giuridiche*, Milano, 1960. Recentemente la categoria del dualismo nella concezione del rapporto tra diritto internazionale e diritto comunitario è stata ripresa da A. GIANELLI, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004.

⁵⁷ P. MENGOZZI, *L’invocabilità in giudizio delle regole dell’Organizzazione mondiale del commercio e la giurisprudenza comunitaria*, in F. FRANCONI, F. LENZERINI, M. MONTINI (a cura di), *op. cit.*, p. 155.

⁵⁸ P. SANDS, *Sustainable Development: Treaty, Custom and the Cross Fertilization of International Law*, in A. BOYLE, D. FREESTONE (eds.), *International Law and Sustainable Development*, Oxford, 1999, p. 43; A. VON BOGDANDY, T. MAKATSCH, *Collision, Co-existence or Cooperation? Prospects for the Relationship between WTO Law and the European Union*, in G. DE BÚRCA, J. SCOTT (eds.), *The EU and the WTO Legal and Constitutional Issues*, Portland, 2001, p. 136; S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano,

La normativa commerciale multilaterale, infatti, produce all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario effetti che potremmo definire "indiretti" condizionando il percorso decisionale interno alle istituzioni comunitarie⁵⁹.

Gli stessi organi giurisdizionali comunitari, ad esempio, non hanno mancato di utilizzare in diverse occasioni la normativa commerciale multilaterale come ausilio per l'interpretazione del diritto commerciale comunitario determinandone progressivamente l'effetto condizionante sulle fasi di elaborazione, di interpretazione e di applicazione della normativa interna⁶⁰.

Un ulteriore impatto indiretto della normativa commerciale multilaterale nell'ordinamento comunitario riguarda il suo effetto armonizzante sulle diverse disposizioni adottate a livello nazionale. I giudici nazionali, ai sensi di una recente giurisprudenza comunitaria, sono tenuti ad interpretare, per quanto possibile, le norme nazionali in maniera conforme alla normativa commerciale multilaterale⁶¹. Questo obbligo di "interpretazione conforme" riconosce alla normativa commerciale multilaterale un effetto condizionante sulla portata ed il significato delle legislazioni degli Stati membri⁶².

A queste osservazioni, va aggiunto il profondo impatto che il nuovo sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio mostra di avere sulle politiche commerciali comunitarie⁶³.

Si tratta naturalmente di tendenze evolutive di cui risulta difficile prevedere con chiarezza gli esiti. Tali tendenze evolutive, tuttavia, costituiscono, a mio avviso, un importante punto di partenza per interrogarsi sugli strumenti concettuali finora utilizzati nel delineare i rapporti tra ordinamenti giuridici e complessi normativi.

Alla luce della più recente prassi giurisprudenziale, infatti, non sembra giustificabile continuare a negare, sulla base di valutazioni pragmatiche, l'efficacia

2003, p. 245; C. ARUP, *op. cit.*, p. 987; M. MATSUSHITA, *Governance of International Trade Under World Trade Organization Agreement – Relationship between World Trade Organization Agreement and Other Trade Agreement*, in *JWT*, 2004, p. 185.

⁵⁹ G. DE BÚRCA, J. SCOTT, *The Impact of the WTO on the EU Decision-Making*, in G. DE BÚRCA, J. SCOTT (eds.), *op. cit.*, p. 142.

⁶⁰ F. SNYDER, *The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law*, in *CML Rev.*, 2003, p. 320. Al riguardo si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 28 aprile 1998, causa C-200/96, *Metronome c. Hokamp*, *Raccolta*, p. I-1953 e del 30 maggio 2002, causa C-296/00, *Prefetto della provincia di Cuneo c. Silvano Carbone*, punto 30, *ivi*, p. I-4657 e le sentenze del Tribunale di primo grado del 29 giugno 2000, causa T-7/99, *Medici Grimm c. Commissione*, *ivi*, p. II-2671; del 29 novembre 2000, causa T-213/97, *Eurocoton c. Consiglio*, *ivi*, p. II-1609; del 27 gennaio 2000, causa T-256/97, *BEUC*, *ivi*, p. II-101.

⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000, cause riunite C-300/98 e C-392/98, *Christian Dior c. Tuk Consultancy e Assco c. Layer*, *Raccolta*, p. I-1344 e del 13 settembre 2001, causa C-89/99, *Schieving-Nijstad c. Robert Groeneveld*, *ivi*, 2001, p. I-5851.

⁶² G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation*, in J. M. PRINSSSEN, A. SCHRAUWEN (eds.), *op. cit.*, p. 79.

⁶³ P. J. KUIJPER, *The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the European Community*, in *JWT*, 1995, p. 49; T. COTTIER, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union*, in *CML Rev.*, 1998, p. 326.

giuridica diretta alla normativa internazionale convenzionale multilaterale. Occorre prendere atto che questa normativa già esercita un effetto condizionante sulla produzione normativa interna e che si mostra in grado di incidere sulla sfera giuridica degli operatori economici privati come accade nel caso di contro-misure autorizzate dall'Organo di risoluzione delle controversie al fine di ristabilire l'equilibrio commerciale tra le parti.

In attesa di una stabilizzazione di questa tendenza, rimane il problema di garantire gli operatori economici comunitari inseriti nel circuito commerciale internazionale da possibili inadempimenti delle istituzioni comunitarie nel dare seguito alle decisioni dell'organo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio. Un importante passo in avanti potrebbe essere l'accertamento della responsabilità extracontrattuale della Comunità europea mediate il riconoscimento di una sorta di effetto diretto verticale della normativa commerciale multilaterale⁶⁴.

Notoriamente, la nozione di effetto diretto verticale è stata elaborata dalla giurisprudenza comunitaria come rimedio ad una situazione patologica al fine di impedire ad uno Stato membro di trarre vantaggio nelle sue relazioni con gli individui dal mancato adempimento degli obiettivi posti da una direttiva⁶⁵. Questa stessa garanzia potrebbe essere estesa a quegli operatori economici comunitari inseriti nel circuito commerciale internazionale che siano direttamente ed individualmente danneggiati da un comportamento delle istituzioni comunitarie che non risulti conforme alle obbligazioni contratte in ambito internazionale ed in particolare alle decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio.

Si tratterebbe di una scelta in linea con l'approccio pragmatico seguito dalla Corte di giustizia nel delineare l'efficacia giuridica degli accordi internazionali in quanto riuscirebbe a contemperare l'esigenza di fornire garanzie adeguate agli operatori economici comunitari inseriti nel circuito commerciale internazionale e l'esigenza di preservare gli equilibri negoziali a livello internazionale.

Anche in questo caso, tuttavia, si pone il problema giuridico di confrontarsi con la giurisprudenza comunitaria sul riconoscimento dell'effetto diretto verticale data la difficoltà di dimostrare il nesso di causalità tra il danno subito dal ricorrente e la violazione da parte della Comunità europea di una normativa internazionale alla quale è stata finora attribuita una natura meramente programmatica⁶⁶.

⁶⁴ G. GATTINARA, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea per violazione delle norme OMC*, in *DUE*, 2005, p. 141.

⁶⁵ *Editorial Comment: Horizontal Direct Effect. A Law of Diminishing Coherence?*, in *CML Rev.*, 2006, p. 1; U. VILLANI, *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte di Stati. Tavola rotonda: Il danno ingiusto tra il giusto ed il bene*, in *Justitia*, 2003, p. 241.

⁶⁶ A. VON BOGDANDY, *Legal Effect of World Trade Organization Decision within European Union Law: A Contribute to the Theory of Legal Acts of International Organizations and the Action for the Damages under Article 228.2 CE*, in *JWT*, 2005, p. 53. L'autore ricorda come l'art. 3, par. 2 dell'Intesa sulle norme e le procedure per la risoluzione delle controversie del WTO

Al fine di fornire adeguate garanzie agli operatori economici comunitari, pertanto, non rimane che seguire la strada prospettata dal Tribunale di primo grado ossia il riconoscimento della responsabilità extracontrattuale per comportamento lecito delle istituzioni comunitarie pur nella consapevolezza che una simile scelta risolverebbe soltanto un aspetto della ben più complessa questione della efficacia giuridica della normativa commerciale multilaterale nell'ordinamento comunitario.

precluda all'Organo di risoluzione delle controversie di interpretare le previsioni della normativa commerciale multilaterale in maniera funzionale al riconoscimento di diritti individuali e come il panel nell'unica occasione in cui si è pronunciato sulla questione non ha riconosciuto diritti individuali (*US – Section 301 – 310 of Trade Act of 1974*, rapporto del *panel* doc. WT/DS152/R, del 22 dicembre 1999).

Luca Paladini

The Contribution of the Security Policy to the Coherence of the European Union's External Action*

SUMMARY: 1. Introduction. – *Part I: The aspects of discipline* – 2. The coherence of external action in the Treaty on European Union and in the Constitutional Treaty. – 3. The current discipline of Security Policy. – 4. The Security Policy in the Constitutional Treaty. – 5. The practice *ex* Article 17 TEU as possible scenario of application of Article III-309 CTEU. – *Part II: The practice of Security Policy.* – 6. A contextual vision. – 7. The typologies of peace-missions. – 8. The military operations. – 8.1. The operations in Balkans and the partnership with NATO. – 8.2. The operations in Congo and the partnership with United Nations. – 8.3. The military component of the supporting action to *AMIS II*. – 8.4. The military operations, the use of force and the position of neutral States. – 8.5. The financial aspect of military operations. – 9. The civilian missions. – 9.1. The police missions and the training of local polices. – 9.2. The rule-of-law missions: supporting third States reforms. – 9.3. The monitoring missions. – 9.3.1. The monitoring of the peace agreements in the missions carried out in Balkans and Indonesia. – 9.3.2. The support in capacity building for border management in missions carried out in Palestinian territories and between Ukraine and Moldova. – 9.4. The civilian missions: interventions less problematic than military operations. – 10. The thematic extension of peace-missions. – 11. The progressive extension of the EU's range of action. – 12. The execution of peace-missions: the contribution of third States. – 13. An evaluation of the first four years of implementation of the Security Policy. – *Part III: Aspects of coherence emerging from the practice of Security Policy.* – 14. The co-ordination between military and civilian aspects of peace-missions. – 15. Peace-missions and internal coherence of the Security Policy. – 16. Peace-missions and coherence of the EU's external action. – 17. Peace-missions in EU's relationship with United Nations and NATO. – 18. Conclusions.

1. When talking about the coherence of the European Union's external action, attention must be paid to the Security Policy, i.e. the part of the Common Foreign and Security Policy in which interventions, aimed at dealing with international crises, are undertaken outside the borders of the Union.

The Security Policy is relatively young, its institutional developments started with the Cologne European Council of 1999, but it boasts important results. Indeed, the High Representative for the Common Foreign and Security Policy stated that “after the single currency, it is in this dimension that the Union has

*This is the updated version of the contribution written for the seminar *L'action extérieure de l'Union européenne: quelle coherence?*, held in Brussels on December 8-9 2006, within the framework of the international research project “Les principes innovateurs de la Constitution européenne”, financed

made the most rapid and spectacular progress over the last 5 years”¹. Such progress can also be noted in the extensive practice intervened so far, where a tendency to reach coherence on different levels can be noticed. First of all, within single interventions, between military and civilian aspects. Secondly, in crisis-management, through the co-ordination of several interventions focused on the same country or area. Thirdly, with regard to the co-ordination of crisis-management interventions, via actions carried out by the EU within the first and the third pillar. Finally, in the co-ordination of the Security Policy with peace-keeping activities carried out by other international organizations.

That being said, the present contribution will be structured in three parts. The first will focus on aspects of discipline related to the coherence of the EU’s external action and the Security Policy, including the Treaty on European Union (TEU) and the Constitutional Treaty (CTEU). The second part will present the practice related to Security Policy, highlighting its essential points, successful elements, and the issues that have emerged from the management of the interventions. Finally, the third part will be dedicated to the aspects of co-ordination that “stand out” in the implementation of the Security Policy, in order to stress the contribution of crisis-management to the coherence of the EU’s external actions.

A final explanation of terminology is due. “Peace-missions” include all Security Policy interventions. It is a concise expression that is considered adequate to cover all the possibilities of intervention offered by the Security Policy and stress crisis management ethos. At the end of the day each intervention, with or without arms, based on action or observation, has the final aim of peace-making or keeping. Nonetheless, the differences among the various types of missions will be considered where needed.

2. Both the Treaty on European Union and the Constitutional Treaty express the need to reach coherence of the EU’s external action.

Indeed, Article 3 TEU imposes that the Union reach global coherence in the context of its external relations, security, economic and development policies. In order to do so, it states that the Council and the Commission, in fulfilling their competences, must co-operate between each other. Moreover, Article 13 gives the Council the duty of ensuring the unity, coherence and effectiveness of EU action within the Common Foreign and Security Policy. It is clear that the activities carried out within the Security Policy have to be included in the co-ordination aimed at guaranteeing the coherence of the EU’s external action.

Articles III-115 and III-292 CTEU have the same effect. According to Article III-115 CTEU the Union assures coherence between the various policies

by the European Commission (Action Jean Monnet) and realized by the University of Bologna, the IEE-Université Libre de Bruxelles and the University of Nice Sophia Antipolis. A special thanks to Mr. Stephen Curzon, PhD student at the University of Bologna, for his precious linguistic advice.

¹ See J. SOLANA, *Preface*, in N. GNESOTTO (ed.), *EU Security and Defence Policy*, Paris, 2004, p. 5 (also available on line: www.iss-eu.org).

and the actions carried out and, more specifically, Article III-292, last paragraph, states that coherence is ensured between its external actions and other policies. The Council and the Commission, assisted by the Minister for Foreign Affairs, co-operate in ensuring such coherence. Therefore it will also be necessary to co-ordinate the peace-missions carried out within the Common Security and Defence Policy with other policies.

So, Articles III-115 and III-292 CTEU reiterate the duties laid down by Article 3 TEU, the main difference being the added role of the Minister for Foreign Affairs², whose “co-belonging” to the Council and the Commission makes him/her *le symbole central* of the coherence of external action³. It must also be noticed that – and this is editorial news – a further element of guarantee of external coherence of the Union's action is constituted by the fact that all external policies are united in Title V CTEU.

3. The Security Policy is based on Articles 2 and 11 and, more specifically, on Article 17 TEU. Article 2 TEU includes, among the general objectives of the Union, the assertion of its identity on the international scene, in particular through the implementation of a Common Foreign and Security Policy. Article 11 TEU, dedicated to the objectives of this policy, includes “the strengthening of the security of the Union in all ways and the preservation of peace and strengthening of international security”. Finally, Article 17 TEU allows for the implementation of humanitarian and rescue tasks, peace-keeping tasks and tasks of combat forces in crisis management, including peace-making. Although this competence can be exercised by the Union via the single institutional framework of Article 3 TEU, nothing else is said about the implementation of the Security Policy.

In order to realize this policy an organizational structure was developed, by the Cologne European Council of 1999⁴, and the necessary capabilities to deal with international crises have been acquired. This occurred via the development

² Article I-28 CTEU.

³ See P. DE SCHOUTHEETE, *La cohérence par la défense – Un autre lecture de la PESD*, Paris, 2004, p. 35 (also available on line: www.iss-eu.org).

⁴ Regarding the evolution of the Security Policy, amongst others see A. MISSIROLI, *Difesa atlantica, sicurezza europea: l'«iniziativa» britannica e il futuro della PESD*, in *Europa Europe*, 1999, p. 85 et seq.; Id., *La politica estera e di sicurezza comune fra NATO e Unione europea*, in S. GUERRIERI, A. MANZELLA, F. SDOGATI (a cura di), *Dall'Europa a quindici alla grande Europa. La sfida istituzionale*, Bologna, 2001, p. 393 et seq.; L. MARINI, *La politica estera e di sicurezza dell'Unione europea*, in *DUE*, 2002, p. 383 et seq.; A. BAJEC, *Sulla scia di St. Malo: il cammino verso la PECSA dal 1998 al 2000*, in *CI*, 2003, p. 451 et seq.; C. NOVI, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005, p. 309 et seq. For a complete analysis, regarding both discipline and practice, see N. RONZITTI (a cura di), *Le forze di pace dell'Unione europea*, Soveria Mannelli, 2005, which contains several contributions. On the practice, in particular, see L. N. GONZÁLES ALONSO, *De las declaraciones a los hechos: las primeras operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea*, in *RDCE*, 2003, p. 653 et seq.; G. LINDSTROM, *On the Ground: ESDP Operations*, in N. GNESOTTO (ed.), *op. cit.*, p. 111 et seq. and U. VILLANI, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, in *CI*, 2004, p. 63 et seq. (also in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, p. 663 et seq.).

of an autonomous capacity of civilian and military intervention and by guaranteeing access to the logistic and military Atlantic assets, necessary for the realization of “hard” military intervention, through a partnership with NATO⁵. Although the developmental phase of the Security Policy was carried out between 1999 and 2002, at the end of 2001 the Laeken European Council declared, with some advance, that the Union was able to conduct crisis-management operations⁶.

Subsequently, other acts intervened to complete the Security Policy framework. With the action-plan against terrorism dated September 21 2001, approved by the Brussels Extraordinary European Council on September 20 2001, and with the “Declaration by the European Council on the contribution of the CFSP, including the ESDP, to the fight against terrorism” of the Seville European Council on June 21 and 22 2002, intervention for crisis management was also given the task of contributing to the fight against terrorism⁷. Moreover, the financial framework described by Article 28 TEU, clearly applicable to the Security Policy, has been integrated by a Council decision which instituted a financing mechanism for military operations⁸, in order to make the Union

⁵ The general framework of this co-operation is based on: a group of arrangements between EU and NATO on certain strategic fields; the EU-NATO Declaration on ESDP of 16 December 2002 (www.nato.int), that expresses the political will to implement those arrangements; EU-NATO consultation procedures for EU-led military operations (see conclusions of Nice European Council of December 2000); finally, the agreement concluded between EU and NATO under Article 24 TEU on the Security of Information (in *OJEU* L 80, March 27 2003). See A. GIOIA, *NATO (North Atlantic Treaty Organization)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 3375 et seq. and G. JANNUZZI, *La Gran Alleanza. Origines, transformaciones y futuro de la OTAN*, Buenos Aires, 2005. Regarding the transatlantic co-operation, amongst others see M. COMELLI, *La NATO e l'Unione europea*, in *AE*, 2003, p. 388 et seq.; ID., *Gli interventi dell'Unione europea e la cooperazione con la Nato*, in N. RONZITTI (a cura di), *op. cit.*, p. 137 et seq.; C. MONTELEONE, *Le relazioni transatlantiche e la sicurezza internazionale*, Milano, 2003; A. CAGIATI, *L'Europa e i rapporti transatlantici*, in *AE*, 2004, p. 148 et seq.; M. CICONI, *I rapporti tra PESD e NATO*, in P. MARIANI (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 215 et seq.

⁶ See conclusions of Laeken European Council of 14 and 15 December 2001 (point 6) and the Declaration on the operational capability of the Common European Security and Defence Policy. It is important to underline that the general framework of the EU-NATO co-operation was not complete at that date.

⁷ In the opinion of J. HOWORTH, *The European Union, Peace Operations and Terrorism*, in T. TARDY (ed.), *Peace Operation after 11 September 2001*, London, New York, 2005, p. 80 et seq., despite the terrorist attacks of September 11, 2001, forced the EU to develop a Security Policy, it is not totally ready to face threats of terrorism. The opposite opinion is held by S. BISCOP, *Able and Willing? Assessing the EU's Capacity for Military Action*, in *EFA Rev.*, 2004, p. 509, who believes the first peace-missions demonstrate the EU can give an important contribution to a “Secure Europe”.

⁸ Council Decision 2004/197/CFSP of 23 February 2004 establishing a mechanism to administer the financing of the common costs of European Union operations having military or defence implications, *OJEU* L 63, February 28 2004, p. 68. See also D. SCANNELL, *Financing ESPD Military Operations*, in *EFA Rev.*, 2004, p. 534.

acquire “the flexible capacity for managing the financing of common costs of military operations of any scale, complexity and urgency”⁹.

The different positions adopted by certain Member States completes the legal framework of the Security Policy. The involvement of Denmark, based on protocol Annex 5 of TEU, excludes its participation “in the elaboration and in the implementation of decisions and actions of the Union which have defence implications”, with the consequence that it “shall not participate in their adoption” and that it “shall not be obliged to contribute to the financing of operational expenditure arising from such measures”. Regarding the neutral *status* of other EU Members, the second pillar offers some guarantees for their positions. The first is in Article 17, where “The policy of the Union in accordance with this Article shall not prejudice the specific character of the security and defence policy of certain Member States”. This does not only include their participation in international organizations with defensive aims – for example, NATO – but also the adoption of a neutral position. The second is given by the positive abstention foreseen by Article 23 TEU, that allows neutral countries to free themselves from the execution and the financing of a decision related to an operation they are not intended to participate in.

4. Some Constitutional Treaty norms indicate that one of the objectives of the European Union is to contribute to peace-keeping and international security. Article I-3 TCEU inserts this amongst the general aims of the Union, whilst Article III-292 places it amongst the specific aims of its external action.

In order to reach this goal, Article I-41 foresees that the Union can carry out missions, Article III-309 summarises these in a detailed list – very illustrative –, and that these include joint disarmament operations, humanitarian and rescue tasks, military advice and assistance tasks, conflict prevention and peace-keeping tasks, tasks of combat forces in crisis management, including peace-making and post-conflict stabilization.

These missions can contribute to combating terrorism¹⁰ and are realized through capabilities offered to the Member States¹¹, although their realization can be entrusted to groups of Member States according to the procedures foreseen¹². Denmark, according to current regulations, is again free not to participate in decisions and actions of the Union where defence implications are involved¹³ and its participation must therefore be excluded in the case of military operations. Moreover, in order to provide guarantees to other neutral Member countries, the possibility of positive abstention is confirmed¹⁴.

⁹ See decision 2004/197/CFSP, cit., preamble, point 3.

¹⁰ See Article III-309 CTEU.

¹¹ See Article I-41 CTEU.

¹² See Articles I-41, I-44, III-310 and III-312 CTEU.

¹³ See Article 5 of the Protocol n. 20 attached to the CTEU.

¹⁴ See Article III-300 CTEU.

Regarding the financial aspect, Article III-313 proposes a subdivision of financial costs that resembles the current one. The expenses of the Security Policy are supported by the EU budget, apart from operating costs that belong to the military sector and rest with Member States (but the Council can adopt a different decision on this point). Moreover, the Council can also adopt procedures aimed at speedy financing of missions, apart from those cases in which the financing of interventions is delivered by Member States according to Article III-309.

5. It looks like the Constitutional Treaty proposes a legal framework of Security Policy which has existed since the codification of Article 17 TEU and have been developed by the decisions of the Cologne European Council of 1999 (and subsequent evolutions).

The extension of the list of missions, realised particularly by Article III-309 CTEU, must be understood as the codification of the intervened practice. This is the case, for example, of the missions focused on security reform which are not expressly foreseen by Article 17 TEU but belong to the practice of implementation of Security Policy and have been inserted in Article III-309 CTEU. Similarly, the provision stating that the missions can contribute to combating terrorism is not a novelty (as mentioned above) while the one referring to the structured co-operation of intervention deployment seems to codify current practice¹⁵. Currently, only Member States that contribute resources participate in the Union's peace-missions. Likewise, the financial framework designed by Article III-313 looks like a synthesis of provision *ex* Article 28 TEU, integrated by the development in the areas of financing military operations. Overall, the real difference between the two disciplines is the higher level of codification that the Security Policy received with the Constitutional Treaty.

That being said, in light of similar financial-organizational disciplines, it is plausible that the Security Policy intervened so far can be representative of the practice that will be produced by Article III-309 CTEU.

6. In order to introduce the practice it is necessary to offer an overview of all the peace-missions which have so far been undertaken on the basis of Article 17 TEU. An evaluation of Security Policy implementation shows that more than fifteen peace-missions have been activated in the first four years of its activity, and that seven of them have been concluded, as all of their goals were reached.

The Security Policy's operative debut took place in 2003¹⁶. In the first year, peace-missions were a good test for the reliability of the Security Policy's legal framework, particularly regarding its acquired capacities. In fact, the effectiveness

¹⁵ See, C. TÖRÖ, *The Latest Example of Enhanced Cooperation in the Constitutional Treaty: The Benefits of Flexibility and Differentiation in European Security and Defence Policy Decisions and Their Implementation*, in *ELJ*, 2005, p. 648.

¹⁶ Despite the *European Union Monitoring Mission* started in the early 90's, it is an exception within the Security Policy.

of civil capabilities – police capabilities in particular – was thoroughly verified during the police mission in Bosnia and, when military operations were set up in Macedonia and Congo, the capacity for action in the military field was also tested¹⁷. If one considers the latter military operations, in Macedonia it was the partnership between EU and NATO which was tested, whilst in Congo it was the autonomy of the EU to carry out low intensity military actions (i.e. actions of short duration and with a limited number of soldiers).

With these first peace-missions the EU replaced other international organizations already active in different crisis areas, thus proving that it could take the responsibility from other organizations or work alongside them in order to improve the mission. Both in Bosnia and in Congo the Union worked in cooperation with the UN, either alternating with this organization (as in Bosnia) or working side by side with it (Congo). As for the military operations carried out in Macedonia, it substituted the NATO military operation that was already in the area.

The first year of the Security Policy was a test of reliability for this blooming competence. During the following years the management of international crisis confirmed the degree of effectiveness attained, and has even shown signs of development. In fact, the EU has been proactive regarding civilian and monitoring missions which represent a good part of all the peace-missions that have been deployed to-date. Since the end of 2003 the EU has undertaken several monitoring and civilian missions, representing different kinds of intervention and taking place in typically “hot” areas such as the Palestinian territories. Military operations, instead, have confirmed the situation which was apparent after the first operating year of the Security Policy: the EU has shown some autonomy regarding low intensity interventions whilst it has taken advantage of NATO's assets for “hard” operations.

7. The list in Article 17 TEU is merely illustrative and does not indicate all actions the EU can take in the event of an international crisis. In fact, the formulation of the Article refers to humanitarian and rescue tasks, peace-keeping tasks and tasks of combat forces in crisis management, including peacemaking. This list partially mirrors the traditional classification of peace-keeping operations of the United Nations¹⁸, but it does not indicate the different kinds of interventions forming the practice of the Security Policy. For example, rule-of-law missions or monitoring missions are not part of Article 17 TEU but are nevertheless an important part of current practice.

¹⁷ In the opinion of A. TREACHER, *From Civilian Power to Military Actor: The EU's Reistable Transformation*, in *EFA Rev.*, 2004, p. 49, these operations made the EU both a civilian and a military actor.

¹⁸ See, e.g., P. GARGIULO, *Peace-keeping: nuovi sviluppi o possibile declino?*, in *Giano*, 1996, p. 99 et seq.; P. PICONE, *Il peace-keeping nel mondo attuale: tra militarizzazione e amministrazione fiduciaria*, in *RDI*, 1996, p. 5, also in critical reading; S. MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2000, p. 259 et seq.

That being so, the analysis and explanation of the peace-missions will follow the classifications that have arisen in practice. This differentiates between military operations and civilian missions.

8. Military operations are the most demanding interventions foreseen by Article 17 TEU and require the use of armed forces. These operations can be started in two different ways: either they are low-intensity interventions for which the EU has a full autonomy, or they are “harder”, and thus the EU must obtain the support of NATO’s logistic and military assets. Up till now, four military operations have been started, two in the Balkans and two in Congo; the missions taking place in the Balkans have been conducted with the use of NATO assets, whilst those in Africa, being low intensity interventions, have been conducted autonomously.

8.1. It has been possible to conduct military operations in the Balkans thanks to the support provided by NATO. Such operations, therefore, represent two instances of the partnership based on the Berlin plus agreement being put into practice.

The *Concordia*¹⁹ military operation started in March 2003 and substituted NATO’s *Allied Harmony* operation. Like NATO’s operations’ mandate, its purpose has been to contribute in the creation of stability and security, so that the Ohrid agreements could be put into practice, thus giving Macedonia a steadier and more democratic geopolitical framework. Practically, the EU’s force has patrolled areas of Macedonia with an Albanian ethnicity, in the border-regions with Albania and the Federal Republic of Yugoslavia. Even though it was an armed operation, it has not been necessary to obtain Security Council authorization considering its peace-keeping function and its mutual-consent nature. Nevertheless, resolution 1371 (2001) of September 26 has received it favourably. *Concordia* concluded its tasks in December 2003 and was replaced by a civilian police mission as a way of continuing EU commitment to Macedonia.

This operation’s strength is not just the fact that it was the first military intervention of the EU, but also that it has been a test for the good functioning of the partnership with NATO. In fact, as has been observed, Berlin plus agreements had to be formally initiated before *Concordia* could start²⁰. Moreover, it is important to highlight the success of this operation: by bringing Macedonia towards increased stability and security, the EU has been able to adapt its intervention. In fact this operation has not been extended nor has it been followed by another military action; instead it has been succeeded by a civilian mission. This shows that the EU can modify the nature of its intervention according to the

¹⁹ Council Joint Action 2003/92/CFSP of 27 January 2003 on the European Union military operation in the Former Yugoslav Republic of Macedonia, *OJEU* L 34, February 11 2003, p. 26.

²⁰ See A. MISSIROLI, *The European Union: Just a Regional Peacekeeper?*, in *EFA Rev.*, 2003, p. 498-9.

increased stability of the host State. In fact, police missions have low territorial effectiveness and mainly involve the provision of counselling to local authorities. We could say that *Concordia's* ending brought Macedonia the stability necessary to maintain public order within its boundaries.

On the other hand, since 2004 the military operation *Althea*²¹ has been ongoing in Bosnia. Its purpose is to continue the tasks of the *Stabilization Force*, the NATO force that preceded it. *Althea's* duty is to guarantee the implementation of the Dayton agreements, especially as regards the patrolling of the two entities in which the country is divided. This is the most important military operation that the EU has ever handled, both in financial and military terms, as it involves approximately 7000 soldiers. Having inherited the tasks of the *Stabilization Force*, which could use force over self-defence, the UN Security Council gave its authorization to launch *Althea* with resolution 1575 (2004) of November 22.

Like *Concordia*, but for different reasons, *Althea* represents an important affirmation of the Security Policy. *Althea* is not only the first long-term mission in the Balkans, but it has also been working along the already operating EU Police Mission in Bosnia (*EUPM*). This has allowed the EU to unify the civilian and military aspects of the implementation of the Dayton agreements, thus taking a further step towards the comprehensive policy used towards this country²². Moreover, this operation has seen the operative start of *Athena*, the mechanism of financing the common costs of military operations, demonstrating its good functioning²³.

8.2. The military operations in Congo represent two successful examples of military crisis management. Firstly because they have been started and managed autonomously or without the logistic help of NATO. Secondly because they are forms of interventions that were conceived in order to support the *United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of Congo (MONUC)*, a UN mission which was already operating in Congo accordingly to Security Council resolution 1484 (2003) of May 30. Therefore, these are two missions that the EU has handled alone and for the benefit of the international organization which retains primary competence in the field of peace-keeping and international security.

*Artemis*²⁴ was launched in support of *MONUC* between June 12 and September 1 2003 (it therefore had short duration). The operation was the result of an escalation of violence in the Ituri region²⁵ and was meant to intervene in

²¹ Council Joint Action 2004/570/CFSP of 12 July 2004 on the European Union military operation in Bosnia and Herzegovina, *OJEU* L 252, July 28 2004, p. 10.

²² See the conclusions of the Brussels European Council of June 17-18, 2004 and A. MISSIROLI, *Più euro per la sicurezza europea*, in *Il Mulino*, 2003, p. 531 et seq.

²³ See Joint Action 2004/570/CFSP, cit., Article 12.

²⁴ Council Joint Action 2003/423/CFSP of 5 June 2003 on the European Union military operation in the Democratic Republic of Congo, *OJEU* L 143, June 11 2003, p. 50.

²⁵ See A. MISSIROLI, *The European Union*, cit., p. 499 et seq.

order to guarantee peace and improve humanitarian conditions in the region. On the ground, the operation consisted in sending a small EU military contingent – of about 1500 soldiers led by France²⁶ – which was to be functionally inserted into *MONUC*²⁷. Resolution 1484 (2003) regarding *MONUC* represented the authorization of the Security Council for an operation that would take all necessary measures in order to fulfil its mandate²⁸, resorting to force and not just self-defence.

This operation has been concluded with a certain degree of success²⁹ and it can boast a few pre-eminences. First of all, it's the first military operation in Africa and it frees the path for future EU interventions on the continent. As shall be seen, this was the first in a series of interventions on the difficult transition of Congo towards democracy. Secondly, it is the first military operation that was started autonomously and with success by the EU, proving that the partnership with NATO is not necessary in all the situations in which military intervention is required. Moreover, *Artemis* represented a case of joint operation with the United Nations; this is one of the new forms of intervention in international crisis-management, as referred to by the Agenda for peace of 1995. As a supporting action, *Artemis* reached its goals and allowed the United Nations to reorganize *MONUC*³⁰. This clearly changed the way the EU was perceived internationally. Often (and rightly so) the EU was considered a political actor with little cohesion, but with this military operation it appeared to be a reliable subject in international crisis-management. As proof of the intervention's success, *Artemis* was employed as a model for building the Headline Goal of Security Policy for 2010, that is the creation of "battlegroups": i.e. armed contingents of 1500 soldiers, strongly operative and ready for action within 10 days from the moment the operation is organized, at the disposal of the United Nations for short interventions³¹.

The second military operation in Congo – *EUFOR RD Congo*³² – instead, was active from June 12 to November 30 2006 (the Joint Action on this operation foresaw a duration of 4 months after the completion of the first round of political

²⁶ France was the Framework Nation of the operation and took main responsibility for the intervention, both in terms of command and armed forces supply. See F. FARIA, *La gestion des crises en Afrique subsaharienne. Le rôle de l'Union européenne*, Paris, 2004, p. 50 et seq. (also available on line: www.iss-eu.org).

²⁷ See paragraphs 9 and 10 of resolution 1484 (2003).

²⁸ See para. 4 of resolution 1484 (2003).

²⁹ See T. TARDY, *EU-UN Cooperation in Peacekeeping: A Promising Relationship in a Constrained Environment*, in M. ORTEGA (ed.), *The European Union and the United Nations. Partner in Effective Multilateralism*, Paris, 2005, p. 49 et seq. (also available on line: www.iss-eu.org).

³⁰ See C. GEGOUT, *Causes and Consequences of the EU's Military Intervention in the Democratic Republic of Congo: A Realist Explanation*, in *EFA Rev.*, 2005, p. 427.

³¹ See *ESPD Newsletter*, issue 2, Brussels, June 2006, p. 24.

³² Council Joint Action 2006/319/CFSP of 27 April 2006 on the European Union military operation in support of the United Nations Organisation Mission in the Democratic Republic of the Congo (MONUC) during the election process, *OJEU* L 116, April 29 2006, p. 98.

and presidential elections). This intervention resembles *Artemis* in terms of its constitution and structure, but it had a different mandate. In fact it aimed to support *MONUC* during the electoral process which should bring Congo to free elections and stability. This operation was based upon Security Council resolution 1671 (2006) of April 25, which authorized the temporary use of an EU force to support *MONUC* and identified its mandate as being the support of the UN mission and the protection of civilians and Kinshasa Airport.

Regarding *EUFOR RD Congo* we can repeat the same observation made for *Artemis*. It was a military operation started autonomously by the EU within the context of a crisis that has seen the EU involved for a long time. It is also a further example of the close cooperation with the United Nations. Like *Artemis*, *EUFOR RD Congo* has been successful, reaffirming the EU's identity on the international scene.

8.3. Finally, a *pro quota* reference should be made to an atypical intervention that was launched in the framework of the Security Policy. The supporting action to *AMIS II*³³ is an intervention with the aim of supporting an already active monitoring mission. The mission to be supported is *AMIS II*, an African Union's intervention in Darfur (Sudan) launched with the aim further pursuing the monitoring of the cease-fire agreement signed in N'Djamena on April 8 2004³⁴.

The intervention is composed of a military and a civilian component. As for the component herein concerned, this intervention supports the planning of the operations, provisions of military observers, training troops, strategic transportation and, if required by the African Union, aerial observation.

Judging from the mandate given to the military component, it is a different kind of intervention when compared with the other military operations. Part of the military component's duties concern counselling, and aim at teaching the African Union how to plan and develop crisis management methods. Thus, unlike previous interventions, this one is not entirely directed to the territory but, rather, to the organization necessary to manage the crisis. Secondly, this is the first – and up until now, the only – case of a mission directed to support another international organization. To-date peace-missions have generally been launched to benefit countries with an ongoing crisis. Moreover, even when there has been a counselling function – as in a civilian mission – the receiving entities were third States and not international organizations.

³³ Council Joint Action 2005/557/CFSP of 18 July 2005 on the European Union civilian-military supporting action to the African Union mission in the Darfur region of Sudan, *OJEU* L 188, July 20 2005, p. 46.

³⁴ In fact, *AMIS II* represents the upgraded version, in terms of mandate and resources, of *AMIS I*, an operation of the African Union monitoring the respect of the mentioned agreement of 2004 about the cease-fire. On African Union's peace-keeping activities, see A. MARCHESI, *Il ruolo dell'OUA nella prevenzione e gestione dei conflitti e brevi cenni alla cooperazione con le Nazioni Unite*, in F. LATTANZI, M. SPINEDI (a cura di), *Le organizzazioni regionali e il mantenimento della pace nella prassi di fine XX secolo*, Napoli, 2004, p. 33 et seq.

With the supporting action to *AMIS II* the EU has employed a new kind of intervention aimed at contributing to the resolution of the crisis in Darfur. The EU has acted respecting the local responsibilities of the African Union towards the conflicts on the African continent³⁵. Thus the EU has given its support in order to allow the African Union to operate on its own territory. This is in line with the new tendencies of management of international crisis: regional organizations can have a direct role in solving a local crisis, respecting the UN's primary responsibility. The supporting action, in fact, follows the invitation, made by the Security Council to the UN Member States with resolution 1547 (2004) of June 11 of sustaining the efforts of the African Union in Darfur, giving it financial and material resources. This intervention is also coherent with the position that the EU had expressly taken regarding African conflicts³⁶ and is one of the forms of co-operation described by resolution 1631 (2005) of October 17 regarding the development of the co-operation between UN and regional organizations in peace-keeping³⁷.

8.4. The fact that military operations are armed interventions causes compatibility problems between the nature of the lead activities and the neutrality that belongs to certain EU Members.

As we said, Article 17 TEU states that the Security Policy of the European Union is in accordance with the specific character of the security and defence policy of certain Member States, both in being part of international organizations with a defensive purpose and in their being neutral. Moreover, the legal framework of such policy has to be considered with regard to the position of Denmark and the fact that other Member States are neutral. It must be recalled that while Denmark's position puts it out of any participation in military operations, the neutral Member States can evaluate, on a case-by-case basis, whether to be part of an operation or not. For this purpose they can take advantage of the positive abstention procedure³⁸, which enables them to exempt themselves from executing and financing a military operation which they consider incompatible with their neutrality.

Practice confirms what stated above. Denmark has never taken part in military operations, even though in one case – *Concordia* – the use of force was not offensive, but only defensive. As regards other neutral Member States, practice exemplifies different positions. Malta has never been part of a military operation. Austria, Finland, Sweden and Ireland have been part of one or more

³⁵ See R. MILAS, *La politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne: la volonté et l'engagement extérieur de l'UE*, in *RDUE*, 2005, pp. 292-293.

³⁶ Council Common Position 2005/304/CFSP of 12 April 2005 concerning conflict prevention, management and resolution in Africa and repealing Common Position 2004/85/CFSP, *OJEU* L 97, April 15 2005, p. 57.

³⁷ The resolution, in fact, recalls the African Union and the support provided by EU (see point 2).

³⁸ See Article 23 TEU.

operations, even when the use of force was offensive. For example, Sweden participated in the *Artemis* military operation. Other countries have taken part in operations by differentiating their contributions, for example by sending camp hospitals or civilian staff, as Austria and Ireland did in *Artemis*³⁹.

8.5. Practice tends to confirm the problems arising from the consideration of the institutional aspects of peace-missions' financing⁴⁰. The mixed nature of the financing system *ex* Article 28 TEU distinguishes civilian missions from military ones, and in the latter case the start of an intervention is influenced by temporal and procedural variables which risk compromising its outcome. Above all, problems linked to uncertainties and delays in the allocation of funds are potentially lethal for operations that must be started quickly.

As for civilian missions, practice confirms that financing comes entirely from EU finances, except in the *EUPM*, where part of the operative costs have been sustained by the participating States, according to the exception in Article 28, paragraph 3, TEU⁴¹.

As regards military operations, on the other hand, the institutive Joint Actions of *Concordia* and *Artemis* created some *ad hoc* mechanisms in order to manage part of the operative costs⁴², which rest with the participating States. Such temporary mechanisms only managed the common costs and not the individual ones; the former being sustained by the participating States *in solido*, whilst the latter being sustained by each State without the possibility of sharing them with others. Such a solution posed several problems, related to the uncertainty of the created mechanisms and to the evident and problematic question of the identification of common and individual costs, even though the Joint Actions did provide some guidance.

The situation changed when the permanent financing mechanism *Athena* was created; it quickly manages common costs and, with specific authorization, it can manage individual costs as well. Since the launching of the military operation *Althea*⁴³, the permanent mechanism has been called upon to administer common costs and this has represented an improvement. In fact, unified management of common costs represents a factor that increases the speed of intervention launching procedures. Even though it is an improvement, we must nevertheless consider that it is not enough to increase the efficiency of the financing system of military operations. The decisions taken in the context of

³⁹ See G. LINDSTROM, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁰ See L. N. GONZÁLES ALONSO, *op. cit.*, p. 674.

⁴¹ The general rule, under which the EU's budget finances the interventions which do not have military or defensive implications, can be derogated by the Council acting unanimously.

⁴² See Article 9 of Joint Action 2003/92/CFSP, *cit.*, and Article 11 of Joint Action 2003/423/CFSP, *cit.*

⁴³ See Article 12 of Joint Action 2004/570/CFSP, *cit.* Also see Article 11 of Joint Action 2005/557/CFSP, *cit.*, on the military component of *AMIS II* and Article 13 of Joint Action 2006/319/CFSP, *cit.*, relating to *Eufor RD Congo*.

this mechanism require unanimity and this adds elements of uncertainty in financing the common costs.

9. To-date civilian missions have encompassed three kinds of interventions: police missions, rule-of-law missions and monitoring missions.

The most common group is police missions that aim at giving advice in police-related matters such as education, training of human resources (at all levels), and preparation of efficient police authorities in line with european police standards⁴⁴. These missions are not active on the territory, and, for example, are not supposed to perform street patrolling⁴⁵; they are merely meant to help the local police develop the skills necessary to maintain public order. Smaller, but not less important, are the groups belonging to rule-of-law missions whose aim – as we shall see – is to provide legal support to host States in order to aid their reform processes. Finally we have the group of monitoring missions which perform several functions.

Via civilian missions, which supply counselling and support to a country or an international organization, the EU acts as a sort of “personal trainer”.

9.1. To date six police missions have been activated, and two of them have completed their duties.

The missions that have been completed operated (successively) in Macedonia and represented the aftermath of *Concordia*. Being civilian missions, they guaranteed the continuation of *Concordia*'s activities on a different level of intervention.

The mission that began following the end of *Concordia*, was the police mission *Proxima*⁴⁶. This mission had the task of controlling, guiding and educating Macedonian police, in order to fight local crime and align it with european police standards. Even though the mission was meant to give high level counselling to the government, it was also active in several sensitive areas, allowing it to work side by side with the local police in other ways. *Proxima* lasted about 24 months, that is until December 2005, and it was followed by the mission *Police Advisory Team (EUPAT)*⁴⁷. This mission was very similar, but smaller, and lasted a shorter period of time. *EUPAT*, in fact, lasted 6 months and

⁴⁴ See M. MERLINGER, R. OSTRauskaite, *ESPD Police Missions: Meaning, Context and Operational Challenges*, in *EFA Rev.*, 2005, p. 215.

⁴⁵ An exception is found in some forms of cooperation with local police, as with mission *Proxima* in Macedonia.

⁴⁶ See Council Joint Action 2003/681/CFSP of 29 September 2003 on the European Union Police Mission in the Former Yugoslav Republic of Macedonia (EUPOL “Proxima”), *OJEU* L 249, October 1 2003, p. 66 and following Council Joint Action 2004/789/CFSP of 22 November 2004 on the extension of the European Union Police Mission in the Former Yugoslav Republic of Macedonia (EUPOL PROXIMA), *OJEU* L 348, November 24 2004, p. 40.

⁴⁷ Council Joint Action 2005/826/CFSP of 24 November 2005 on the establishment of an EU Police Advisory Team (EUPAT) in the Former Yugoslav Republic of Macedonia (fYROM), *OJEU* L 307, November 25 2005, p. 61.

ended in mid-June 2006 when the “Cards programme” started a financial project to give technical assistance *in loco*. This short police mission followed the activities of *Proxima* but focused more on high level police management.

It is worth noticing the sequence of interventions in Macedonia, which started with the *Concordia* military operation and was followed by two police missions. The latter achieved their final goal of instructing local authorities on law enforcement, fighting crime, and maintenance of public order. This is confirmed by the fact that *EUPAT* has not been extended, and that no other mission has followed it. Further proof is the fact that the only follow up intervention has been of a financial nature. Thus, as the High Representative for the Common Foreign and Security Policy stated, with the end of the interventions within the area the relationship between the EU and Macedonia went from a post-crisis stabilization to a pre-accession integration⁴⁸. The EU has also shown that it can modify the type of intervention depending on the crisis and events faced and this is proven by the variety of interventions that have been organized. In fact, following NATO's disengagement military intervention was needed. That being so, once reconciliation was achieved the EU showed wisdom and maturity by shifting its attention to the training of local authorities and state management.

As for today's ongoing police missions the EU is active in Bosnia, Congo, in the Palestinian territories and in Sudan.

The *European Union Police Mission (EUPM)*⁴⁹, which started in Bosnia on January 1 2003, is the first mission acting under the legal framework of the EU's security police. It followed-up the UN *International Police Task Force (IPTF)* created after the Dayton agreements which expired at the end of 2002⁵⁰. Under Bosnian authority, *EUPM* has to conceive devices to enhance the standards of local police. This implies that the EU's police mission helps increase the responsibility of Bosnian police, giving support in fighting crime and corruption, and helping local police authorities achieve efficiency and financial sustainability⁵¹. As with *IPTF*, *EUPM*'s activities are carried out within the framework set by the Dayton Agreements and are managed in close coordination with the EU Special Representative and with the UN High Representative for Bosnia. As stated above, having been the first mission started after the operability statement of the Security Policy, *EUPM* can be seen as a reliability test for the EU's civilian capabilities. Judging from the fact that the mission is still in progress, the test has been successfully passed. Furthermore, the mission is also important because it

⁴⁸ See his message of December 9, 2005 (doc. S406/05).

⁴⁹ See Council Joint Action of 11 March 2002 on the European Union Police Mission (2002/210/CFSP), *OJEC* L 70, March 13 2002, p. 1 and Council Joint Action 2005/824/CFSP of 24 November 2005 on the European Union Police Mission (EUPM) in Bosnia and Herzegovina (BiH), *OJEU* L 307, November 25 2005, p. 55.

⁵⁰ See Security Council resolution 1035 (1995) of 21 December.

⁵¹ See A. NOWAK, *L'Union en action: la mission de police en Bosnie*, Paris, 2003 (also available on line: www.iss-eu.org).

is a test of the EU's reliability as a regional peace-keeper in so far as it involves a relay of competences from an international organization such as the UN.

The police mission *EUPOL Kinshasa*⁵² started in Congo on April 30 2005 in close coordination with the UN, which is conducting *MONUC in loco*. The EU's police mission must give counselling to local police regarding police standards in order to bring the Congolese police in line with international police standards and, consequently, help the consolidation process of Congo's internal security and, more generally, its transition towards democracy⁵³. It is a mission whose organization must draw from the experience acquired in previous police missions undertaken in the Balkans. It represents, in a sense, an intervention that has already been tested. Nevertheless, *EUPOL Kinshasa* is the first civilian mission of the EU in Africa and as such represents a milestone.

Recently a mission has been started in the Palestinian territories: mission *EUPOL Co-ordinating Office for Palestinian Police Support (EUPOL COPPS)*. The aim is to give local police counselling and assist the Palestinian Authority in the development of a modern and effective police service, which could grant a high degree of internal security for the population and, consequently, a progressive amelioration of the territories economy. The mission is composed of a team of police experts coming from different EU countries, and was established with an exchange of letters dated April 20 2005, between the Palestinian Authority and the EU Special Representative for the peace process in the Middle East. *EUPOL COPPS* is the first mission started in a part of Asia traditionally considered as very "delicate". As mentioned above, having the EU operate in such critical areas can represent a sign of the enhanced credibility of the EU as a subject able to intervene in the maintenance of peace and international security⁵⁴.

Finally, let us consider the police component of the already mentioned *supporting action to AMIS II*. This component acts by sending European police operators and its tasks include counselling, training and aiding the development of a police unit within the African Union. This component is an intervention with the same aim as the police missions already analysed since it involves a type of counselling meant to create the structures necessary to guarantee the African Union's handling of the Darfur crisis (from a civilian point of view).

9.2. Another type of civilian intervention based on Article 17 TEU are rule-of-law missions. Only three have been started until now and one of them has already been concluded. These interventions have various functions although

⁵² Council Joint Action 2004/847/CFSP of 9 December 2004 on the European Union Police Mission in Kinshasa (DRC) regarding the Integrated Police Unit (EUPOL Kinshasa), *OJEU* L 367, December 14 2004, p. 30.

⁵³ See M. MARTINELLI, *Helping Transition: The EU Police Mission in the Democratic Republic of Congo (EUPOL Kinshasa) in the Framework of EU Policies in the Great Lakes*, in *EFA Rev.*, 2006, p. 379.

⁵⁴ See *ESPD Newsletter*, issue 1, Brussels, December 2005, p. 5.

they all aim at achieving the “health” of the rule-of-law as element of stability and growth⁵⁵.

The intervention that has come to an end – which is also the first one that was started – is the rule-of-law mission *EUJUST Themis*⁵⁶, which occurred in Georgia between 2004 and 2005. It had the purpose of supplying assistance to local authorities in the re-establishment of Georgia's criminal system. In practical terms such assistance involved sending ten experts from the EU to some Georgian government offices⁵⁷. The mission ended successfully with the starting of the re-establishment of Georgia's criminal system and penitentiary order⁵⁸.

As regards ongoing interventions these are currently being carried out in Congo and Iraq. With reference to the former, mission *EUSEC RD Congo*⁵⁹ started in June 2005 and involves counselling and assisting Congo in its security reforms. The mission aims at integrating the Congolese Army into the State, by promoting policies that are compatible with international humanitarian law, democratic standards, principles of good public management, transparency and observance of the rule-of-law. This is done via the EU's engagement with the transitional government in order to guarantee the security of the population, national reconciliation, and the stability of the region⁶⁰. Compared to the mission in Georgia, this one represents a different aspect of rule-of-law assistance and has an innovative quality (that of being the first mission of the EU for third states in terms of defence). Furthermore, the mission is small and comprises just eight military counsellors, all employed in the Congolese Ministry of Defence and in the Military Staff.

On the other hand, in Iraq the EU has launched an integrated rule-of-law mission, *EUJUST Lex*⁶¹. Its aim is to help improve the criminal investigation skills of the different components of the *post-war* Iraq criminal justice system⁶². The mission operates within the Iraqi criminal justice system and helps train high and mid-level officials in senior management and criminal investigations and promote closer cooperation between the different actors of the system⁶³. As

⁵⁵ See conclusions of Santa Maria de Feira European Council of 19-20 June 2000, Appendix 3, “*Study on concrete targets on civilian aspects of crisis management*”.

⁵⁶ Council Joint Action 2004/523/CFSP of 28 June 2004 on the European Union Rule of Law Mission in Georgia, *EUJUST Themis*, *OJEU* L 228, June 29 2004, p. 21.

⁵⁷ First Minister Cabinet, Justice Ministry, National Security Council, Office of General Attorney and Office of Ombudsman (see message of CFSP High Representative, doc. S0181/04).

⁵⁸ See D. LYNCH, *Why Georgia Matters*, Paris, 2006, p. 59 (also available on line: www.iss-eu.org).

⁵⁹ Council Joint Action 2005/355/CFSP of 2 May 2005 on the European Union mission to provide advice and assistance for security sector reform in the Democratic Republic of Congo (DRC), *OJEU* L 112, May 3 2005, p. 20.

⁶⁰ See message of the CFSP High Representative of May 23, 2005 (doc. S190/05).

⁶¹ Council Joint Action 2005/190/CFSP of 7 March 2005 on the European Union Integrated Rule of Law Mission for Iraq, *EUJUST Lex*, *OJEU* L 62, March 9 2005, p. 37.

⁶² See *ESPD Newsletter*, issue 1, cit., p. 27.

⁶³ See statement of CFSP High Representative of March 8 2005 (doc. S0102/05) and doc. “EU Rule-of-law mission for Iraq” (available on line: www.consilium.europa.eu).

with the police mission in the Palestinian territories, the mission operates in a country which has not yet achieved stability and this is an index of the EU's reliability in managing international crises.

In conclusion it is interesting to mention a mission that is being prepared. The EU has established a planning group – *EUPT Kosovo*⁶⁴ – with the task of verifying the feasibility of an EU rule-of-law mission in Kosovo. This mission should inherit certain tasks from the *United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK)*⁶⁵ – created by the resolution 1244 (1999) of June 10 – when its functions cease following the determination of Kosovo's *status*⁶⁶.

9.3. Monitoring missions are usually aimed at monitoring and supervising an international peace agreement. Monitoring can actually be directed to other kinds of international agreements and, in this sense, the EU has launched monitoring missions that are also directed at controlling border “check points”.

9.3.1. The missions in the Balkans and Indonesia started at different times but with the same purpose of monitoring an international peace agreement.

The *European Union Monitoring Mission (EUMM)* was launched in the Balkans in 1991, but it is still active throughout different countries in the region⁶⁷. Thus, it is an *ante litteram* mission, and a particularly long-lived one. The mission was designed within the context of the European Political Cooperation – thus before the establishment of the EU – even though it was officially considered an intervention within the CSCE's framework⁶⁸. It survived the war in former Yugoslavia, the birth of the EU and its Common Foreign and Security Policy, and the events related to the development of Security Policy.

The secret of this mission's longevity lies in two elements. The first is that the mission can be considered an instrument of the EU's Common Foreign and Security Policy. With Joint Action 2000/811/CFSP⁶⁹ the EU changed the mission's name and inserted it into the second pillar framework, giving it the flexibility necessary to pursue its different tasks. The mission's mandate was also changed. Originally it was meant to oversee the Brioni's agreement which had planned the sending of a monitoring mission of the European Community to

⁶⁴ Council Joint Action 2006/304/CFSP of 10 April 2006 on the establishment of an EU Planning Team (EUPT Kosovo) regarding a possible EU crisis management operation in the field of rule of law and possible other areas in Kosovo, *OJEU* L 112, April 26 2006, p. 19.

⁶⁵ See M. J. MATHESON, *United Nations Governance of Postconflict Societies*, in *AJIL*, 2001, p. 76.

⁶⁶ See M. GLENNY, *The Kosovo Question and Regional Stability*, in J. BATT (ed.), *The Western Balkans: Moving on*, Paris, 2004, p. 87 (also available on line: www.iss-eu.org).

⁶⁷ In Albania, in Bosnia, in the Federal Republic of Yugoslavia and in Macedonia.

⁶⁸ But we tend to consider it as an intervention of EEC within the European Political Cooperation's framework. See M. BOTHE, *Peace-keeping*, in B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, 2002, II ed., p. 697.

⁶⁹ Council Joint Action of 22 December 2000 on the European Union Monitoring (2000/811/CFSP), *OJEC* L 328, December 23 2000, p. 53.

Slovenia. The purpose of such a mission was to verify and uphold the cease-fire, supervise the withdrawal of the federal army from their barracks, and demobilize the Slovenian army. With Joint Action 2000/811/CFSP the mandate was changed so as to give the mission the task of contributing, in a flexible way, to the completion of the EU policy regarding the Balkans. Moreover, according to a further and more recent modification of the mandate, particular focus has been placed on political and security developments in Kosovo, Serbia, and Montenegro⁷⁰. The *EUMM* shows how flexibility can be the key to success in such interventions. The modified mandate has allowed the mission to endure and it now acts as an observatory *in loco* of the Balkan region, thus contributing to the EU's neighbourhood policy.

On the other hand, the monitoring mission in Indonesia – *Aceh Monitoring Mission (AMM)*⁷¹ – was launched in mid-September 2005 and, after several extensions, ended in mid-December 2006. The mission was created following the conclusion of the definitive peace agreement signed in Helsinki on August 15 2005 between the Indonesian government and Free Aceh Movement (GAM) representatives, after almost 30 years of local unrest⁷². In fact the agreement, amongst other decisions, calls for the launch of a joint mission between the EU and contributing States of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)⁷³, with the task of monitoring, from September 15 2005, the observance of the peace agreement⁷⁴.

This mission has had several interesting effects. It is the first mission in South Eastern Asia and this shows that the activity of the EU in Congo is not an isolated instance of “out of area” commitment. Moreover, the mission occurred in an area whose strong crisis is not only due to political factors but can be linked to environmental considerations as well (having recently been hit by a tsunami). It was a demanding mission, and, even though it was considered a monitoring mission it acted in various fields, including military ones. As a result, the mission was a test for the good functioning of crisis management, particularly of the Civil-Military Cell. It also represents the first instance of a mission that took place in conjunction with the full integration of other international organizations, following a new pattern for the EU's practice. In fact the mission involved full integration between the EU and ASEAN teams, with the exception of the head

⁷⁰ Council Joint Action 2005/807/CFSP of 21 November 2005 extending and amending the mandate of the European Union Monitoring Mission (EUMM), *OJEU* L 303, November 22 2005, p. 61.

⁷¹ Council Joint Action 2005/643/CFSP of 9 September 2005 on the European Union Monitoring Mission in Aceh (Indonesia) (Aceh Monitoring Mission–AMM), *OJEU* L 234, September 10 2005, p. 13.

⁷² Text can be found on line: www.consilium.europa.eu.

⁷³ On ASEAN's peace-keeping activities, see, for example, A. MINUTI, *ASEAN e mantenimento della pace nel quadro del sistema Nazioni Unite*, in F. LATTANZI, M. SPINEDI (a cura di), *op. cit.*, p. 161 et seq.

⁷⁴ Cfr. point 5.2 of the peace agreement. For a broader analysis, see P. A. BRAUD, G. GREVI, *The EU Mission in Aceh: Implementing Peace*, Paris, 2005 (also available on line: www.iss-eu.org).

of the mission who was appointed by the EU. The positive results achieved by the mission could lead us to conclude that it is an example of a joint mission to be repeated in other crisis areas. Finally, we must recall that the mission began operating on very short notice – *de facto* the observers were on the ground the day of the signing of the peace agreement – and this could be an operative standard for future peace-missions⁷⁵.

9.3.2. The two other monitoring missions launched until now do not have the function of monitoring a peace agreement. Their task, on the other hand, is helping to control the regular functioning of border activities.

The same can be said of the *EU Border Assistance Mission at Rafah crossing point (EU BAM Rafah)*⁷⁶. It was conceived within the more general framework of aiding the Palestinian Authority to take responsibility for the maintenance of public order following Israel's unilateral disengagement. This mission, established at the end of 2005, is meant to assist and train Palestinian authorities to supervise movements at Rafah's crossing point and along the Egyptian border (applying the Agreement on Movement and Access from and to Gaza, signed between Israel and the Palestinian Authority on November 15 2005)⁷⁷. The EU is not replacing local authorities as control remains with the Palestinian Authority, yet, the EU contributes to the development of local powers in managing Rafah's pass⁷⁸.

Similarly, the *EU Border Assistance Mission to Moldova and Ukraine* started on December 1 2005 – with a duration of 24 months following the request of both countries and is meant to assist the Moldovan and Ukrainian border authorities in monitoring the Transnistrian area. The mission aims to develop the local authorities' abilities to control people's movements and fight the illegal trafficking that generally occurs in proximity of the Transnistrian area. As a long-term result, the mission intends to establish cooperation and communication between border authorities and contribute to the creation of a solution to the Transnistrian conflict⁷⁹.

Although the mission's mandate is similar to *EU BAM Rafah*, there are a few institutional differences with the monitoring mission in the Palestinian territories and with Security Policy peace-missions in general.

The mission is based on a *memorandum of understanding (MoU)*⁸⁰, signed by the European Commission and by the governments of Moldova and Ukraine.

⁷⁵ See P. FEITH, *AMM* Head of Mission, interview in *ESPD Newsletter*, issue 2, cit., p. 18.

⁷⁶ Council Joint Action 2005/889/CFSP of 12 December 2005 on establishing a European Union Border Assistance Mission for the Rafah Crossing Point (EU BAM Rafah), *OJEU* L 327, December 14 2005, p. 28.

⁷⁷ See www.consilium.europa.eu.

⁷⁸ See *ESPD Newsletter*, issue 1, cit., p. 5.

⁷⁹ On the secessionist events involving Transnistria, see D. LYNCH, *Crisis in Moldova*, Paris, 2002 and N. POPESCU, *The EU in Moldova. Settling Conflicts in the Neighbourhood*, Paris, 2005, p. 15 (both available on line: www.iss-eu.org).

⁸⁰ Text on www.eubam.org.

The *memorandum* regulates the legal *status* of the *European Commission Border Assistance Mission* in the territories of the hosting parties. The MoU specifies that the mission operates under the auspices of the European Commission and that it will report to the EU Special Representative for Moldova⁸¹, the Governments of the host States, and the Commission itself. In order to define privileges and immunities, the MoU gives the mission the same *status* as the Commission's delegations in Ukraine and Moldova which enjoy the privileges and immunities accorded to diplomatic missions by the 1961 Vienna Convention on diplomatic relations.

The legal framework described by the memorandum appears peculiar to say the least. The MoU states that the mission "belongs" to the European Commission, and not to the European Community or, more precisely, to the European Union. The mission has not been established by a Joint Action, as usually happens, and its *status* is defined by the MoU rather than by international agreement according to Article 24 TEU. The only act adopted under the second pillar framework is a Joint Action that modifies the mandate of the Special Representative⁸². This refers to the Political and Security Committee's decision to start the mission and modifies the Representative's mandate in order to include the mission's functions. That being so, such a framework differentiates this mission from the others as it seems to include it into the first pillar⁸³, even though monitoring missions – just like peace-missions – are part of the second pillar. Nevertheless, as a link to the second pillar, the head of the mission is part of the staff of the EU Special Representative for Moldova, an institutional figure of the CFSP, and official documents indicate the mission as *EU Border Assistance Mission to Moldova and Ukraine*⁸⁴.

These anomalies suggest that this monitoring mission was born in a difficult context and this may have made it necessary to apply an atypical formula. Probably some of the political or financial difficulties that arose when deciding to start the mission made it impossible to establish it on the correct legal basis and with the procedures used for other missions. Yet, it must be said that the anomalous solution allowed the mission to be activated and this, from an operational Security Policy's point of view, is worthy of praise.

9.4. Unlike military operations, whose establishment can require the use of NATO's assets, the organization of a civilian mission is much less problematic. In fact, as has been observed since the first civilian mission, "the launch and implementation of *EUPM* show how much easier it is for the Union to put in

⁸¹ Council Joint Action 2005/265/CFSP of 23 March 2005 appointing a Special Representative of the European Union for Moldova, *OJEU* L 81, March 30 2005, p. 50.

⁸² Council Joint Action 2005/776/CFSP of 7 November 2005 amending the mandate of the European Union Special Representative for Moldova, *OJEU* L 292, November 8 2005, p. 13.

⁸³ This seems to be confirmed by N. POPESCU, *op. cit.*, p. 35 et seq.

⁸⁴ For example, see doc. of CFSP High Representative of December 2, 2005 (doc. S398/05).

place civilian crisis management rather than ‘mixed’ or purely military ones”⁸⁵. In fact, these are rather small interventions with a certain flexibility, efficiency and effectiveness. The EU is totally autonomous in starting and managing these missions and practice shows how they can be set up rapidly (two examples that prove this are the start of the monitoring mission in Indonesia and the rule-of-law mission in Georgia)⁸⁶.

As for the conferred tasks, this kind of intervention does not need prior authorization from the Security Council. In fact, these are not operations requiring a coercive use of force, but are based upon the consent of the host State. The use of force is almost totally excluded, as it is the local authorities’ duty to protect the mission. Consequently, these missions only require the communication *ex* Article 54 of the Charter of the United Nations. This also implies there will be no incompatibility with the neutrality of some EU Member States.

10. The exposed practice has a certain thematic range within the various EU peace-missions. They vary from military operations, of small and large sizes, to different types of civilian missions. This array does not find correspondence in Article 17 TEU, which only mentions certain kinds of interventions and does not cover all the possibilities of implementation. This is due to the explanatory character of the list *ex* Article 17 TEU which does not bind the EU to pre-arranged actions, but gives it the flexibility necessary for managing an international crisis.

Interventions must be able to adapt to tangible events and, therefore must foresee the necessary actions concerning the management of a crisis. Thus Article 17 TEU must be read as a rule that enables the activation of actions ranging from interventions with no military content – humanitarian and rescue tasks – to others which, on the contrary, consider the use of force important for their functions on the ground.

11. The practice of peace-missions shows a certain geographical variety too. Until now the EU’s interventions have involved three continents – Europe, Africa and Asia – and twelve third States. Such an approach is in harmony with the treaty because Article 17 TEU does not define a geographical limitation to peace-missions.

The width of the EU’s range of action has increased progressively⁸⁷. Early Security Policy saw the Balkan region and Congo as preferential areas. The first

⁸⁵ See A. MISSIROLI, *Euros for ESDP: Financing EU Operations*, Paris, 2003, p. 13 (also available on line: www.iss-eu.org).

⁸⁶ See announcement of CFSP High Representative of July 23, 2004 (doc S0199/04).

⁸⁷ This phenomenon has also been called *mondialisation* of the Common Foreign and Security Policy. See J. AUVRET-FINCK, *Politique étrangère et de sécurité commune*, in *Europe Traité, Collections des Juris-Classeurs*, n. 2600, Paris, 2006, p. 13.

interventions were carried out in countries affected by the Balkan conflict⁸⁸. As for intervention in Congo, where the EU acted in collaboration with the United Nations, it is the first of many interventions that were established for the reconciliation of a country and to help solve the Darfur crisis. Today some peace-missions are still active in these areas, and this proves the ongoing commitment of the EU towards international crises.

Starting from 2004 the scope of action was widened and Asia was reached. Several missions have been started in different parts of the continent, particularly in the Southern Caucasus, in the Middle East and in South-West Asia. Such an extension is extremely important and must be fully considered. In fact, the EU has intervened in old conflicts, traditionally considered difficult to manage, such as the Palestinian territories. We must suppose that undertaking peace-missions in such demanding areas demonstrates an increased belief in the EU as a regional peace-keeper. This is probably the result of the successful crisis-management operations which have been undertaken under Article 17 TEU.

12. There is an high number of cases concerning peace-missions practice referring to the participation of third States⁸⁹. Apart from a few small interventions, like the rule-of law mission *EUJUST Themis* in Georgia or *EUPAT* in Macedonia, the EU's peace-missions usually take place with the participation of third States.

The reason for third States involvement lies in the open character of the Security Policy, as decided by the Nice European Council on December 7-9 2000 and, as far as military operations are concerned, in the Berlin plus agreements. According to these agreements, when the EU establishes a military operation using NATO assets, it must accept the request of a "non-EU NATO" State to take part in the peace-missions. When the EU is not using NATO assets, it has the right to accept or reject such a participation offer. This means that NATO is not only the EU military partner, but it has also been the vehicle for the involvement of third States in its Security Policy.

Moreover, there is further outcome to the Security Policy's open character. It is to be remarked that up to 2004 the practice of missions shows an external participation of the EU candidate countries and "non-EU NATO" countries. Yet, starting from the *Althea* military operation, the participation of third States was "widened". This operation involved countries like Morocco, Chile and Argentina, which previously had never taken part in EU missions. There are two main reasons for such an enlargement. First of all, some of these countries – for

⁸⁸ Since the beginning of the war that upset the region, the area has been on the receiving end of commitment, first from the European Community and then from the EU, directed at reinstating peace, stability, social and cultural development. During the war this long-term commitment resulted in the start of actions of various nature. See D. SCHWEIGMAN, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter*, London, Boston, 2001, p. 93-7 and R. HIGGINS, *The New United Nations and former Yugoslavia*, in *Rev. IA*, 1993, p. 465.

⁸⁹ See L. N. GONZÁLES ALONSO, *op. cit.*, p. 661.

example, Morocco – were part of NATO interventions that were about to be concluded. Secondly, the political dialogue between the EU and several countries of the world may have given the former the possibility of accepting contributions from the latter.

Thus, the open character of the Security Policy clearly allows for an open-ended list of participants which can be recruited if willing and able to offer useful contributions to the missions⁹⁰.

Finally it must be remembered that the frequent participation of third States in peace-missions forced the Council⁹¹ to authorize the Presidency to negotiate agreements establishing participation rules (so-called “framework for participation”) with Canada, Iceland, Norway, Turkey, Bulgaria, Romania, Russia and Ukraine⁹². This avoids the conclusion of *ad hoc* international agreements under the Article 24 TEU. The first example of the use of a framework for participation occurred with the start of the *Althea* military operation in Bosnia. At the launch of this mission, countries such as Bulgaria, Canada, Norway, Romania and Turkey were negotiating or had signed agreements regarding the framework. It must be noted that these agreements represent an element of stability for relations between the EU and certain third States and are a way of speeding up the procedures that are necessary to start a peace mission.

13. In evaluating the first four years of Article 17 TEU implementation, the strengths and weaknesses of crisis management become apparent.

The positive aspects include the fact that security policy is blessed by a certain vitality and variety of actions. The Union has an established competence in the management of international crises, and disposes of a variety of means that enable it to handle extremely different crisis contexts, ranging from armed presence to the counselling of high government officials. Such variety is confirmed by the Security Policy’s wide geographical range, which is not merely directed towards crisis areas close to the EU but also includes more distant ones.

The missions testify the EU is able to co-ordinate peace-keeping activities with the United Nations and NATO. As demonstrated by the Balkans and Congo the EU can start its own missions and take up the responsibilities that previously rested with other operations active on the territory and, furthermore, it can provide support whenever this is necessary to reinforce such operations. The EU is also capable of cooperating with other international organizations, as in the case of the monitoring mission in Indonesia, and can support peace-keeping activities launched by other organizations, as in the African Union’s case. As for

⁹⁰ See, C. TÖRÖ, *op. cit.*, p. 655.

⁹¹ See press release 6291/04 (Presse 48) of the 2562th session of the Council “General Affairs” of 23 February 2004.

⁹² See, for example, the Agreement between the European Union and Canada establishing a framework for the participation of Canada in the European Union crisis management operations, *OJEU* L 315, December 1 2005, p. 21.

the organization and commencing of interventions, practice shows that the EU has various ways it can intervene, if necessary via partnerships with NATO – something that has worked well – or with third States which can provide additional resources.

Overall, the practice of peace-missions shows how the Security Policy has reached remarkable results in a short time. Such results, both institutionally and according to the practice of application of Article 17 TEU, could not have been foreseen following the signing of the Amsterdam Treaty.

The positive aspects of EU crisis management cannot, however, hide certain institutional and organizational weaknesses that have become apparent through the running of peace-missions. Experience has shown that it is necessary to speed up the procedures for the starting of missions. Among the elements that would speed the process up is the conclusion of international agreements with participating third States⁹³. In this sense a step forward has been made: the conclusion of framework agreements for the participation of several third States will avoid the negotiation of *ad hoc* participating agreements. That being said, whenever it is necessary to obtain resources from third States which have not signed framework agreements, it will be up to the Presidency to conduct collective negotiations in order to conclude the necessary *ad hoc* agreements.

It is also necessary to improve the coordination of the instruments of civilian and military management, both when interventions come one after another, as in Macedonia, and when both components are part of the same intervention, as happened with the supporting action to *AMIS II* and, partially, with *AMM*. From this point of view, the establishment of the Civilian-Military Cell. is an important step forward⁹⁴. As for the operative management of the missions, the tendency is towards speedy organization and long-term sustainability. To this end there have been improvements with the military operations in Congo and with the *AMM*; these could represent a standard for future operations. From a financial standpoint, instead, we have already remarked how *ad hoc* financing mechanisms have made the conduction of military operations more complex. The steadier solution provided by *Athena* is effective but not enough. In fact, its Special Committee decides unanimously and this could result in decisions being blocked.

Although the strengths are matched by the weaknesses, it is nevertheless remarkable that the self-learning experience that the EU is conducting within its Security Policy sets promising standards for future development. For example, the headline goal of the Security Policy for 2010 – the creation of battlegroups – has been built on the results of the *Artemis* operation. This suggests that the EU is using the experience gained *in loco* in order to face growing challenges. This is important in light of the peace-keeping, peace-making and post-conflict stabilizing roles that the EU intends to take on via its Security Policy⁹⁵.

⁹³ See G. LINDSTROM, *op. cit.*, p. 128.

⁹⁴ See note 97.

⁹⁵ See M. CREMONA, *The Union as a Global Actor: Roles, Model and Identity*, in *CML Rev.*, 2004, p. 562-563.

14. As stated above, the analysis of peace-missions shows how Security Policy tends to reach coherence in different ways. One such way involves the co-ordination of military and civilian aspects in the same mission and the management of military operations and civilian missions that interchange in the same country or area.

As regards the first aspect, practice shows that it is not always possible to distinguish between military operations and civilian missions. It is possible that a mission may have a mixed character. The monitoring mission in Indonesia, for example, was a complex mission, that included both civilian and military competences. Similarly, the rule-of-law mission *EUSEC RD Congo* is a civilian intervention on a military topic and the supporting action to *AMIS II* contains both a civilian and a military component. Hence, it might be better to think of peace-missions as interventions with a preponderant civilian or military nature, keeping in mind that there may be other components *a latere* or that the exercise of different competences may be foreseen. Obviously, the presence of different components in the same mission will call for co-ordination of military and civilian aspects in order to obtain the coherence of the different activities on the territory.

As regards “alternating” peace-keeping missions, the need to co-ordinate the end of one mission and the start of another is extremely important. This is especially so when a crisis improves and a military operation is followed by a civilian mission. An example of such a situation can be found in Macedonia where engagement necessary to ensure the implementation of Ohrid Agreements began with the *Concordia* military operation. When *Concordia* finished its mandate, it was followed by a civilian police mission (*Proxima*) and, subsequently, by another similar mission (*EUPAT*). In this case the co-ordination between military and civilian aspects involved activities carried out by two different missions that worked at different times on the same territory. In Macedonia-like situations coherent crisis management is necessary and this may involve variegated interventions being launched.

These forms of co-ordination have been required since the European Security Strategy drafted on December 12 2003 – as confirmed in following documents⁹⁶ – and are reflected in Security Policy implementation. This is proved by the practice of peace-missions and by the creation, in 2005, of the Civilian-Military Cell. – within the European Union Military Staff – which institutionalized the co-ordination of civilian and military aspects in crisis management⁹⁷.

⁹⁶ See *Action Plan for Civilian Aspects of ESPD*, adopted by the Brussels European Council of 17-18 June 2004. On this document, see A. NOWAK, *Civilian Crisis Management within ESPD*, in A. NOWAK (ed.), *Civilian Crisis Management: The EU Way*, Paris, 2006, p. 29 (also available on line: www.iss-eu.org).

⁹⁷ On the Civilian-Military Cell., see R. KHOL, *Civil-Military Co-ordination in EU Crisis Management*, in A. NOWAK (ed.), *op. cit.*, p. 123.

15. Another aspect of coherence that emerges from the practice of missions is internal to the Security Policy. It regards the possibility that one or more crisis management interventions operate at the same time and on the same territory. It is clear that there is a need to co-ordinate the different missions, especially from an efficiency point of view. This is in line with the principle *ex* Article 13 TEU, which foresees that the Council must ensure the unity, consistency and effectiveness of action carried out by the Union in the Common Foreign and Security Policy.

Once again there are practical examples of such coherence. The case of Bosnia, for example, involved a civilian police mission (*EUPM*) and a military operation (*Althea*) with the task of guaranteeing the implementation of the 1995 Dayton Agreement. These missions represented two different EU interventions in Bosnia but the need to co-ordinate between them in order to obtain efficient EU action was apparent. Further examples are provided by Congo, where three EU missions are operating (one military and two civilian), and the Palestinian territories, where the EU has launched two civilian missions (one in support of the local police and the other to monitor the Rafah border).

In order to guarantee co-ordination, the Joint Actions establishing missions contain a “link rule”. Thus, when the EU initiates a mission in an area where another mission is already operating, the Joint Action will foresee some form of co-ordination between the two. For example, Article 7 of Joint Action 2004/570/CFSP⁹⁸ foresees the co-ordination between the *Althea* military operation and the *EUPM* civilian mission in Bosnia. The same goes for the missions in the Palestinian territories⁹⁹ and Congo¹⁰⁰.

An important aspect of the aforementioned co-ordination is also covered by the EU Special Representative. This figure belongs to the second pillar¹⁰¹ and, when appointed, could have the task of coordinating the missions operating in same area¹⁰².

16. A classic aspect of coherence that emerges from the practice of missions is the co-ordination between activities carried out in the context of different pillars¹⁰³. In other words, the need to co-ordinate EU missions with actions

⁹⁸ In *OJEU* L 252, July 28 2004, p. 10.

⁹⁹ See Joint Action 2005/889/CFSP, cit., that foresees co-ordination between monitoring mission *EU BAM Rafah* and police mission *COPPS*.

¹⁰⁰ See Article 10 Joint Action 2005/355/CFSP, cit., that foresees a connection between the rule-of-law mission *EUSEC RD Congo* and police mission *EUPOL Kinshasa*. See, moreover, Articles 8 and 9 of Joint Action 2006/319/CFSP, cit., that foresee the co-ordination between the two civilian missions above and the *Eufor RD Congo* military operation.

¹⁰¹ See Article 18, para. 5, TEU and similarly Article III-302 CTEU.

¹⁰² See, for example, Article 7 Joint Action 2005/355/CFSP, cit., on the chain of command of the rule-of-law mission *EUSEC RD Congo*.

¹⁰³ This aspect of coherence has also been called *coherencia horizontal*. See D. J. LIÑÁN NOGUE-RAS, *La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea: la subordinación permanente*, in this *Review*, 2006, p. 211 et seq.

undertaken on the basis of the first and third pillars in the same country or area. The aim of such co-ordination is to reach the coherence of EU external action, in conformity with Article 3 TEU and, in future, with Articles III-115 and III-292 CTEU.

Missions are often launched in countries in which the EC has already had some involvement, such as the stipulation of Development cooperation agreements and Neighbourhood policy. Similarly, missions can operate in countries which have been the object of interventions in the context of the third pillar. In this case, the actions from different pillars converge towards the same objective and must be co-ordinated in order to achieve a global approach¹⁰⁴. In this context, peace-missions represent a “milestone” in the EU’s global approach toward a country or an area. This happens in the Balkans where the missions, with instruments of the Stabilization and Association Process, contribute to create the EU global approach¹⁰⁵. The same can be said for the mission in Georgia, that belongs to the EU’s policy towards Southern Caucasus¹⁰⁶, or for the interventions in Africa¹⁰⁷ and the Middle East¹⁰⁸.

To achieve the relevant co-ordination, the Council and the Commission must first of all co-ordinate their activities and, if the Constitutional Treaty were to be adopted, the EU Minister for Foreign Affairs would act as a further guarantee. Secondly, in the context of Security Policy, the Joint Actions that create missions contain this general rule: “The Council and the Commission shall ensure each in accordance with its respective powers, consistency between the implementation of this Joint Action and other external activities of the Community in accordance with Article 3(2) of the Treaty. The Council and the Commission shall cooperate

¹⁰⁴ This is a consequence of the EU’s pillar structure. On this topic, see D. CURTIN, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, in *CML Rev.*, 1993, p. 17 et seq.; DE WITTE B., *The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?*, in T. HEUKELS, N. BLOKKER, M. BRUS (eds.), *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, The Hague, 1998, p. 51 et seq.; A. VON BOGDANDY, *The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System*, in *CML Rev.*, 1999, p. 894; R. BARATTA, *Overlaps between European Community Competence and European Union Foreign Policy Activity*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, London, New York, 2002, p. 51 et seq.

¹⁰⁵ See S. LEHNE, *Has the ‘Hour of Europe’ Come at Last? The EU’s Strategy for the Balkans*, in J. BATT (ed.), *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁶ See doc. 10189/04 (Presse 195), 2590 Session General Affairs and External Relation Council of June 14 2004, and D. LYNCH, *Why Georgia Matters*, cit.

¹⁰⁷ See doc. “Darfur–Consolidated EU package in support of AMIS II” and “EU response to the Darfur crisis” (www.consilium.europa.eu). Also see M. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 381.

¹⁰⁸ See Assistance Programme to the Palestinian Authority, born from the willingness expressed in the Brussels European Council of 17-18 June 2004 (Annex “Middle East Peace Process”). The missions belong to the EU’s general engagement in sustaining the Palestinian Authority respect of the Road Map, with primary focus on the aspects of security and institution building. Regarding the mission in Iraq, it is part of the framework of EU activities toward *post-war* Iraq. Moreover, it represents an aspect of implementation of the programmes for Iraq 2004 and 2005, that give effect to the UN Security Council resolution 1546 (2004) of 8 June.

to this end”¹⁰⁹. This is a “style clause” often found in CFSP documents with the aim of guaranteeing the unity and the coherence of the EU’s approach in accordance with the competences assigned to the pillars¹¹⁰.

Finally, as happens with the co-ordination of different peace-missions, the EU Special Representative often has the role of co-ordinating the EU’s different activities in a particular area. In this context, he/she has the dual role of “voice” and “face” of the EU in a specific area¹¹¹. For example, the Bosnia and Herzegovina EU Special Representative’s mandate includes the co-ordination of re-building activities (financed by the EC), peace-missions, and actions launched in the context of the third pillar¹¹².

17. The final aspect of coherence that emerges from the practice of peace-missions regards the co-ordination of missions with peace-keeping activities conducted by other international organizations, *in primis* the United Nations and NATO¹¹³.

As regards the UN, two aspects of co-ordination are immediately apparent. The first is classic and involves the need to operate missions within the framework set by the UN Charter. In fact, all peace-keeping activities of regional organizations should operate under Chapter VIII of the Charter¹¹⁴ which foresees

¹⁰⁹ Until Joint Action 2005/355/CFSP, cit., on the *EUSEC RD Congo* mission the rule had been: “The Council notes the Commission’s intention to direct its action towards achieving the objectives of this Joint Action, where appropriate, by relevant Community measures”. Despite the different words used, the subject is the same.

¹¹⁰ See C. NOVI, *op. cit.*, p. 198 et seq.

¹¹¹ See doc. “EU Special Representatives (EURSRs)”, EU Council Secretariat, June 2005 (www.consilium.europa.eu).

¹¹² Council Joint Action 2006/49/CFSP of 30 January 2006 appointing the European Union Special Representative in Bosnia and Herzegovina, *OJEU* L 26, January 31 2006, p. 21.

¹¹³ But also other international organizations; e.g. with ASEAN in the framework of the *AMM* monitoring mission and with the African Union in the *supporting action to AMIS II*.

¹¹⁴ On chapter VIII of the UN Charter, see E. CANNIZZARO, *Sull’attuazione di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza da parte di organizzazioni regionali*, in *RDI*, 1993, p. 408 et seq.; A. DEL VECCHIO, *Consiglio di sicurezza ed organizzazioni internazionali regionali nel mantenimento della pace*, in *CI*, 1995, p. 228 et seq.; A. GIOIA, *The United Nations and Regional Organizations in the Maintenance of Peace and Security*, in M. BOTHE, N. RONZITTI, A. ROSAS (eds.), *The OSCE in the Maintenance of Peace and Security. Conflict Prevention, Crisis Management and Peaceful Settlement of Disputes*, The Hague, London, Boston, 1997, p. 191 et seq.; M. IOVANE, *La NATO, le organizzazioni regionali e le competenze del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in tema di mantenimento della pace*, in *CI*, 1998, p. 43 et seq.; U. VILLANI, *Il ruolo delle organizzazioni regionali per il mantenimento della pace nel sistema dell’ONU*, in *CI*, 1998, p. 428 et seq.; ID., *The Security Council’s Authorization of Enforcement Actions by Regional Organizations*, in *Max Planck UNYB*, 2002, p. 535 et seq.; ID., *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, in *CI*, 2004, p. 63 et seq.; F. LEITA, *Il ruolo attuale delle organizzazioni regionali per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto e Forze armate. Nuovi impegni*, Padova, 2001, p. 151 et seq.; A. TANZI, *Il ruolo delle organizzazioni regionali nel dibattito alle Nazioni Unite*, in F. LATTANZI, M. SPINEDI (a cura di), *op. cit.*, p. 1 et seq.

that regional autonomous peace-keeping activities must be previously authorized if coercive¹¹⁵ and communicated if non-coercive¹¹⁶.

The harmony of the Security Policy with the Charter is guaranteed by the Treaty on European Union. Article 11 TEU foresees the maintenance of international peace and security activities must be in accordance with the principles of the UN Charter. Moreover, since the Cologne European Council of 1999 the conclusions adopted by European Councils have confirmed that the development of the Security Policy is aimed at contributing to the maintenance of international peace and security whilst respecting the competences of UN.

On this point, the practice of the missions is clear. Three of the four EU military operations have been authorized to use force in advance by the Security Council: *Artemis*¹¹⁷, *Althea*¹¹⁸ and *EUFOR RD Congo*¹¹⁹. Authorization was not necessary for the *Concordia* military operation in Macedonia because, even though it involved the use of weapons, its mandate did not foresee the use of force over self-defence¹²⁰. Authorisation was also unnecessary for civilian missions¹²¹. However, these unauthorized mission were probably the object of a communication to the Security Council *ex* Article 54 of the UN Charter.

The second aspect of co-ordination regards the real forms of co-operation that emerge from the practice of the missions. At present, the range of forms of co-operation between the UN and regional organizations overtakes Chapter VIII and results in new modalities being followed. In light of the “Declaration on the Enhancement of Cooperation between the United Nations and Regional Arrangements or Agencies in the Maintenance of International Peace and Security” of 9 December 1994¹²², “Regional arrangements or agencies can, in their fields of competence and in accordance with the Charter, make important contributions to the maintenance of international peace and security, including, where appropriate, through the peaceful settlement of disputes, preventive diplomacy, peacemaking, peace-keeping and post-conflict peace-building”¹²³. This resolution grants regional organizations a variety of collaboration methods not apparent in Chapter VIII and encourages them to operate in co-ordination with the UN, in order to realize the objectives of the Charter. Similarly, the Agenda for Peace of 1995 indicates new modalities of co-operation which allow

¹¹⁵ See Article 53 of UN Charter.

¹¹⁶ See Article 54 of UN Charter.

¹¹⁷ See resolution 1484 (2003) of 30 May.

¹¹⁸ See resolution 1575 (2004) of 22 November.

¹¹⁹ See resolution 1671 (2006) of 25 April.

¹²⁰ Thus, Security Council resolution 1371 (2001) of 26 September, that welcomed the launch of *Concordia*, should be read as a form of political support to an EU decision. See U. VILLANI, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa*, cit., p. 84.

¹²¹ A similar reading – see note above – should be given to the Security Council resolutions on the launch of certain civilian missions, as in the case of *EUPM* (resolution 1936 (2002) of 5 March).

¹²² Resolution n. 49/57 of General Assembly (www.un.org).

¹²³ See point 2.

regional organizations to give military support to UN. Such modalities include operational support¹²⁴, co-deployment¹²⁵ and joint operations¹²⁶.

More specifically, as regards the EU, the Joint Declaration on UN-EU Co-operation in Crisis Management of September 24, 2003¹²⁷ confirmed the “existing co-operation between the United Nations and the European Union in the area of civilian and military crisis management, in particular in the Balkans and in Africa” and re-affirmed the EU’s determination to co-operate with the UN in the framework of the Charter¹²⁸.

On this point practice is clear. The military operations in Congo, deployed with the task of upholding *MONUC*, are two examples of operational support. Moreover the EU has been – and will be – engaged to *prendre le relais* of the UN on the ground. In fact, with *EUPM* the EU has guaranteed to follow up the activities of a UN mission (*IPTF*) and with the next rule-of-law mission in Kosovo the EU will receive some of the tasks of *UNMIK*. Finally, the supporting action to *AMIS II* operates in harmony with recent resolution 1631 (2005) of October 7, strengthening the capacity of regional organizations in conflict prevention and crisis management, with particular regard to the African Union.

As for co-ordination with NATO, we know that the partnership between the two organizations guarantees that the EU can make use of Atlantic assets to launch “hard” military operations (as in the Balkans)¹²⁹. But it is important to highlight another aspect: the interchangeability with NATO-led ground missions. In fact, the launch of the Union’s hard military operations has allowed NATO to disengage its soldiers and move them to more challenging regions, as happened with Afghanistan. Therefore, it is important to emphasize two points. First of all, this represents a sort of co-ordination between these two international organizations. Secondly, it seems that their partnership is not only unilateral support by the Atlantic Alliance to the Union, but rather it is a mutually advantageous cooperation.

¹²⁴ Operational support foresees a military presence *a latere* of the regional organizations helping the United Nations force.

¹²⁵ Co-deployment foresees an operative role for the regional organizations’ forces whilst the United Nations’ force co-ordinates operations.

¹²⁶ In joint operations the United Nations and regional organizations participate equally to an operation.

¹²⁷ See www.europa-eu-un.org.

¹²⁸ On the co-operation between the UN and the EU, amongst others see G. PUGLIESE, *Da Bruxelles a New York: prospettive della cooperazione tra Unione europea e Nazioni Unite nel settore della prevenzione e gestione dei conflitti*, in *Europa e politica internazionale: nuovi orizzonti della diplomazia italiana, Quaderni di studi europei*, Milano, 2001, p. 50 et seq.; L. PICCHIO FORLATI, *La politica estera e di sicurezza comune dell’Unione europea tra Carta delle Nazioni Unite e impegni NATO*, in S. RIONDATO (a cura di), *op. cit.*, p. 146 et seq.; F. MARTINES, *Il ruolo dell’Unione europea e suo coordinamento con le Nazioni Unite e l’UEO*, in F. LATTANZI, M. SPINEDI (a cura di), *op. cit.*, p. 377 et seq.; U. VILLANI, *La politica europea in materia di sicurezza*, *cit.*, p. 63 et seq.; T. TARDY, *op. cit.*, p. 49 et seq.; CICCONE M., *Aspetti istituzionali delle relazioni tra Unione europea e Nazioni Unite*, in P. MARIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 160 et seq.

¹²⁹ See paragraphs 3 and 8.1.

18. With this contribution I have, in three steps, shown the ways in which peace-missions allow for the realisation of the coherence of the EU's external action.

The first involves the institutional aspects of coherence and is exemplified by two elements. *In primis*, both the Treaty on European Union and the Constitutional Treaty foresee the need to reach coherence in external action and, *in secundis*, the Security Policy is involved in the relevant co-ordination activities. In this sense it is possible to state that the practice *ex* Article 17 TEU could represent a possible future scenario of implementation of Article III-309 CTEU. This would involve the implementation of the Security Policy, not only with regard to its essential features, but also to its strengths and weaknesses. Finally, the aspects of coherence that emerge from practice have been analysed with regard to the single missions, the whole Security Policy, the EU's global action and the co-ordination between the EU and other international organizations.

Practice confirms that missions belong to the activities that need co-ordination in order to achieve the coherence of EU action. In this sense, it is important to highlight a few points. First of all, it is necessary to further strengthen the successful areas of Security Policy by creating a sort of crisis-management *acquis*. Secondly, a solution to the institutional weaknesses, exemplified by missions themselves, should be found. Finally, the "future development challenges" of Security Policy should be faced on the basis of the experience gathered. This could lead to more efficient missions, would be useful to the Security Policy and could give an important contribution to the EU's approach in external action.

The future entry into force of the Constitutional Treaty – if it will ever be ratified¹³⁰ – should give added guarantees. Firstly, it reaffirms that external policies, unified in Title V of the Constitutional Treaty, must be co-ordinated by the Council and the Commission, with the aid of the EU Minister for Foreign Affairs. The latter will have connections to both institutions and this should render his/her action more incisive. Secondly, the Security Policy has been greatly institutionalised and some of the positive aspects of practice have been codified. This can be seen for example, not only in the specific framework of the Security Policy, but also in the rules on co-operation with international organizations, *in primis* the UN¹³¹. Hence the premises and the instruments in order for EU peace-missions to participate in the building of a global and coherent approach of a future "constitutional" EU.

¹³⁰ See L. S. Rossetti, *En cas de non-ratification ... le destin périlleux du "Traité-Constitution"*, in *RTDE*, 2004, p. 621 et seq.

¹³¹ See Articles III-292 and III-327 CTEU.



Note e Commenti

Francesco Cherubini

La Corte di giustizia per la prima volta condanna un ex commissario, ma la signora Cresson conserva la pensione

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. Le censure della Commissione e la difesa della signora Cresson. – 3. Il giudizio della Corte. – 4. Le ipotesi interpretative proposte dalla dottrina in merito ai rapporti tra l'art. 213 e l'art. 216 TCE. – 5. Un'interpretazione alternativa. – 6. La mancata pronuncia della decadenza dai benefici economici.

1. L'11 luglio 2006, la Corte di giustizia si è pronunciata, per la prima volta, su un ricorso promosso nei confronti di un ex commissario europeo per violazione degli obblighi previsti dall'art. 213 TCE¹. Il ricorso, proposto dalla Commissione, era diretto contro la signora Édith Cresson, già membro della Commissione Santer, nella quale era responsabile di vari settori: scienza, ricerca e sviluppo, risorse umane, educazione, formazione e gioventù, nonché del Centro comune di ricerca (CCR). Non si tratta, per la verità, del primo caso in cui sia stata attivata la procedura prevista dal comma 3 dell'art. 213, par. 2: proprio un altro membro della travagliata Commissione Santer era stato accusato dal Consiglio di avere violato gli obblighi menzionati, avendo accettato, dopo avere presentato le dimissioni da commissario, un incarico incompatibile con le funzioni svolte in seno all'organo comunitario². In effetti, il signor Bangemann,

¹ Si tratta della sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2006, causa C-432/04, *Commissione c. Édith Cresson (Cresson)*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Per un primo commento si veda G. GATTINARA, *Per la prima volta la Corte di giustizia accerta che un Commissario europeo ha violato gli obblighi relativi alla propria carica, sentenza dell'11 luglio 2006, causa C-432/04, Commissione c. Cresson, in Amministrazione in Cammino*, dicembre 2006 (www.amministrazioneincammino.it, reperibile *on line*). Il ricorso della Commissione si basa, evidentemente, anche sull'art. 126, par. 2, comma 3 del Trattato CEEA: data l'identica formulazione delle norme in questione (ivi compresa quella dell'art. 129 del Trattato CEEA rispetto all'art. 216 del Trattato CE), per comodità espositiva ci riferiremo d'ora in avanti solo a quelle del Trattato CE.

² Sulla crisi istituzionale che ha coinvolto la Commissione Santer e sulle riforme che ne sono seguite si vedano R. ADAM, *Dalla Commissione Santer alla Commissione Prodi: tappe e documenti di una crisi istituzionale*, in *DUE*, 1999, p. 557 ss.; E. CHITI, *Crisi della Commissione ed evoluzione del sistema istituzionale europeo*, in *G. dir. amm.*, 1999, p. 593 ss.; P. CRAIG, *The Fall*

in carica dal 1992 con portafoglio nel settore delle tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni, aveva manifestato l'intenzione di dimettersi nel giugno 1999 e si accingeva a prendere servizio presso la società spagnola Telefónica. Il Consiglio, ritenendo che l'assunzione del nuovo incarico da parte del signor Bangemann violasse l'art. 213 TCE, in particolare laddove esso afferma che i commissari, dopo la cessazione delle proprie funzioni, debbono rispettare "i doveri di onestà e delicatezza per quanto riguarda l'accettare, dopo tale cessazione, determinate funzioni o vantaggi" decideva di adire la Corte di giustizia³. A sua volta, Bangemann impugnava la decisione del Consiglio presso il Tribunale di primo grado⁴. Né quest'ultimo, tuttavia, né la Corte si sono mai pronunciati sulla vicenda: il signor Bangemann infatti – forse indotto a ciò dall'iniziativa del Consiglio e da una risoluzione del Parlamento europeo che aveva deplorato la sua condotta⁵ – aveva deciso di tornare sui propri passi e non accettare l'incarico presso la società di telefonia spagnola. Il Consiglio aveva così rinunciato agli atti e la causa era stata cancellata dal ruolo⁶, mentre Bangemann aveva ritirato il proprio ricorso presso il Tribunale⁷.

Nel caso in commento, invece, il ricorso è giunto fino all'esame della Corte. Essa è stata chiamata a decidere se la signora Cresson, intervenendo affinché la Comunità assumesse un suo conoscente come ospite scientifico e stipulasse con un altro tre contratti per prestazioni varie, avesse violato gli obblighi previsti dall'art. 213⁸. I fatti, quali emergono in particolare dal ricorso della

and Renewal of the Commission: Accountability, Contract and Administrative Organisation, in *ELJ*, 2000, p. 98 ss.; F. BUGLIONI, *La riforma della Commissione europea*, in *G. dir. amm.*, 2001, p. 315 ss.

³ Ricorso del Consiglio dell'Unione europea contro il dottor Martin Bangemann presentato il 3 agosto 1999 (causa C-290/99), *GUCE* C 314, 30 ottobre 1999, p. 2. Il Consiglio si era così determinato con la decisione 1999/494/CE, CECA, Euratom, del 9 luglio 1999, su un ricorso dinanzi alla Corte di giustizia relativamente al caso Bangemann, *GUCE* L 192, 24 luglio 1999, p. 55.

⁴ Ricorso del dr. Martin Bangemann contro il Consiglio dell'Unione europea proposto il 17 settembre 1999 (causa T-208/99), *GUCE* C 314, 30 ottobre 1999, p. 14.

⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 22 luglio 1999 sulla nomina del commissario Martin Bangemann a un incarico nel settore privato presso la società Telefónica, *Boll. UE*, n. 7-8, 1999.

⁶ Decisione 2000/44/CE, CECA, Euratom del Consiglio del 17 dicembre 1999, sulla composizione amichevole della causa Bangemann, *GUCE* L 16, 21 gennaio 2000, p. 73.

⁷ Un caso analogo, dopo quello di Bangemann e della Cresson, potrebbe riproporsi a breve: di recente, infatti, il vice-presidente tedesco della Commissione, Günther Verheugen, è stato accusato dalla stampa del suo Paese di avere favorito la promozione di una sua stretta conoscente, Petra Erler, all'interno dei ranghi del proprio gabinetto (la notizia è riportata da G. SARCINA, *Ue, scoppia il caso Verheugen. «Ha promosso la sua amante»*, del 19 ottobre 2006 reperibile *on line* sul sito www.corriere.it). Per il momento non sembra che la vicenda possa assumere le dimensioni di un vero scandalo: il presidente Barroso ha difeso il proprio commissario e alcuni autorevoli membri del Parlamento europeo hanno fatto lo stesso. Tuttavia non si può escludere che il caso possa giungere fino alla Corte, dandole una nuova occasione per pronunciarsi.

⁸ Giova rammentare che la signora Cresson era stata già profondamente coinvolta nella crisi della Commissione Santer, essendo stata, assieme all'allora commissario Manuel Marín, l'oggetto di una proposta di risoluzione del Parlamento europeo, presentata dai gruppi popolare e verde, con la quale si chiedevano le dimissioni di entrambi. Sul punto si veda R. ADAM, *op. cit.*, p. 560.

Commissione⁹, sono i seguenti: la signora Édith Cresson, subito dopo l'assunzione delle proprie funzioni, avvenuta il 24 gennaio 1995, avrebbe manifestato l'intenzione di avvalersi di un suo stretto conoscente. Costui, deceduto peraltro il 2 marzo 2000, rispondeva al nome di René Barthelot ed esercitava la professione di dentista presso Châtellerault, città della quale la signora Cresson era all'epoca sindaco. Una prima ipotesi fu quella di assumere il signor Barthelot come consigliere personale, strada tuttavia subito accantonata: i suoi 66 anni, infatti, non consentivano di assumerlo come agente temporaneo in qualità di membro del gabinetto del commissario. E anzi, fu in tale occasione che il signor Lamoureux, capo di gabinetto della signora Cresson, disse a quest'ultima che, a fronte dell'età di Barthelot, non vedeva in che modo questi potesse essere assunto presso la Commissione. Dopo che il commissario intervenne presso i servizi dell'amministrazione affinché questi studiassero una soluzione, il signor Barthelot fu assunto nella XII Direzione generale del portafoglio affidato alla Cresson in qualità di ospite scientifico. L'incarico di Barthelot, iniziato il 1° settembre 1995, doveva terminare sei mesi dopo, il 1° marzo 1996: esso fu tuttavia prolungato fino alla fine di febbraio 1997. Dall'aprile 1996, peraltro, Barthelot, in applicazione di una disposizione anticumulo, percepì una retribuzione ridotta. Nelle sue osservazioni, la Commissione fa notare che proprio a partire da tale data sono iniziati a comparire tredici ordini di missione per il signor Barthelot, tutti – a quanto è stato accertato da un'indagine penale condotta in Belgio – relativi ad attività fittizie. A ciò si deve pure aggiungere la circostanza che, dal 1° settembre 1996, il signor Barthelot, grazie ad un reinquadramento, aveva usufruito di un consistente aumento di retribuzione. Alla scadenza del contratto, il 1° marzo 1997, Barthelot assunse un analogo incarico come ospite scientifico presso il CCR, che doveva scadere alla fine di febbraio 1998: in tal modo, Barthelot finiva per ottenere un complessivo incarico di ospite scientifico della durata di più di 24 mesi, che è l'attuale limite previsto in siffatti casi dalla normativa europea. Quando, nell'ottobre 1997, il servizio di controllo finanziario della Commissione chiese che gli fosse trasmessa la relazione sull'attività svolta dal signor Barthelot presso la XII Direzione generale dal 1° settembre 1995 al 1° marzo 1997, esso ottenne, peraltro solo nel luglio 1998, qualche scarno promemoria redatto da diversi autori. Il 31 dicembre 1997 il signor Barthelot chiese e ottenne la risoluzione del contratto per motivi di salute.

Il signor Timm Riedinger, altro conoscente personale della signora Cresson, svolgeva l'attività di avvocato d'impresa. A costui furono offerti tre contratti, due dei quali su esplicita richiesta del commissario. Essi avevano ad oggetto prestazioni varie, ma, nonostante fossero già state messe a bilancio le somme necessarie per onorarli, nessuno dei tre contratti fu mai eseguito o pagato.

Entrambe le vicende sono state oggetto di varie indagini, sia da parte di organi comunitari che di un giudice belga, chiamato in causa da una denuncia

⁹ Sentenza *Cresson*, cit., punti 7-44.

presentata da un parlamentare europeo. La prima indagine, svolta da un comitato di esperti indipendenti, istituito il 27 gennaio 1999 sotto gli auspici del Parlamento e della Commissione, ha concluso che quello del signor Barthelot era stato un caso certo di favoritismo¹⁰. Altre indagini furono svolte dall'Ufficio europeo antifrode e dall'Ufficio investigativo e disciplinare della Commissione, portando all'apertura di alcuni procedimenti nei confronti di vari funzionari e agenti della Commissione. Quanto al procedimento penale, esso si è concluso con un'ordinanza di non luogo a procedere. È bene ricordare, tuttavia, che di fronte al giudice belga si procedeva per i reati di falso, uso di atto falso, truffa e abuso d'ufficio.

La Commissione ha deciso di intraprendere una propria indagine nel gennaio 2003, quando ha comunicato alla signora Cresson gli addebiti a suo carico in vista dell'eventuale avvio di una procedura disciplinare. Giova notare che nell'ambito di queste preliminari indagini della Commissione è stato consentito – secondo quanto riportato in sentenza¹¹ – alla signora Cresson di accedere a tutti i documenti che ella ritenesse pertinenti per sostenere le proprie difese. L'ex commissario ha replicato alla comunicazione di addebiti nel settembre 2003, contestando l'applicabilità dell'art. 213, par. 2 TCE e, in subordine, adducendo la mancanza di prove rispetto alle censure avanzate. Inoltre, la signora Cresson chiedeva contestualmente un risarcimento per danni morali e materiali dovuti all'avvio del procedimento da parte della Commissione per un ammontare di 50000 euro. Dopo avere sentito la signora Cresson in un'audizione del giugno 2004, la Commissione decideva di adire la Corte sulla base dell'art. 213, par. 2, comma 3, nel luglio dello stesso anno¹², chiedendo ad essa di dichiarare la violazione commessa dalla signora Cresson e di pronunciare la decadenza, totale o parziale, di quest'ultima dal suo diritto alla pensione e/o dagli altri vantaggi sostitutivi.

2. Una prima questione affrontata dalla due parti è quella della portata stessa dell'art. 213, par. 2 TCE¹³. La Commissione richiama detta norma, in particolare laddove essa impone ai commissari europei il rispetto, “per la durata delle loro funzioni e dopo la cessazione di queste”¹⁴, degli obblighi derivanti dalla loro carica. Secondo le censure contenute nel ricorso, “[i]l commissario che non agisca nell'interesse generale o che si lasci condizionare da considerazioni legate al suo interesse personale o privato, pecuniario o altro, non rispetterebbe tali obblighi”¹⁵. Dal momento che, secondo la Commissione, la signora Cresson avrebbe

¹⁰ Comitato di esperti indipendenti – Prima relazione sui presunti casi di frode, cattiva gestione e nepotismo in seno alla Commissione europea, punto 9.2.10, in R. ADAM, *op. cit.*, p. 587.

¹¹ Sentenza *Cresson*, cit., punto 39.

¹² Il ricorso è stato depositato solo il 7 ottobre 2004, ed è pubblicato in *GUUE C 300*, 4 dicembre 2004, p. 34.

¹³ Sentenza *Cresson*, cit., punti 57-63.

¹⁴ *Ibidem*, punto 57.

¹⁵ *Ibidem*.

agito mossa dal proprio interesse personale, ella avrebbe violato siffatti obblighi, mettendo la Commissione stessa nelle condizioni di chiedere alla Corte di emettere le opportune sanzioni.

La signora Cresson si difende sostenendo una interpretazione restrittiva dell'art. 213, par. 2, secondo la quale la norma in questione assegnerebbe alla Corte, su istanza di Consiglio o Commissione, il potere di pronunciare le dimissioni o la decadenza dai diritti a pensione solo nel caso in cui l'interessato sia venuto meno allo specifico divieto di accettare di svolgere altre attività professionali, durante o dopo la cessazione della carica. Per gli altri casi, invece, in cui vi sia una più generica violazione degli obblighi gravanti sui commissari, andrebbe applicato l'art. 216 TCE, secondo il quale “[q]ualsiasi membro della Commissione che non risponda più alle condizioni necessarie all'esercizio delle sue funzioni o che abbia commesso una colpa grave può essere dichiarato dimissionario dalla Corte di giustizia, su istanza del Consiglio o della Commissione”. Esso, per la verità, si riferisce alla sola ipotesi in cui la sanzione sia comminata mentre l'interessato è ancora in carica, come chiaramente si evince dal fatto che l'unica possibilità per la Corte è la pronuncia delle dimissioni. Secondo la difesa da ciò si deve dedurre che un ex commissario può essere sanzionato unicamente se viene meno all'obbligo di onestà e delicatezza relativo all'accettazione di attività incompatibili dopo la cessazione della carica. Gli obblighi generici, come quello che secondo l'accusa avrebbe violato la Cresson, potrebbero essere sanzionati dalla Corte solo con la pronuncia delle dimissioni, cioè solo nei confronti di un commissario ancora in carica.

La signora Cresson contesta pure l'osservanza delle norme procedurali, in particolare quelle relative alla tutela dei diritti della difesa¹⁶. In primo luogo, la decisione di avviare una indagine nei suoi confronti sarebbe stata presa dal direttore del personale, signor Reichenbach, laddove una siffatta competenza spetterebbe al collegio dei commissari. Inoltre, ella sostiene che il tempo trascorso tra lo svolgimento dei fatti incriminati e l'avvio dell'indagine – circa sette anni – sarebbe inaccettabile, a fronte del fatto che la vicenda era già da tempo stata chiarita nelle relazioni conclusive delle varie indagini comunitarie più sopra citate. La difesa afferma ancora che la Commissione, avendo avviato e condotto l'indagine e poi adito la Corte, avrebbe cumulato su di sé la funzione istruttoria e quella accusatoria, violando così il diritto della Cresson ad avere un equo processo. Secondo quest'ultima, la Commissione avrebbe agito su pressioni di non precisati membri del Parlamento europeo, venendo meno al proprio dovere di imparzialità. Aggiunge la difesa che vi sarebbero state ulteriori irregolarità nella conduzione delle indagini: dall'incompetenza dei singoli funzionari che le hanno svolte, alla sovrapposizione dei procedimenti disciplinari condotti contro i funzionari coinvolti nell'assunzione del signor Barthelot, fino alla mancata comunicazione alla Cresson di una serie di informazioni relative alle diverse indagini. Infine, la signora Cresson lamenta l'impossibilità di accedere ad un doppio

¹⁶ *Ibidem*, punti 76-86.

grado di giudizio, data la non impugnabilità dell'eventuale sentenza di condanna della Corte presso altro giudice.

Un terzo punto di contrasto tra le parti è quello relativo ai rapporti tra il procedimento disciplinare avviato dalla Commissione e quello penale instauratosi di fronte al giudice belga¹⁷. Secondo la Cresson farebbe parte del diritto comunitario il principio generale secondo cui “le pénal tient le disciplinaire en l'état”. Da ciò dovrebbe discendere che, dal momento che la Commissione si è costituita parte civile nel suddetto processo penale e che esso si è concluso con una sentenza di non luogo a procedere sugli stessi fatti oggetto del ricorso di fronte alla Corte, quest'ultimo non dovrebbe proseguire, essendone venuto meno l'oggetto. La Commissione, da parte sua, concorda con la Cresson nel riconoscere l'esistenza del principio suddetto nel diritto comunitario; tuttavia, ne trae conseguenze diverse. Essa precisa infatti che il principio opera nei limiti in cui i due procedimenti, penale e disciplinare, abbiano lo stesso oggetto. Tuttavia nota che, nel caso di specie, così non è: infatti, mentre il giudice belga procedeva contro i reati di truffa e distrazione di fondi, la Corte è chiamata ad accertare se la Cresson sia colpevole di favoritismo. Una sentenza di non luogo a procedere nel giudizio penale non osterebbe pertanto alla prosecuzione del procedimento avviato dalla Commissione.

Infine, con riguardo alle questioni di fatto, la Commissione si limita a dichiarare che il comportamento della Cresson, quale risulta dalle indagini svolte, consiste in una chiara ipotesi di favoritismo e, pertanto, viola gli obblighi imposti dall'art. 213¹⁸. L'ex commissario, invece, afferma la regolarità dei due incarichi, sottolineando che essi, in ogni caso, ricadono sotto la responsabilità dell'amministrazione e che un commissario non è tenuto a conoscere tutti i particolari relativi a siffatte attività¹⁹.

3. Quanto alla prima questione²⁰, la Corte afferma che la menzione del divieto di accettare altre attività professionali, contenuta nell'art. 213, par. 2, comma 3, sia solo esemplificativa degli obblighi che gravano sui commissari. Ne segue che le sanzioni previste allo stesso comma 3 possono essere pronunciate dalla Corte in caso di violazione di uno qualsiasi degli obblighi derivanti dalla carica di commissario. Fra questi, aggiunge la Corte, vi è certamente quello di esercitare le proprie funzioni “in piena indipendenza nell'interesse generale della Comunità”²¹. In altre parole, la Corte rigetta il ragionamento della Cresson, in base al quale vi sarebbe una corrispondenza necessaria e reciproca tra la pronuncia della decadenza dai diritti di pensione e/o dagli altri vantaggi sostituiti e

¹⁷ *Ibidem*, punti 115-117.

¹⁸ *Ibidem*, punto 126.

¹⁹ *Ibidem*, punto 127. Giova notare che questa era stata la motivazione addotta dal giudice belga nel giustificare la sentenza di non luogo a procedere relativamente alla posizione della Cresson.

²⁰ *Ibidem*, punti 64-75.

²¹ *Ibidem*, punto 71.

la specifica violazione del divieto di svolgere altre attività. Secondo la Corte, l'unico vincolo consiste nell'ovvia impossibilità di sanzionare con la pronuncia delle dimissioni un commissario il cui mandato sia già scaduto: una siffatta sanzione sarebbe infatti priva di oggetto. Al contrario, la Corte precisa che la decadenza dai diritti di pensione e simili può essere pronunciata "se la violazione è stata commessa durante il mandato o dopo la sua scadenza"²². Sotto un diverso profilo è interessante notare che la Corte, peraltro senza essere in ciò sollecitata né dalle osservazioni delle parti né dalle conclusioni dell'Avvocato generale, afferma che solo "una violazione di una certa gravità" potrebbe essere sanzionata secondo l'art. 213, par. 2²³.

La Corte risponde poi alle censure avanzate dalla signora Cresson concernenti la (presunta) violazione di alcune norme procedurali²⁴. Rispetto all'incompetenza del direttore del personale, essa afferma che l'avvio del procedimento disciplinare si è concretizzato con la trasmissione all'interessata degli addebiti: tale atto è stato deciso dalla Commissione e non dal direttore. Sugli eccessivi tempi di avvio del procedimento, la Corte nota che, sebbene l'art. 213 non preveda alcun termine di decadenza per l'esercizio dell'azione, la Commissione è tenuta a rispettare l'esigenza di certezza del diritto e a non violare i diritti della difesa. Tuttavia – si aggiunge nella sentenza – nel caso di specie, la Commissione, dacché esercitava l'azione prevista dall'art. 213 per la prima volta, ha voluto essere particolarmente prudente. Né, d'altra parte, la signora Cresson ha portato alla Corte argomenti tali da convincerla che la lunga gestazione dell'iniziativa disciplinare abbia influito in qualche modo sull'organizzazione della propria difesa. Quanto al cumulo di funzioni esercitate dalla Commissione e alle presunte pressioni di membri del Parlamento europeo, la Corte rivendica a sé la competenza ad emettere la decisione finale sulle violazioni imputate all'ex commissario. Essa, in altre parole, afferma che l'eventuale scarsa imparzialità della Commissione non può ripercuotersi sugli esiti del procedimento, perché solo la Corte ha il potere di pronunciarsi in modo definitivo. Nella sentenza, infine, si confutano le censure della Cresson relative a presunte violazioni dei diritti della difesa: in particolare, la Corte ritiene, da una parte, che l'interessata abbia potuto esprimere la propria posizione in merito agli addebiti formulati dalla Commissione e, dall'altra, che l'unicità di grado del giudizio e la conseguente assenza di mezzi di ricorso ulteriori non leda i diritti della difesa. I giudici di Lussemburgo, nel rigettare quest'ultima censura, si rifanno all'art. 2 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, laddove esso afferma che il diritto di far esaminare una sentenza di condanna da una giurisdizione superiore viene meno se il giudice che l'ha pronunciata già appartiene alla giurisdizione più elevata.

Riguardo ai legami tra il procedimento penale di fronte al giudice belga e quello comunitario, la Corte afferma la piena indipendenza del secondo dal

²² *Ibidem*, punto 73.

²³ *Ibidem*, punto 72.

²⁴ *Ibidem*, punti 87-114.

primo²⁵. È pur vero che essa riconosce l'astratta possibilità che, nella misura in cui i due giudizi vertano sui medesimi fatti, gli accertamenti svolti di fronte al giudice belga possano essere presi in considerazione nell'ambito del giudizio *ex art. 213*; ma pure la Corte aggiunge di non essere vincolata a tali accertamenti²⁶.

Infine, per quanto concerne il merito del giudizio²⁷, la Corte constata alcune anomalie manifestatesi nell'assunzione del signor Barthelot: in primo luogo, essa afferma esservi stata una elusione delle norme relative ai consiglieri personali e dunque una violazione della finalità istituzionale della visita degli ospiti scientifici. Infatti, la Corte osserva che il signor Barthelot è stato assunto come ospite solo dopo che si era constatata l'impossibilità di assumerlo come consigliere personale, per raggiunti limiti di età, e come membro del gabinetto, in quanto quest'ultimo era già completo. In secondo luogo, la Corte rileva che il *curriculum vitae* del signor Barthelot non corrisponde a quello che la normativa richiede per l'assunzione degli ospiti scientifici: questi vanno scelti tra i professori universitari o tra gli scienziati di alto livello e tale – soggiunge la Corte – non era l'interessato. Nella sentenza si mette poi in luce che il signor Barthelot ha ricoperto il ruolo di ospite per un totale di 30 mesi, laddove la normativa prevede un limite massimo di 24 mesi. Da ultimo, la Corte nota che le relazioni finali richieste dal servizio controllo finanziario non solo erano state consegnate con ritardo, ma anche non risultavano redatte dal signor Barthelot. Anzi – soggiunge la Corte – pareva che esse fossero “semplicemente dirette a rispondere formalmente alla richiesta dell'amministrazione”²⁸. La Corte conclude affermando “il carattere manifestamente improprio dell'assunzione” di Barthelot e la responsabilità dell'ex commissario, “tenuto conto del suo coinvolgimento personale”²⁹; una condotta siffatta da parte della Cresson costituisce, pertanto, “una violazione d'una certa gravità” degli obblighi imposti dall'art. 213 TCE³⁰.

Riguardo ai contratti offerti al signor Riedinger, la Corte respinge invece il ricorso della Commissione, rilevando che “né dal titolo di tali contratti, né da qualsiasi altra informazione comunicata in proposito dalla Commissione, risulta che detti contratti non servissero l'interesse generale della Comunità”³¹.

Sulla richiesta della Commissione di sanzionare la Cresson con la decadenza da taluni benefici economici, la Corte, tuttavia, ritiene che “la constatazione

²⁵ *Ibidem*, punti 118-125.

²⁶ In tal senso, peraltro, si è sempre pronunciata la dottrina: si vedano F. PAOLINI, M. PANEBIANCO, *Commento all'art. 160*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, III, Milano, 1965, p. 1164 s.; A. TIZZANO, *Commento all'art. 12*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio. Commentario*, I, Milano, 1970, p. 187.

²⁷ Sentenza *Cresson*, cit., punti 128-151.

²⁸ *Ibidem*, punti 140-141.

²⁹ *Ibidem*, punti 143 e 145.

³⁰ *Ibidem*, punto 146.

³¹ *Ibidem*, punto 148.

della violazione costituisca, di per sé, una sanzione adeguata”³². I giudici, in altre parole, ritengono di non dover applicare la sanzione prevista dall’art. 213, par. 2, comma 3. Su questo punto, peraltro, la sentenza si discosta dall’opinione espressa dell’Avvocato generale Geelhoed, il quale, nelle proprie conclusioni, proponeva una riduzione dei diritti a pensione e dei relativi vantaggi della Cresson nella misura del 50%³³.

4. La sentenza induce a svolgere alcune brevi riflessioni. In primo luogo, la Corte, respingendo la difesa della Cresson, chiarisce che gli obblighi la cui violazione è oggetto del procedimento disciplinare sono tutti quelli previsti dall’art. 213: sia quelli relativi al divieto di accettazione di altri incarichi, che quelli di indipendenza menzionati dai primi due commi del par. 2 della norma suddetta. Si tratta di un punto che, invero, non è mai stato in discussione in dottrina³⁴. Come quest’ultima, invece, non ha mancato di rilevare³⁵, molti rimangono gli aspetti controversi della norma in esame. Si pongono, in effetti, alcuni problemi legati al significato dell’espressione “a seconda dei casi” contenuta nell’art. 213 e alla portata del rinvio che detta norma opera verso l’art. 216.

La dottrina, in proposito, ha espresso diversi orientamenti. Secondo un primo³⁶ i “casi” cui l’art. 213 allude sarebbero due, “a seconda” che la violazione integri o non integri una colpa grave. La tesi in discorso fa leva su una interpretazione letterale del rinvio all’art. 216: così, se la violazione dell’art. 213 viene qualificata come una colpa grave, cioè se ricorrono le condizioni di cui all’art. 216, la Corte potrà pronunciare le dimissioni d’ufficio; nel caso, invece, in cui la violazione non integri una colpa grave, cioè se non ricorrono le dette condizioni, la Corte potrà pronunciare la decadenza dal diritto a pensione o dagli altri vantaggi sostitutivi. In altre parole, l’autore in questione ritiene che l’espressione “a seconda dei casi” comporti un’alternativa tra la pronuncia delle dimissioni e quella della decadenza e a siffatta coppia di ipotesi assegna i due soli “casi” che giustificano l’una o l’altra: la colpa grave e la colpa non grave. A seguire tale tesi, com’è ovvio, si finisce inevitabilmente per far coincidere le dimissioni dell’art. 213 con quelle dell’art. 216. Ciò comporta che alla pronuncia

³² *Ibidem*, punto 150.

³³ Conclusioni dell’Avvocato generale Geelhoed del 23 febbraio 2006, causa C-432/04, *Commissione c. Édith Cresson*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 118. È pacifico, nonostante la lettera dell’art. 213 non lo espliciti, che la Corte possa anche decidere di pronunciare la decadenza parziale dei benefici economici. Vedi anche nota 53.

³⁴ Si vedano M. PANEBIANCO, *Commento all’art. 157*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, cit., p. 1159; R. ADAM, *Commento all’art. 216*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 998. In tal senso, le stesse conclusioni dell’Avvocato generale, cit., punto 90.

³⁵ Così U. DRAETTA, *La Commissione delle Comunità europee*, Milano, 1974, p. 37; J. AMPHOUX, *La Commission*, in J. MÉGRET (sous la direction de), *Le droit de la Communauté économique européenne*, 9, *L’Assemblée–Le Conseil–La Commission–Le Comité économique et social*, Bruxelles, 1979, p. 211.

³⁶ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, p. 1159 s.

delle dimissioni si accompagneranno sempre gli effetti dell'art. 16 del regolamento n. 422/67³⁷, secondo cui il commissario riconosciuto responsabile di una colpa grave perde *de iure* il diritto alla pensione e alle indennità transitorie.

La tesi in discorso è stata criticata per varie ragioni. Una parte della dottrina ha sostenuto che l'eventualità, ammessa nella tesi in esame, che il commissario in carica possa essere punito con la pronuncia della decadenza dai benefici economici non sia del tutto corretta³⁸. Questo rilievo non sembra convincente. A parte il fatto che non si vede perché tale possibilità debba apparire non ortodossa, negandola si finirebbe per restringere, senza un solido motivo, le opzioni sanzionatorie della Corte. Questa, di fronte ad una violazione minore dell'art. 213 da parte di un commissario ancora in carica, sarebbe costretta a pronunciare le dimissioni, a meno di rigettare il ricorso. D'altra parte, lo stesso Avvocato generale Geelhoed ha affermato nelle proprie conclusioni relative al caso *Cresson* che "è teoricamente possibile che l'art. 213, n. 2, CE possa essere fatto valere contro un Commissario ancora in carica non per chiederne le dimissioni d'ufficio, bensì la decadenza dai diritti a pensione o da altri vantaggi"³⁹.

Secondo un'altra parte della dottrina⁴⁰, il concetto di colpa lieve sarebbe ignoto al Trattato e dunque una lettura dell'art. 213 che faccia leva su di esso non sarebbe ammissibile. Per la verità, nella tesi criticata si parla di violazioni "compiute 'senza colpa grave'"⁴¹ più che di "colpa lieve". Occorre poi considerare che, se riferiamo il rinvio verso l'art. 216 alle condizioni ivi previste e identifichiamo queste ultime nella colpa grave, allora sarà pure lecito ritenere che le ipotesi in cui la colpa grave non ricorre siano quelle di colpa lieve o, quantomeno, quelle "senza colpa grave", che non risultano quindi estranee al Trattato.

I dubbi sulla tesi in esame ci sembrano altri. Anzitutto, non è pacifico che l'espressione "alle condizioni previste dall'art. 216" rimandi alla colpa grave. Anzi, la versione tedesca e quella inglese del testo – rispettivamente "*gemäß*" e "*in accordance with*" – sembrerebbero mettere in dubbio un'ipotesi del genere⁴²: il rinvio potrebbe, infatti, riferirsi semplicemente all'atto delle dimissioni d'uf-

³⁷ Regolamento (CEE) n. 422/67, (Euratom) n. 5/67 del Consiglio, del 25 luglio 1967, relativo alla fissazione del trattamento economico del presidente e dei membri della Commissione, del presidente, dei giudici, degli avvocati generali e del cancelliere della Corte di Giustizia, *GUCE* 187, 8 agosto 1967, pp. 1-5.

³⁸ J. AMPHOUX, *op. cit.*, p. 211.

³⁹ Conclusioni *Cresson*, cit., punto 88. La Corte non ripete quanto affermato dall'Avvocato generale, sebbene vi sia un passaggio della sentenza che consente quantomeno di supporre una concordanza con la sua posizione. Stando ad esso, mentre le "dimissioni potranno essere applicate solo in caso di violazione commessa e continuata quando il membro della Commissione interessato è ancora in carica ... [l]a decadenza si applicherà invece se la violazione è stata commessa durante il mandato o dopo la sua scadenza" (punto 73).

⁴⁰ A. TIZZANO, *Commento all'art. 9*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, cit., p. 173; U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 36.

⁴¹ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, p. 1159.

⁴² In tal senso si veda J. AMPHOUX, *op. cit.*, p. 212 s.; sul punto cfr. anche U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 38.

ficio. Si aggiunga che l'art. 216 contempla due diversi ordini di condizioni: la colpa grave, come detto, ma anche quelle "necessarie all'esercizio" delle funzioni di commissario. Queste ultime non hanno nulla a che vedere con alcun illecito⁴³, sicché il riferimento *tout court* che l'art. 213 opera verso le condizioni dell'art. 216 apparirebbe, a voler seguire la tesi criticata, quantomeno ambiguo. Infine, ipotizzando la secca alternativa nella quale la colpa grave opera da discrimine, la tesi criticata non spiega quali opzioni la Corte abbia di fronte al commissario non più in carica che abbia commesso una colpa grave. In effetti, l'unica sanzione che la tesi in discorso ammette per la commissione di una colpa grave è quella delle dimissioni, la quale però presuppone che il commissario sia ancora in carica. *Quid* ove costui abbia cessato le proprie funzioni? Non resta, evidentemente, che la pronuncia della decadenza dai benefici economici, ma per affermare ciò dovrebbe ammettersi – contrariamente alla tesi in esame – che l'espressione "a seconda dei casi" si riferisca non già e non solo alla gravità della colpa, bensì anche alla circostanza che il commissario sia o non sia più in carica.

È proprio con riferimento a quest'ultima alternativa che argomenta un secondo orientamento dottrinale⁴⁴, secondo il quale, quindi, l'espressione "a seconda dei casi" si riferirebbe alle due ipotesi che il commissario sia o, rispettivamente, non sia più in carica. In altre parole, secondo siffatto orientamento la sola sanzione che la Corte potrebbe comminare al commissario ancora in carica consisterebbe nelle dimissioni d'ufficio, ferma restando la possibilità di pronunciare la decadenza dai benefici economici del commissario non più in carica: una sanzione questa – è bene ripeterlo – preclusa nell'ipotesi che il commissario sia ancora in carica. In tale quadro, il rinvio contenuto nell'art. 213 si riferirebbe agli effetti – e non alle condizioni – dell'art. 216. Rispetto a tale rinvio, tuttavia, la tesi in parola presenta due varianti: secondo una prima versione⁴⁵, ogni violazione dell'art. 213 si configurerebbe *ipso facto* come una colpa grave, sicché la Corte non dovrebbe autonomamente accertare la presenza di una violazione "qualificata". In altre parole, l'ipotesi della violazione dell'art. 213 da parte di un commissario in carica verrebbe assorbita dall'art. 216, in un rapporto di *species a genus*, di modo che non esisterebbero violazioni dell'art. 213 che non integrino l'ipotesi di colpa grave. Ciò comporta, peraltro, che alla pronuncia delle dimissioni si cumuleranno sempre i citati effetti del regolamento n. 422/67. Secondo una diversa variante⁴⁶, invece, non tutte le violazioni dell'art. 213 consisterebbero *ipso facto* in una colpa grave. La Corte dovrebbe così accertare autonomamente la presenza di una violazione grave e, ove non la riscontri, astenersi dal pronunciare alcuna sanzione nei confronti del commissario in carica. Pertanto, in questa seconda versione, le violazioni minori dell'art. 213 com-

⁴³ Per tutti, A. TIZZANO, *Commento all'art. 12*, cit., p. 186 s.

⁴⁴ A. TIZZANO, *Commento all'art. 9*, cit., p. 173; R. ADAM, *Commento all'art. 213*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 997 s.

⁴⁵ R. ADAM, *Commento all'art. 216*, cit., p. 1005.

⁴⁶ A. TIZZANO, *Commento all'art. 9*, cit., p. 172 s.

messe da un commissario in carica sarebbero sì possibili, ma non ricadrebbero nell'ambito applicativo della norma stessa. Per esse sarebbero sufficienti, invece, provvedimenti interni al collegio⁴⁷.

Quanto alla prima versione, essa non è del tutto convincente: infatti, non prende in considerazione – perché la ritiene giuridicamente impossibile – l'ipotesi di una violazione non grave, o addirittura veniale, dell'art. 213. Ma ragioni di ordine logico inducono ad ammettere la possibilità di “violazioni minori” dell'art. 213. La presunzione assoluta sulla base della quale ogni violazione dell'art. 213 integrerebbe una colpa grave non è per nulla dimostrata e, anzi, è naturale pensare che vi sia notevole differenza tra il commissario che utilizzi il telefono di servizio a scopo privato e quello che svolga le proprie funzioni dietro esplicite istruzioni del governo dello Stato di cui è cittadino. In casi di “violazioni minori”, la Corte sarebbe posta di fronte alla seguente alternativa: forzare la natura della violazione, ritenendola comunque grave, e pronunciare le dimissioni (cui si cumulerebbe la decadenza dai benefici economici *ex art. 16 del regolamento n. 422/67*) ovvero rigettare il ricorso.

Riguardo alla seconda variante della tesi in esame, benché essa ammetta, come pare corretto, la possibilità di violazioni minori dell'art. 213, d'altro canto, escludendo che la Corte possa intervenire in casi siffatti, finisce per identificare le dimissioni dell'art. 213 con quelle dell'art. 216. Ne consegue che, tutte le volte che la Corte pronuncia le dimissioni l'interessato subirà *de iure* la decadenza dal diritto a pensione e simili per effetto del regolamento n. 422/67. Anche questa seconda variante, pertanto, presta al fianco all'obiezione, già mossa alla prima, in base alla quale verrebbero ingiustificatamente ridotte le opzioni sanzionatorie della Corte. Si aggiunga che riservare la sanzione delle violazioni minori dell'art. 213 a provvedimenti interni del collegio, da un lato, elide la logica stessa della “terzietà” dell'intervento della Corte, svuotando in parte di significato lo stesso art. 213; dall'altro, non sembra trovare un sicuro riscontro nelle norme del Trattato.

La sentenza in commento non offre elementi univoci sul punto in questione. Essa afferma infatti che, perché si possa giungere ad una condanna “*in forza dell'art. 213, n. 2, CE*” è “necessario che sia stata commessa una violazione *di una certa gravità*”⁴⁸. Dal tenore letterale non è chiaro se la Corte si riferisca alla colpa grave dell'art. 216. Peraltro, il riferimento all'art. 213 estenderebbe la condizione della gravità della colpa anche alla pronuncia della decadenza dalla pensione. Se la “certa gravità” cui allude la Corte coincidesse con la colpa grave, dovremmo dedurne che, anche per pronunciare la decadenza dal diritto alla pensione e simili, è necessario che l'interessato abbia commesso una colpa grave, il che non parrebbe giustificato dalla lettera della norma. Ma non ci sembra che la Corte intendesse evocare precisamente la “colpa grave” dell'art. 216. Infatti, non

⁴⁷ *Ibidem*, p. 173. L'autore afferma che in ipotesi di violazioni minori “non è affatto il caso di far intervenire la Corte, in quanto esse possono essere sanzionate, proprio per la loro natura, con semplici provvedimenti interni del collegio (richiamo del presidente, censura, ecc.)”.

⁴⁸ Sentenza *Cresson*, cit., punto 72, corsivo aggiunto.

si vede la ragione per cui, se la Corte avesse voluto riferirsi a tale concetto, essa abbia ritenuto di usare parole differenti da quelle dell'art. 216. A noi pare che, tanto la circostanza che la Corte parli di "violazione di una certa gravità" quanto il fatto che essa non menzioni minimamente l'art. 216 mostri che secondo la Corte tra le violazioni dell'art. 213 ne esistono di rilevanti e di irrilevanti: è a queste ultime che essa sembra riferirsi nel passo citato per negare l'applicazione di qualsiasi sanzione.

Infine, secondo un terzo orientamento dottrinario l'espressione "a seconda dei casi" si riferirebbe ad una pluralità di ipotesi "che la Corte di giustizia deve valutare, e non soltanto a due"⁴⁹. Stando a siffatta dottrina, le tesi che riducono a due i casi cui la norma in esame si riferisce, oltre a prestare il fianco alle critiche già ricordate sopra, non spiegano l'ipotesi del commissario colpevole che abbia dato le dimissioni volontarie. Solo riconoscendo – afferma l'autore in parola – un ventaglio di "casi" che la Corte è chiamata a valutare, è possibile ipotizzare che, in quello di dimissioni volontarie, l'interessato possa subire la pronuncia della decadenza dai propri benefici economici. La tesi in discorso ha il pregio di superare quelle basate sulla secca alternativa che fa leva ora sulla gravità della violazione ora sulla circostanza che sia (o non sia) scaduto il mandato. Tuttavia, l'esempio che l'autore propone può trovare una spiegazione proprio nella tesi che il medesimo intende superare: nel caso siano già intervenute le dimissioni volontarie del commissario colpevole, la Corte ben potrebbe comminare le sanzioni economiche giusta la circostanza che l'interessato si può considerare al pari di un ex commissario.

5. Invero, vi è una ulteriore possibilità interpretativa che sembra preferibile a quelle finora esaminate e che ad esse, tuttavia, si ispira. Possiamo prendere le mosse da alcuni dati certi sui quali la dottrina è pressoché uniforme: intanto, è evidente che la sanzione delle dimissioni può colpire unicamente il commissario in carica⁵⁰. Da ciò deriva che l'art. 216, il quale menziona per l'appunto solo le dimissioni, si applica esclusivamente al caso del commissario ancora in carica. In secondo luogo, la colpa grave cui allude l'art. 216 può consistere in una violazione degli obblighi di cui all'art. 213, ma non necessariamente coincide con essa⁵¹. A conforto di ciò, oltre alle considerazioni già svolte, si consideri che lo stesso Tizzano⁵², che pure muove dall'alternativa tra le ipotesi del commissario in carica e dell'ex commissario, afferma autorevolmente che violazioni di lieve entità siano possibili. Questo significa che esistono violazioni degli obblighi dei commissari (in carica) che, non integrando una colpa grave, non ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 216. Da questi dati si può trarre una prima e par-

⁴⁹ U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 36 s.

⁵⁰ Per tutti si veda J. AMPHOUX, *op. cit.*, p. 211.

⁵¹ In questo senso, si vedano F. PAOLINI, M. PANEBIANCO, *op. cit.*, p. 1164; A. TIZZANO, *Commento all'art. 12*, cit., p. 187; U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 38. *Contra*, come si ricordava più sopra, il solo R. ADAM, *Commento all'art. 216*, cit., p. 1005.

⁵² A. TIZZANO, *Commento all'art. 9*, cit., p. 173.

ziale conseguenza: le variabili che incidono sulla disciplina applicabile alla responsabilità dei commissari sono più d'una e ciò a prescindere dalla tesi che si volesse seguire. E infatti, la circostanza che l'interessato sia o non sia più in carica distingue l'applicabilità dell'art. 216 da quella dell'art. 213 relativamente alla sanzione della decadenza dalla pensione o da altri vantaggi, mentre la circostanza che la violazione integri o non integri una colpa grave distingue l'ipotesi dell'art. 216 da quella dell'art. 213, limitatamente alla pronuncia delle dimissioni. Ciò induce a muovere qualche passo ulteriore sulla strada indicata dal Draetta.

In effetti, le tesi che si basano sull'alternativa secca (colpa grave/colpa lieve, in carica/non in carica) hanno una matrice comune. Esse fanno leva su una lettura dell'art. 213 nella quale i "casi" cui allude la norma vengono identificati con le sanzioni delle dimissioni e della decadenza, poste in posizioni alternative dall'"ovvero" che le separa. Siffatte tesi finiscono così per identificare i "casi" a seconda dei quali la Corte pronuncia l'una "ovvero" l'altra sanzione con le due sanzioni stesse. È per tale ragione che nessuna delle due tesi supera l'alternativa secca: l'"ovvero" distinguerebbe così tra il "caso" in cui la Corte pronuncia le dimissioni (nelle due tesi in discorso, quando il commissario ha commesso una colpa grave e, rispettivamente, quando è ancora in carica) e il "caso" in cui la Corte pronuncia la decadenza (di nuovo, quando il commissario ha commesso una colpa non grave e, rispettivamente, quando non è più in carica). La conseguenza di una rigida alternativa, che non sembra giustificata dal tenore della norma in esame, è che talune ipotesi di condotta colpevole del commissario finiscono per sfuggire a qualsiasi sanzione. Così, nell'alternativa colpa grave/colpa lieve, sono precluse nei confronti dell'ex commissario gravemente colpevole tanto le dimissioni, ostando ad esse lo *status* di ex commissario, quanto la decadenza, giacché essa, per definizione, si applica alle ipotesi di colpa non grave. Nell'alternativa in carica/non in carica, in modo analogo, la Corte non potrà pronunciare le dimissioni nei confronti del commissario in carica responsabile di colpa lieve, giacché per giungere ad esse è necessario che la violazione integri una colpa grave, né la decadenza dalla pensione o da altri vantaggi, poiché la tesi in parola esclude siffatta sanzione per il commissario ancora in carica.

In definitiva, occorre distinguere i "casi" – certamente più d'uno come rileva giustamente il Draetta – in presenza dei quali la Corte può infliggere le sanzioni, dalle sanzioni stesse. In altre parole, la Corte, posta di fronte ad una varietà di "casi", pronuncerà le dimissioni "ovvero" la decadenza, e in nessuno di detti "casi" potrà, giusta l'uso del disgiuntivo, cumulare entrambe le sanzioni. In ciò è il senso dell'"ovvero", che quindi pone in alternativa le sanzioni, non già i "casi"; come pure in ciò riposa la logica della previsione di due diverse tipologie

di dimissioni: le une per le violazioni più gravi, alle quali si accompagna, per effetto dell'art. 16 del regolamento n. 422/67, che espressamente si riferisce alle dimissioni d'ufficio per colpa grave, l'automatica decadenza dai benefici economici; le altre, per i casi di violazioni minori, cui per l'appunto l'art. 213 esclude, giusta l'"ovvero", il cumulo delle sanzioni.

Dunque, tracciando una interpretazione alternativa delle norme in discorso, si può affermare quanto segue: che la Corte dovrà verificare innanzitutto se l'interessato sia o non sia più in carica. Nella prima ipotesi, dovrà ulteriormente valutare se il comportamento incriminato integri una colpa grave: in caso positivo, potrà pronunciare le dimissioni d'ufficio, cui automaticamente si aggiungerà la decadenza dai benefici economici per effetto dell'art. 16 del regolamento n. 422/67; in caso negativo – e sempre che accerti una violazione – potrà pronunciare le dimissioni (cui non si cumuleranno gli effetti di detto art. 16) "ovvero" la decadenza dai benefici economici. Ove invece la Corte accerti la violazione di un ex commissario, essa potrà unicamente pronunciare la decadenza dal diritto a pensione o dagli altri vantaggi sostitutivi, quale che sia la gravità dell'inadempimento. Si rammenti che, in siffatto ultimo caso, benché la Corte veda restringersi le proprie opzioni, potrà comunque graduare la sanzione della decadenza attraverso una riduzione solo parziale del diritto alla pensione e simili⁵³.

6. La sentenza in esame offre un ulteriore spunto di interesse. La Corte, infatti, una volta accertata la responsabilità della Cresson, discostandosi dalle conclusioni dell'Avvocato generale⁵⁴, ritiene di non dover pronunciare la decadenza dai benefici economici. In effetti, essa considera "una sanzione adeguata" la sola constatazione della violazione, evitando in tal modo all'ex commissario un consistente ridimensionamento del *quantum* pensionistico. Sebbene la lettera della norma non menzioni esplicitamente l'eventualità esplorata dalla Corte, non si può escludere che essa la consenta implicitamente. Infatti, secondo l'art. 213 la Corte "può" (e non "deve") pronunciare le sanzioni ivi previste, "a seconda dei casi". In altre parole, la norma non vincola rigidamente la Corte ad una alternativa, ma lascia aperta la possibilità di seguire una strada diversa. Quest'ultima, invero, non può essere che quella appunto di ritenere sufficiente la constatazione della violazione: ciò perché l'uso del verbo "potere" esenta la Corte dal dover comminare le sanzioni menzionate dall'art. 213, ma nel contempo non la lascia libera di crearne di nuove, salvo, appunto, la mera constatazione della violazione. Così argomentando, sembra che la Corte intenda le proprie competenze ex art. 213 dotate di un'ampiezza anche maggiore rispetto a quella che la dottrina vorrebbe assegnarle. In effetti, non solo la Corte dispone di un ventaglio di "casi" da valutare, come qui si è affermato, ma pure – e questo sembra volerci

⁵³ Ciò viene ribadito anche dalla Corte nella sentenza *Cresson*, cit., punto 73. D'altra parte, proprio una richiesta di riduzione parziale del diritto alla pensione era stata formulata dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni, cit., punto 118. In merito si veda anche nota 33.

⁵⁴ *Ibidem*, punto 126.

dire la sentenza in commento – detiene una certa discrezionalità in merito alle sanzioni da adottare in corrispondenza alla gravità della violazione. Ci pare, infine, che la circostanza che la Corte ritenga di non dover applicare la pena più severa indichi chiaramente che le violazioni minori dell’art. 213 non siano sottratte al suo giudizio. In altre parole, ritenendo sufficiente la mera constatazione della violazione, la Corte ha valutato non particolarmente grave la violazione della Cresson. Ciò conferma che la “certa gravità” cui la sentenza allude non corrisponde alla “colpa grave” dell’art. 216: la Corte, infatti, ha ritenuto di comminare una sanzione “minore” – la mera constatazione della violazione – a fronte di una violazione “minore”, ma egualmente meritevole dell’intervento del giudice comunitario.

Roberto Cisotta

Principi giurisprudenziali e nuove iniziative della Commissione in materia di *patient mobility* nell'Unione europea: un piccolo (o grande?) terremoto è in atto

SOMMARIO : 1. Premessa. – 2. Dalla libera prestazione dei servizi alla libertà di circolazione dei pazienti: i principi emergenti dalle prime decisioni della Corte. – 3. La pronuncia della Corte nel caso *Watts*. – 4. *Segue*: brevi osservazioni a margine della sentenza. – 5. Uno sguardo alle prospettive di riforma.

1. L'espressione "libertà di circolazione dei pazienti" – o altre similari – pur non trovando riscontro alcuno nella lettera dei Trattati e degli altri testi normativi comunitari, è ormai invalsa nella pratica, a seguito soprattutto di alcune importanti pronunce rese dalla Corte di giustizia a partire dal 1998. In tali sentenze i giudici di Lussemburgo hanno derivato questa nuova figura dalle norme sulle libertà fondamentali sancite dal TCE.

In realtà esiste, allo stato, un unico testo che esplicitamente detta la disciplina in base alla quale i cittadini di uno Stato membro possono recarsi a ricevere cure sanitarie in un altro Stato membro: si tratta dell'art. 22 del regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità¹. È un atto di diritto derivato nel quale si trova, sostanzialmente per intero, la normativa di attuazione dell'art. 42 TCE in materia di sicurezza sociale dei lavoratori migranti², volta a dare concrete pos-

¹ Cfr. versione codificata dal regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio, del 2 dicembre 1996, che modifica e aggiorna il regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità e il regolamento (CEE) n. 574/72 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71, *GUCE* L 28, 30 gennaio 1997, p. 1 ss.

² Cfr. anche il regolamento (CEE) n. 574/72 del Consiglio, del 21 marzo 1972, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71, versione codificata dal regolamento

sibilità di esercizio alla libertà di circolazione dei lavoratori medesimi. Lo scopo del regolamento 1408/71 è quello di coordinare le discipline nazionali, rimanendo, come meglio si dirà oltre, il settore previdenziale nella competenza degli Stati³.

Il detto art. 22 – lo riferiamo qui per fornire subito un quadro più chiaro – stabilisce al par. 2 che la concessione dell'autorizzazione a farsi curare all'estero – autorizzazione che implica la presa in carico da parte dello Stato di iscrizione delle relative spese – non può essere rifiutata se “le prestazioni di cui trattasi figurano tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro, nel cui territorio l'interessato risiede, se le cure stesse, tenuto conto dello stato di salute dello stesso nel periodo in questione e della probabile evoluzione della malattia, non possono essergli praticate entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione nello Stato membro di residenza”⁴.

L'inquadramento sistematico di tale “nuova libertà” per i cittadini dell'Unione risulta quantomeno dubbio. La Corte di giustizia infatti ha seguito un percorso complesso, in quanto da un lato non ha considerato esistente una disciplina esaustiva e soddisfacente della materia negli atti di diritto derivato – apparendo il citato art. 22 del regolamento 1408/71 come volto a trovare una soluzione per un più circoscritto problema⁵ – e dall'altro la somministrazione di cure in un Paese membro diverso da quello in cui si gode dell'ordinaria assistenza sanitaria finisce per chiamare in causa anche le norme del TCE che stabiliscono la libertà di prestazione dei servizi e, in altri casi, quella delle merci. Il sistema messo a punto dall'art. 22 inevitabilmente tende a creare frizioni all'in-

(CEE) n. 2001/83 del Consiglio, del 2 giugno 1983, *GUCE* L 230, 22 agosto 1983, p. 86 ss. (versione coordinata, *GUCE* C 325, 10 dicembre 1992, p. 96 ss.).

³ È da precisare che rischi assicurati e settori protetti sono i medesimi della Convenzione n. 102 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sulla sicurezza sociale (Standard minimi) del 28 giugno 1952 ma l'assistenza sanitaria non rientra di per sé nel campo di applicazione del regolamento 1408/71. Cfr. in proposito A. LANG, *Assistenza sanitaria e cittadini comunitari*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori, trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, p. 155 ss.; sul regolamento 1408/71, cit. in generale cfr. E. FERRARI, *Lavoro (sicurezza sociale)*, in M. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p. 881; F. POCAR, I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001, II ed., p. 173 ss.; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2002, III ed., p. 111, ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, VI ed., p. 501 ss.

⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2003, causa C-56/01, *Inizan, Raccolta*, p. I-12403, punti 41 ss. Al par. 1 dell'art. 22 è precisato che il lavoratore, subordinato o autonomo, se sono soddisfatte le condizioni richieste dalla normativa interna, ha diritto alle prestazioni in natura e in denaro nello Stato ove intende farsi curare, come se fosse iscritto al suo sistema sanitario. Soltanto la durata dei trattamenti viene rimessa alla determinazione della legislazione dello Stato di residenza (art. 22, par. 1, lett. i del regolamento 1408/71, cit.); in caso di prestazioni in denaro è previsto che queste possano essere erogate direttamente dalle istituzioni dello Stato di residenza per conto di quelle estere cui il paziente sia stato autorizzato a rivolgersi. Il formulario necessario per l'applicazione dell'art. 22 è classificato con la sigla E 112, cfr. la decisione della Commissione amministrativa delle Comunità europee per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti n. 153 del 7 ottobre 1993 (94/604/CE).

⁵ Cfr. *infra*, par. 2.

terno del mercato, con la conseguenza che esiste una tensione tra la logica mercantilistica, che ha segnato la nascita e la vita delle Comunità europee, ed esigenze di altro tipo, comunque fortemente sentite dagli Stati: prima tra tutte il controllo della spesa sanitaria, mediante il quale si ha la possibilità di garantire un certo livello di tutela a tutti gli assicurati⁶. Tale tensione si è da subito mostrata forte, giungendo a far prospettare una sospetta illegittimità dell'art. 22 del regolamento 1408/71 per incompatibilità con le norme a tutela della libera circolazione dei servizi e delle merci⁷.

La nostra esposizione prenderà le mosse da un rapido esame dei primi casi portati alla cognizione della Corte, ci soffermeremo quindi sulla sentenza resa recentemente nel caso *Watts*⁸, enucleando i profili di novità da essa apportati; in conclusione considereremo le iniziative messe in cantiere dalla Commissione, che da più parti era stata richiesta di intervenire per un riordino della materia, che consentisse agli Stati, agli individui ed agli operatori economici di avere a che fare con un diritto più certo. Riguardo ad esse è possibile anticipare che rivestono un certo interesse anche da un punto di vista più generale, in quanto tendenti a creare una legislazione in un campo di per sé assai *sensibile* e rispetto al quale esiste un problema di competenza dell'Unione, ma in cui la libertà degli Stati (di legiferare e di instaurare prassi amministrative coerenti) è stata intaccata – forse non solo scalfita in superficie – dai *dicta* della Corte di giustizia. Vedremo che, per tali ragioni, nell'ambito dell'opera di individuazione di un nuovo quadro normativo per la possibilità di curarsi all'estero, è fondamentale il ruolo del c.d. *open method of coordination*⁹: si tratta di un nuovo tipo di *decision-making process*, che si basa, almeno inizialmente, su atti di *soft law* e che pone, già di per sé, diversi problemi di carattere generale ai quali faremo brevemente cenno.

2. Nelle sentenze relative ai casi *Decker* e *Kohll*¹⁰ la Corte ha direttamente affrontato per la prima volta la questione che ci occupa. Nel primo caso, oggetto

⁶ Naturalmente tale tipo di esigenza è diversamente avvertita e affrontata a seconda del tipo di sistema sanitario vigente nello Stato: cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 18 maggio 2000, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, *Raccolta*, 2001, p. I-5476, punto 46 e le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 15 dicembre 2005, causa C-372/04, *Watts*, *Raccolta*, 2006, p. I-4325, punto 21, nelle quali si classificano sommariamente i modelli esistenti in Europa, dividendoli in sistemi a carattere interamente pubblico, ibrido o privato. G. CARDONI, *Prestazioni sanitarie e libera circolazione di merci e servizi: un caso di "strabismo" della Corte di giustizia?*, nota alle sentenze *Decker* e *Kohll*, in *Dir. lav.*, 1999, p. 193 ss. parla di sistemi di "impronta assicurativo-bismarckiana" e di sistemi di "impronta universalistico-beveridgeana", come quelli inglese e italiano.

⁷ Cfr. le conclusioni riunite dell'Avvocato generale Tesauro del 16 settembre 1997, cause C-120/95, *Decker* e C-158/96, *Kohll*, *Raccolta*, 1998, p. I-1834, punto 11.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, *Raccolta*, p. I-4325.

⁹ Per i riferimenti bibliografici cfr. *infra* nota 56.

¹⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 28 aprile 1998, causa C-120/95, *Decker*, *Raccolta*, p. I-1871 e causa C-158/96, *Kohll*, *ivi*, p. I-1935. Trattandosi, in questo come negli altri casi che sa-

della causa era il rimborso di un paio di occhiali da vista acquistati all'estero senza la previa autorizzazione. Nel secondo, veniva contestata la mancata concessione dell'autorizzazione a far sottoporre la figlia del ricorrente a cure ortodontiche in altro Paese membro.

Innanzitutto va ricordato come la Corte riconosca anche al destinatario della prestazione di un servizio la libertà di spostarsi all'interno dell'Unione per poterla ricevere¹¹. Per quanto poi riguarda la materia previdenziale, già nel caso *Duphar* del 1984¹² la Corte aveva riconosciuto che essa fa parte delle competenze statali. Ma in questi nuovi casi i giudici di Lussemburgo osservarono che, nell'esercizio del proprio potere di regolazione della materia, gli Stati devono comunque rispettare il diritto comunitario¹³ e, inoltre, che la "natura particolare" di taluni servizi non vale comunque ad evitare che essi siano sottoposti al regime previsto in generale dal Trattato, né è possibile sostenere che i prodotti medici siano sottratti come tali alla libera circolazione¹⁴. La Corte quindi non considerò che la normativa nazionale, benché apparisse conforme al più volte citato art. 22 del regolamento 1408/71, potesse solo evitare lo scrutinio di compatibilità col Trattato. Infatti questa disposizione di diritto derivato ha il più limitato intento di consentire, quando le condizioni di salute del soggetto lo rendano necessario e quando sia stata ottenuta l'autorizzazione dallo Stato di residenza, che questi abbia il diritto di essere curato in un altro Stato membro secondo la legislazione ivi vigente, senza dover sopportare l'onere di ulteriori spese¹⁵; essa "interpretata alla luce delle sue finalità, non è intesa a disciplinare, e quindi non impedisce

ranno analizzati nel presente paragrafo, di pronunce assai note, ci limiteremo a sintetizzare quanto di essenziale ai nostri fini sia stato in esse stabilito dai giudici di Lussemburgo, rimandando agli studi che citeremo per maggiori approfondimenti. A proposito delle sentenze *Decker* e *Kohll*, cfr. A. BONOMO, *La libera circolazione dei malati*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 2931 ss.; più approfonditamente, cfr. G. CARDONI, *op. cit.*, p. 193 ss.; in modo schematico e chiaro, cfr. S. VAN RAEPENBUSCH, *L[e] libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquence sociale du marché intérieur*, in *CDE*, 1998, p. 683 ss.; nonché G. TESAURO, *op. cit.*, p. 502 s., nota 122 e p. 549, testo e nota 262.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, *Raccolta*, p. 377, su cui cfr. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, p. 128. Nella dottrina tedesca si è parlato di libertà attiva e passiva in materia di prestazione dei servizi. In tal senso, ad esempio, M. FUCHS, *Free Movement of Services and Social Security – Quo Vadis?*, in *ELJ*, 2002, p. 538.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1984, causa 238/82, *Duphar BV ed altri c. Stato olandese (Duphar)*, *Raccolta*, p. 523, punti 16 e 23, su cui cfr. L. DANIELE, *op. cit.*, p. 80; cfr. anche sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare e a.*, *Raccolta*, p. I-3395, punto 27.

¹³ Sentenza *Kohll*, punto 19. Cfr. anche le conclusioni riunite *Decker* e *Kohll*, cit., punti 17-25.

¹⁴ Il requisito fondamentale dell'esistenza di un corrispettivo per la prestazione del servizio è rispettato anche in questo caso (art. 50 TCE): sentenza *Kohll*, punto 29. Sulla garanzia della libera circolazione dei prodotti medici, come di tutte le altre merci, cfr. sentenza *Decker*, punto 24, come già nella sentenza *Duphar*, punto 18.

¹⁵ Così anche la successiva sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2001, causa C-368/98, *Vanbraekel*, *Raccolta*, p. I-5363, punto 32.

affatto, il rimborso da parte degli Stati membri delle spese mediche sostenute in un altro Stato membro, anche in mancanza di un'autorizzazione previa"¹⁶.

La Corte considerò, stabilendo un orientamento destinato poi ad essere mantenuto nella giurisprudenza successiva, che il regime previsto dalla legislazione nazionale (si trattava in ambo i casi del Granducato del Lussemburgo) costituisca in un caso una restrizione alla libera prestazione dei servizi, e nell'altro un ostacolo alla libera circolazione delle merci all'interno del mercato comune. Infatti, pur non essendo vietato ai cittadini di rivolgersi a professionisti stabiliti in altri Stati, o di acquistare prodotti medici presso rivendite fuori del Granducato, la previsione del mancato rimborso in caso di autorizzazione non concessa o non richiesta, si risolveva in un chiaro vantaggio per i prestatori e i commercianti (ottici) nazionali¹⁷.

Nemmeno la Corte concesse che provvedimenti del genere potessero considerarsi giustificati, per uno dei motivi previsti dagli attuali articoli 30 e 55 TCE o per altre esigenze¹⁸. La prima causa di giustificazione invocata dal Lussemburgo era il rischio di squilibrio nei conti degli enti di assistenza sanitaria. Se già nella

¹⁶ Sentenza *Decker*, punti 27-29; sentenza *Kohll*, punti 25-27.

¹⁷ Sentenza *Decker*, punti 34-36; sentenza *Kohll*, punti 33-35.

¹⁸ Apparentemente le normative nazionali di cui si discute non potrebbero considerarsi indistintamente applicabili, in quanto limitanti direttamente la possibilità di acquisto di talune merci e di farsi prestare dei servizi all'estero. La loro giustificazione quindi, in quanto norme discriminatorie, dovrebbe essere ammessa solo per le motivazioni esplicitamente accolte nel Trattato e non anche per quelle – più ampie – di elaborazione giurisprudenziale (cfr. le conclusioni riunite *Decker* e *Kohll*, cit., punti 45 e 51, in cui si ricorda che secondo la giurisprudenza della Corte, in caso di norme discriminatorie non sono invocabili, ad esempio, giustificazioni di natura economica come la tutela dell'equilibrio finanziario del sistema di assistenza sanitaria). Infatti secondo quanto ricorda L. DANIELE, *op. cit.*, p. 144, la Corte non presta più attenzione alla distinzione tra norme indistintamente applicabili e discriminatorie, ponendo unicamente attenzione al loro effetto restrittivo sulla libertà di prestazione dei servizi; detta distinzione viene però ripresa per stabilire in base a quali motivi la disposizione nazionale può essere giustificata. Ma cfr. J. SNELL, *Goods and Services in EC Law*, Oxford, 2002, p. 172 ss. e in particolare p. 175 e p. 189, che, pur citando i casi qui in oggetto tra quelli relativi alle "EC Treaty exceptions", osserva: "Again, services originating from other Member States were put at a clear disadvantage but the Court did not restrict itself to Article 46 EC grounds of justification". L'autore nota anche come nei due giudizi *Decker* e *Kohll* appaia chiaro che la Corte, quanto ai motivi di sanità pubblica idonei a giustificare una restrizione, adottò tanto nel campo della circolazione delle merci che dei servizi un approccio simile. S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 696 s., sostiene che probabilmente la Corte ha implicitamente voluto accogliere la ricostruzione secondo cui le *measure formalmente discriminatorie* sono riscontrabili solo quando sia esplicitamente stabilita una distinzione tra merci nazionali e importate o tra servizi prestati all'interno dello Stato e quelli prestati in un altro Paese membro (distinzione che in questo caso non si è creduto di ritrovare, aprendo così la strada alle più ampie possibilità di giustificazione esistenti in caso di norme indistintamente applicabili, cfr. anche *infra*, nota 23). Nelle conclusioni riunite dell'Avvocato generale Tesauro, cause *Decker* e *Kohll*, cit., punti 44-50, non si classificano le misure controverse come discriminatorie e se ne ammette, in ipotesi, la giustificabilità in base alle categorie elaborate dalla giurisprudenza, pur non riscontrandola in concreto (tuttavia, per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi, l'Avvocato generale, pur indicando la soluzione adottata come quella maggiormente coerente con la giurisprudenza precedente, giudica quest'ultima non priva di contraddizioni, e ne auspica la rivisitazione).

citata sentenza *Duphar* si stabiliva che esigenze nazionali di carattere economico non possono essere una giustificazione sufficiente, in sé, per porre ostacoli alla libera circolazione delle merci ai sensi dell'art. 30 TCE¹⁹, tuttavia si ammise che il rischio di gravi squilibri nel finanziamento dei sistemi previdenziali potesse, in linea di principio, costituire motivo valido per il mantenimento di un regime di fatto restrittivo delle libertà fondamentali previste dal Trattato²⁰. In concreto però, i ricorrenti avevano entrambi richiesto la presa in carico delle spese secondo le aliquote previste per prestazioni dello stesso tipo nel sistema dello Stato di iscrizione, e cioè del Lussemburgo: l'esborso per le casse previdenziali sarebbe stato identico in caso di cure prestate in patria²¹. Ancora – e si tratta del secondo ordine di cause che avrebbero giustificato la misura a parere del Granducato – questioni concernenti la qualità delle prestazioni, legate alla più generale categoria dei motivi di sanità pubblica (cfr. art. 46 TCE, richiamato dall'art. 55), non sono state considerate credibili e sufficientemente fondate dalla Corte: il grado di armonizzazione e coordinamento, raggiunto nel campo dell'esercizio delle professioni mediche, consente di valutare in modo del tutto analogo il livello di professionalità del personale e di qualità delle cure in ciascuno Stato membro²².

La giurisprudenza successiva ha avuto poi modo di confrontarsi con nuovi problemi, primo tra tutti quello delle prestazioni di carattere ospedaliero: essendo la loro erogazione sottoposta in principio alle stesse regole – e quindi non sottratta al regime di libera prestazione –, è stato affermato il diritto del paziente di vedersi rimborsare le spese sostenute quando venga riconosciuta l'infondatezza del diniego di autorizzazione che egli pure aveva richiesto a tempo debito²³. Tuttavia per tali prestazioni, un sistema che subordini la presa in carico delle stesse da parte dello Stato di iscrizione ad una previa autorizzazione qualora il paziente richieda di usufruirne all'estero, non contrasta – in linea di principio –

¹⁹ Sentenza *Duphar*, punto 23. Per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi la Corte richiama la propria sentenza del 5 giugno 1997, causa C-398/95, *SETTG*, *Raccolta*, p. I-3091, punto 23.

²⁰ Cfr. L. DUBOIS, *La libre circulation des patients hospitaliers, une liberté sous conditions*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2001, p. 721 ss., in particolare p. 722.

²¹ Tale circostanza rende ancor più evidente come nel caso concreto lo Stato lussemburghese giungesse con la sua legislazione, più o meno velatamente, a tutelare anche il giro d'affari degli ottici e del dentista (uno solo in tutto il Granducato all'epoca dei fatti) stabiliti sul proprio territorio.

²² Sentenza *Decker*, punti 42-45; sentenza *Kohll*, punti 46-49. La Corte prosegue ancora il ragionamento nella sentenza *Kohll*, concedendo che rientrerebbero nei motivi di sanità pubblica idonei a giustificare le misure controverse, esigenze legate alla “conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale [che siano essenziali] per la sanità pubblica, o addirittura per la sopravvivenza, della ... popolazione”. Tuttavia, in base alle allegazioni dello Stato resistente e di quelli intervenuti, non si considerava raggiunta la prova della sussistenza di un tale tipo di esigenze nel caso concreto (punti 50-52).

²³ Sentenza *Vanbraekel*, cit., punto 53.

con l'art. 49 TCE. Diventano più rilevanti in tal caso le esigenze di equilibrio finanziario dei sistemi di assicurazione sanitaria²⁴.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, *Raccolta*, p. I-5509, punti 76-82. È una sentenza importante, perché, tra l'altro, ha permesso di fare applicazione dei conosciuti principi anche ad un sistema come quello olandese, basato su convenzioni tra le casse pubbliche di malattia e i prestatori di cure ospedaliere. I giudici di Lussemburgo riconoscono che le cure prestate in ambito ospedaliero presentano "incontestabili particolarità" (punto 76), tali da obbligare lo Stato ad un'opportuna programmazione per mantenere un equilibrio tra la necessità di garantire per tutti cure di buon livello e la gestione delle risorse finanziarie e tecnico-professionali (un maggior rilievo alle esigenze di salvaguardia dell'equilibrio economico dei sistemi previdenziali, in caso di autorizzazione a cure ospedaliere, era stato già riconosciuto dalle conclusioni riunite dell'Avvocato generale Tesauro, cause *Decker e Kohll*, cit., punti 59-60). Il ragionamento è condotto con riguardo, naturalmente, al sistema sanitario coinvolto nel caso, cioè quello olandese. In particolare la Corte precisa che il requisito secondo cui l'autorizzazione può essere concessa solo qualora il trattamento è da considerarsi "usuale negli ambiti professionali interessati", previsto dalle norme interne, va inteso nel senso che solo "l'interpretazione che fa riferimento a quanto sufficientemente comprovato e convalidato dalla scienza medica internazionale" è in grado di assicurare che la selezione dei trattamenti avvenga secondo criteri di obiettività, volti a non operare discriminazioni contrarie al diritto comunitario e in base a criteri noti in anticipo ai richiedenti; inoltre lo scrutinio delle richieste dovrà avvenire entro un termine ragionevole ed "in modo oggettivo e imparziale", cosicché un eventuale diniego possa essere oggetto di ricorso in sede giurisdizionale (punti 83-98). Quanto invece al carattere "necessario" del trattamento, sempre richiesto dalla legislazione olandese, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che "l'autorizzazione possa venir rifiutata a motivo di una mancanza di necessità medica solo allorché un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente possa essere tempestivamente ottenuto presso un istituto che abbia concluso una convenzione con la cassa malattia di cui fa parte l'assicurato" (punti 99-108). Sulla questione delle motivazioni adducibili a giustificazione di una restrizione, R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea – Parte speciale*, Torino, 2006, II ed. ampliata, p. 267, annovera la sentenza *Smits e Peerbooms* tra quelle recenti pronunce in tema di libera prestazione di servizi in cui la Corte appare "attribuire maggiore considerazione alle esigenze di protezione di determinati interessi statali" e sembra dare meno importanza alla distinzione tra norme discriminatorie e norme indistintamente applicabili nello stabilire quali differenti motivi possono giustificare le due diverse categorie (cfr. *supra* nota 17). Cfr. in generale su questa sentenza A. BONOMO, *Programmazione della spesa sanitaria e libertà di cura: un delicato dilemma*, in *Foro amm.*, 2001, p. 1870 ss., in particolare p. 1875 ss.; D. DALFINO, *Nota alla sentenza Smits e Peerbooms*, in *Foro it.*, 2002, IV, p. 102 ss.; E. STEYGER, *National Health Care Systems Under Fire (but not too Heavily)*, in *LIEI*, 2002, p. 97 ss., in particolare p. 105 ss. È interessante anche la sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, *Raccolta*, p. I-4503, su cui cfr. N. COGGIOLA, *Le prestazioni sanitarie tra principio di libera circolazione dei servizi e tutela dell'equilibrio finanziario e dei sistemi di assicurazione sanitaria degli Stati membri*, in *Giur. It.*, 2003, p. 1697 ss.; S. ANTONIAZZI, *Sistema sanitario nazionale e principio comunitario di libera prestazione dei servizi: la scelta dell'utente per prestazioni mediche erogate in un diverso paese membro, subordinata alla necessaria autorizzazione amministrativa dello Stato membro di appartenenza per il rimborso delle spese sostenute*, in *RIDPC*, 2004, p. 603 ss.; L. BIGLIO, *La libera circolazione dei servizi sanitari nella Comunità europea*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, p. 230 ss.; A. P. VAN DER MEI, *Cross-Border Access to Medical Care: Non-Hospital Care and Waiting Lists*, in *LIEI*, 2004, p. 57 ss.; nonché la nota di M. FLEAR, in *CML Rev.*, 2004, p. 209 ss.

Il rimborso avviene almeno al livello previsto dal proprio sistema (così come sarebbe stato calcolato nel caso in cui il ricovero fosse colà avvenuto), e se questo è maggiore rispetto a quanto previsto dal sistema dello Stato ove le cure sono state prestate, l'art. 49 TCE (e non le disposizioni contenute nel regolamento 1408/71) obbliga a corrispondere in più all'assicurato anche la parte "complementare"²⁵.

Emerge da questa sintesi che all'art. 22 del regolamento 1408/71 viene assegnato dalla Corte un ruolo, che se non di secondo piano, è comunque *non esclusivo* nella determinazione delle modalità per ottenere la possibilità di farsi curare all'estero e nella fissazione dell'entità dei rimborsi. Se infatti esso non impedisce che venga erogato un rimborso anche in assenza di autorizzazione, ciò potrà ben accadere sulla base delle disposizioni del Trattato relative alle libertà di circolazione di merci o servizi, che integrano, in un certo qual modo, lo spazio residuo rimasto al di fuori del campo di applicazione del detto art. 22. Allo stesso tempo, come osservato dalla Corte fin dai casi *Decker* e *Kohll*, la conformità di una legislazione nazionale all'art. 22 non la esime dalla verifica di compatibilità con le norme del Trattato, le quali quindi anche nella stessa sfera di applicazione diretta del regolamento 1408/71 non cessano naturalmente di esplicitare i loro effetti. Il limite del "rispetto del diritto comunitario"²⁶ che gli Stati incontrano anche nel disciplinare la materia previdenziale, che pur rimane in linea generale di loro competenza, va letto quindi nel nostro caso innanzitutto come un limite riferito alle libertà di circolazione e segnatamente a quelle delle merci e di prestazione dei servizi²⁷.

²⁵ Sentenza *Vanbraekel*, punti 54-56.

²⁶ Cfr. *supra* alla nota 7 il riferimento alle conclusioni riunite dell'Avvocato generale Tesouro, cause *Decker* e *Kohll*, cit., punti 17-25. Secondo M. FUCHS, *op. cit.*, p. 536 ss. rimane il dubbio che questo assunto si ponga in contraddizione con l'altra affermazione, a cui la Corte lo affianca, secondo cui gli Stati membri conservano comunque la libertà di organizzare i propri sistemi previdenziali. L'autore svolge poi una serie di altre critiche al filone giurisprudenziale inaugurato dalle pronunce *Decker* e *Kohll*, che sembrano culminare con l'osservazione che né il sistema di sicurezza sociale in generale, né le singole leggi nazionali sulle prestazioni sociali in particolare, possano considerarsi "*market oriented*". Anche da un punto di vista storico il campo della sicurezza sociale sarebbe sempre rimasto fuori dal sistema delle quattro libertà di movimento messo in piedi dal Trattato di Roma e il regolamento 1408/71 rimarrebbe ancora l'unica fonte legale cui potersi rifare in materia di prestazioni sanitarie da erogarsi al di fuori del proprio Stato di iscrizione. Secondo l'autore, alla lunga questo sistema (portatore di "*an inherent clash of fundamental values*") non è sostenibile e necessitano delle riforme (come riconosciuto anche dai sostenitori delle posizioni espresse dalla Corte). Si notino i numerosi punti di contatto con le osservazioni svolte da una parte della dottrina italiana e riportate alla nota successiva.

²⁷ Proprio su questo passaggio si sono appuntate le critiche di G. CARDONI, *op. cit.*, p. 193 ss. L'autore individua tre "vizi" fondamentali nell'*iter* argomentativo della Corte: 1) se l'obiettivo era una soluzione più liberale nei confronti dei pazienti, esso poteva raggiungersi in base al tradizionale *favor* per il lavoratore da sempre presente nelle sentenze della Corte; 2) poteva accentuarsi in modo più marcato la maggiore efficienza delle cure nello Stato estero ove il paziente aveva intenzione di farsi curare, riprendendo delle affermazioni presenti nella sentenza *Pierik* (sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 1978, causa 117/77, *Pierik*, *Raccolta*, p. 825); 3) troppa poca attenzione la Corte avrebbe dedicato al problema dell'equilibrio finanziario degli enti previden-

Anche se il campo di azione dell'art. 22 del regolamento 1408/71 risulta in qualche modo ristretto, o comunque essendo stato ribadito che le norme sulla libera circolazione di beni e servizi spiegano comunque i propri effetti in modo preminente, la Corte infine non lo ha dichiarato illegittimo. Tale norma è comunque considerata preziosa – in quanto normativa di coordinamento – perché detta i principi ai quali gli Stati debbono ispirarsi nell'adottare la propria legislazione interna, e ad essa occorre in ultima analisi far comunque riferimento²⁸. La Corte ha ribadito queste osservazioni sul ruolo della norma quando è stata chiamata, nel caso *Inizan*, a risolvere esplicitamente la questione della sua conformità agli articoli del Trattato sulla libera prestazione dei servizi; in particolare essa ha osservato che grazie a tale disposizione i cittadini comunitari godono di un diritto che altrimenti non avrebbero – quello cioè a non vedersi negata l'autorizzazione quando ricorrano i due requisiti previsti – essendo altresì posti in essere, grazie al meccanismo previsto dall'art. 36 dello stesso regolamento 1408/71 un quadro di collaborazione tra le amministrazioni dei due Paesi coinvolti e le condizioni alle quali quella dello Stato di iscrizione debba farsi carico dei relativi oneri. Esso perciò si traduce in uno strumento atto a favorire la “libera circolazione degli assicurati”. In base a tali considerazioni, la Corte non ha visto emergere elementi che giustificassero una declaratoria di illegittimità²⁹.

3. Queste esposte per sommi capi erano le acquisizioni della giurisprudenza della Corte in materia, quando un nuovo caso veniva portato alla sua attenzione, da parte della Court of Appeal (England and Wales), Civil Division, che il 20 febbraio 2004 formulava ben sette questioni pregiudiziali³⁰. Il caso *Watts* è stato deciso dalla Corte di Lussemburgo il 16 maggio 2006 ed ha dato un ulteriore impulso alle iniziative già in corso per la riforma del quadro normativo a livello

ziali. L'autore poi non condivide l'aver, da parte dei giudici di Lussemburgo, sostanzialmente liquidato il regolamento 1408/71 in modo troppo rapido e l'aver approfittato delle ampie nozioni di “bene” e “servizio” rintracciabili nella propria precedente giurisprudenza, “sempre comunque perseverando in quella tecnica interpretativa ‘trasversale’ mirata a riaffermare i valori cardine del libero mercato”. In questo caso invece – questa sembra essere l'opinione dell'autore – la circostanza che “le modalità concrete di fruizione” fossero contenute nel regolamento 1408/71 indicava una chiara riconducibilità del problema al settore della libera circolazione dei lavoratori, ed in base a questo sistema andavano risolti i problemi portati alla cognizione della Corte.

²⁸ Già nel par. 1 avevamo segnalato come questa questione fosse stata, sullo sfondo, prospettata nelle conclusioni riunite dell'Avvocato generale Tesauo, cause *Decker e Kohll*, cit., punto 11. Cfr. anche S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 695. Anzi la Corte si è premurata di precisare che, anche qualora l'autorizzazione fosse stata negata direttamente in applicazione di una normativa interna, la questione se essa fosse stata da concedere o meno va risolta comunque ai sensi dello stesso art. 22 (nello specifico il governo coinvolto sosteneva il contrario): sentenza *Vanbraekel*, punto 30.

²⁹ Sentenza *Inizan*, punti 15-26. Inoltre nello stesso contesto viene chiarito come la Corte nella sua precedente giurisprudenza – richiamata nell'occasione – consideri illegittimo il regime di autorizzazione unicamente quando questo si risolve in un ostacolo alla libera circolazione in quanto crea condizioni di svantaggio per prestatori ed esercenti di altri Paesi membri (cfr. *supra* nel testo).

³⁰ Sentenza *Watts*, cit.

comunitario. Con tale pronuncia infatti la Corte ha di certo fatto un ulteriore passo avanti in quel (che se non lo fosse nella realtà, è comunque percepito dagli Stati come un) processo di erosione delle competenze interne nell'amministrazione dei sistemi sanitari nei confronti degli stessi cittadini nazionali. Tanto più il caso è interessante, in quanto è sottoposta al vaglio della Corte una questione venuta in essere all'interno di un sistema abbastanza vicino a quello italiano, quanto ai principi ispiratori e al funzionamento concreto. Procediamo però con ordine.

La sig.ra Yvonne Watts soffriva di artrite alle anche e si è informata presso il Bedford Primary Care Trust (PCT)³¹ sulla possibilità di farsi operare all'estero. Il 1° ottobre 2002, in seguito ad una visita il suo caso è stato classificato tra quelli "abitudinari", non meritevole cioè di essere trattato con speciale urgenza: la sig.ra Watts sarebbe stata operata dopo circa un anno. Dopo poco meno di due mesi la cittadina inglese si è vista opporre un rifiuto alla sua richiesta di ottenere un modulo E 112, documento che contiene l'autorizzazione a farsi curare all'estero: a giudizio dell'amministrazione britannica la seconda condizione prevista dall'art. 22 del regolamento 1408/71 non veniva soddisfatta in quanto – avuto riguardo alle condizioni di salute della paziente – la prestazione sarebbe stata fornita "senza indebito ritardo". Il 12 dicembre 2002 veniva avviata dalla sig.ra Watts una procedura volta ad ottenere un'autorizzazione a ricorrere avverso tale rifiuto. Nel corso di tale procedura la paziente portava all'attenzione dell'amministrazione il parere di uno specialista francese, secondo il quale era divenuto necessario intervenire con tempestività a causa di un peggioramento delle sue condizioni di salute. In seguito ad un nuovo esame clinico (avvenuto il 31 gennaio 2003) da parte dello stesso medico inglese che l'aveva visitata la prima volta, il caso della signora veniva classificato tra quelli dei pazienti che andavano operati "presto" (categoria intermedia tra i casi abituarini e quelli propriamente urgenti): l'intervento sarebbe avvenuto entro tre o quattro mesi, quindi tra l'aprile e il maggio 2003. La reiterata richiesta della paziente di un modulo E 112 per potersi operare all'estero veniva nuovamente rifiutata, atteso il cambiamento di classificazione del suo caso e il conseguente abbreviamento dei tempi di attesa.

³¹ L'assistenza sanitaria in Inghilterra e nel Galles è finanziata direttamente dallo Stato (che utilizza entrate fiscali), il quale ripartisce i fondi tra centri locali di assistenza primaria, appunto i PCT, in ragione delle esigenze territoriali. A tali enti spetta la pianificazione dell'assistenza sanitaria a livello locale. Tutto il sistema è gratuito e fa capo al National Health Service (NHS), istituito col *National Health Service Act* del 1977. Al sistema così congegnato appartengono anche i *NHS trust*, che tra le principali funzioni hanno quella di gestire gli ospedali. Essi percepiscono un finanziamento dai PCT in relazione ai servizi medici che devono erogare (secondo le istruzioni degli stessi PCT, consacrate in speciali "contratti NHS"). Il contesto normativo britannico regolante la materia è richiamato nella motivazione della sentenza ai punti 5-23; altri particolari saranno messi in evidenza se necessario, mentre i principi ispiratori (tra cui principalmente: gratuità e non esistenza di un diritto degli assistiti ad una certa prestazione in un determinato momento) saranno brevemente richiamati nel testo, data la rilevanza da essi rivestita nelle questioni sottoposte alla Corte di giustizia.

Il 7 marzo 2003 la sig.ra Watts si faceva comunque operare in Francia, sopportando spese pari ad un importo di 3900 sterline inglesi, per ottenere il rimborso delle quali ella continuava il procedimento iniziato nei confronti dell'amministrazione inglese. Il 1° ottobre 2003 veniva stabilito dalla High Court of Justice (England & Wales) Queen's Bench Division (Administrative Court) – che aveva sospeso appositamente il procedimento in attesa che fosse emessa dalla Corte di Lussemburgo la sentenza nel caso *Müller-Fauré e van Riet* – che le prestazioni mediche di cui la sig.ra Watts aveva beneficiato in Francia rientravano nel campo di applicazione dell'art. 49 TCE. Nondimeno la High Court giudicava infondata la pretesa della signora, alla luce dell'abbreviamento dei tempi di attesa in esito alla seconda visita cui era stata sottoposta: il diritto a vedersi concessa l'autorizzazione a farsi operare in Francia sarebbe sussistito solo qualora i tempi di attesa fossero rimasti quelli inizialmente previsti. La sig.ra Watts propose appello avverso tale decisione innanzi alla Court of Appeal (England and Wales), Civil Division, la quale ha proposto alla Corte di giustizia i sette quesiti pregiudiziali. Ad essi rivolgeremo la nostra attenzione, ma non prima di aver ricordato alcuni importanti elementi:

- nel NHS inglese i soggetti residenti non sono tenuti ad alcun esborso per le prestazioni che ricevono; essi tuttavia non possono vantare il diritto a che una certa prestazione venga erogata in un dato momento³²;
- tali individui non godono di alcun diritto riguardo all'assistenza ospedaliera privata in Inghilterra o nel Galles a spese del NHS;
- il NHS utilizza le proprie risorse stabilendo delle priorità, con la conseguenza che esistono delle liste di attesa più o meno lunghe per i trattamenti che non rivestono carattere di urgenza (proprio sulla base dei piani nazionali così stabiliti era stato motivato il rifiuto del modulo E 112 alla sig.ra Watts)³³;
- non esistono tariffe di rimborso nel sistema sanitario nazionale inglese, attesa la gratuità generale delle prestazioni;
- non c'è nell'ordinamento giuridico inglese alcuna misura di attuazione del regolamento 1408/71³⁴.

³² Anche il Ministro della Sanità inglese propose appello avverso la sentenza della High Court, proprio sulla base dell'assunto che, non avendo i soggetti che beneficiano del servizio sanitario diritti in ordine alle prestazioni, essi non possono in tale ambito valersi dell'art. 49 TCE. La prima questione pregiudiziale verte proprio su questo punto.

³³ La Corte aveva in realtà già affrontato il problema delle liste d'attesa nella sentenza *Müller-Fauré e van Riet*, su cui cfr. A. P. VAN DER MEI, *op. cit.*, p. 66 s.

³⁴ Quindi le autorizzazioni a farsi curare all'estero sono concesse direttamente secondo l'art. 22 del detto regolamento, mentre i rimborsi dei relativi costi sono effettuati dalle competenti istituzioni inglesi direttamente a favore delle casse delle amministrazioni straniere che hanno prestato assistenza al paziente britannico autorizzato.

La risoluzione data dalla Corte ai quesiti pregiudiziali, formulati in maniera assai articolata dal giudice inglese, può essere riportata – in modo complessivo e sintetico – come segue³⁵.

Innanzitutto la Corte si è occupata dell'art. 22 del regolamento 1408/71. Probabilmente esponendo in maniera ancor più chiara che in passato il proprio pensiero, i giudici europei prendono le mosse dalla considerazione che l'applicabilità della citata norma non “esclude che l'interessato possa *in via parallela* disporre, ai sensi dell'art. 49 TCE, del diritto di accedere ai trattamenti sanitari in un altro Stato membro a condizioni di assunzione di oneri diverse da quelle previste nel detto art. 22”³⁶. Esiste insomma una sovrapposizione di norme – e quindi di disciplina – riguardo ad una medesima fattispecie. La questione sottoposta alla Corte riguarda la seconda condizione da rispettare (la prima del resto non rileva nella causa principale), ed in particolare se l'interpretazione delle parole “entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione” debba essere equivalente a quella da darsi al concetto di “indebito ritardo” elaborato con riguardo all'art. 49 TCE. La risposta è che “nessun elemento permette seriamente di giustificare interpretazioni diverse”³⁷. L'istituzione nazionale competente, prendendo in considerazione le particolarità di ogni caso concreto, dovrà stabilire se è “tempestivamente” disponibile in patria un trattamento di identica efficacia rispetto a quello praticabile all'estero. Ciò che è fondamentale sottolineare è che il giudizio va condotto tenendo conto delle particolarità della situazione clinica di ciascun paziente: non ci si può, per la Corte, unicamente basare sul fatto che esistono delle liste d'attesa, che sono pure accettabili in generale, in quanto ispirate a quello che potremmo chiamare un generale criterio di gestione razionale³⁸. Per dirla con le parole dell'Avvocato generale, le liste di attesa “non dovrebbero servire meramente a registrare il diritto di un paziente a ricevere un determinato trattamento con un certo grado

³⁵ Cfr. M. CASTELLANETA, *I tempi non possono essere prefissati ma vanno calcolati sul singolo caso*, in *Guida al diritto*, n. 23, 2006, p. 114. La Corte di giustizia non ha mancato di rispondere puntualmente, pur se con una lieve differenza quanto all'ordine in cui le questioni sono state formulate: sono state affrontate la quinta, quindi le prime quattro e infine la sesta e la settima. Rispetteremo nella nostra sintesi l'ordine seguito dai giudici europei.

³⁶ Punto 48 della motivazione (corsivo nostro), che si rifà ai punti 37-53 della sentenza *Vanbraekel*.

³⁷ Punto 60 delle motivazioni, che richiama le conclusioni *Watts*, cit., punto 101. Specificamente viene riportato come interpretazione dell'art. 22 il ragionamento condotto nel caso *Inizan* (punti 45-46); mentre si aveva riguardo all'art. 49 TCE nei casi *Smits e Peerbooms* (punti 103-104) e *Müller-Fauré e van Riet* (punti 89-90). Del resto nel caso *Inizan* ci si era direttamente riferiti agli altri due casi appena citati, offrendo la medesima interpretazione, pur se riferita alla norma di diritto derivato.

³⁸ La Corte ricorda che l'art. 20 del regolamento (CE) n. 883/04 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (*GUUE* L 166, 30 aprile 2004, p. 1), che dovrà prendere il posto dell'art. 22 di cui si discute, prevede che l'autorizzazione non possa essere rifiutata se le cure non possono essere prestate nello Stato di residenza “entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia”.

di urgenza, ma dovrebbero essere gestite attivamente, come uno strumento dinamico e flessibile...”³⁹.

La seconda condizione prevista dall'art. 22 quindi sarà soddisfatta, e il rifiuto opposto alla richiesta di autorizzazione a curarsi all'estero sarà illegittimo, non soltanto e semplicemente se esiste in tutta l'Unione una possibilità di ottenere le cure del caso in un lasso di tempo più breve di quello previsto nello Stato di residenza, ma se tale ultimo intervallo temporale risulta inaccettabile alla luce del quadro clinico del paziente. Non vale in tal caso a impedire che l'autorizzazione venga concessa, né il fatto che in ipotesi il trattamento sanitario in questione all'estero abbia un costo maggiore di quello che l'amministrazione nazionale sopporterebbe se esso venisse prestato nello Stato stesso di residenza, né il fatto che – come nel Regno Unito – la gratuità generale dell'assistenza sanitaria pubblica faccia sì che non siano previste tariffe di rimborso per le diverse prestazioni⁴⁰. La Corte rimette la valutazione su questo punto al giudice del rinvio, il quale in base ai principi da essa enucleati dovrà stabilire se il tempo di attesa che la sig.ra Watts si era vista prospettare, nelle due diverse occasioni e in particolare nella seconda, fosse inaccettabile alla luce di una valutazione clinica del suo caso (punto 78).

Per quanto riguarda l'art. 49 TCE, la Corte riconduce la situazione di cui alla causa principale in un inquadramento che ormai conosciamo: essa infatti ricorda che è “già stato affermato che una prestazione medica non perde la sua qualifica di prestazione di servizi ai sensi dell'art. 49 TCE per il fatto che il paziente, dopo aver retribuito il prestatore straniero per le cure ricevute, sollecita successivamente l'assunzione di tali cure da parte di un servizio sanitario nazionale”⁴¹. Anche quando essa passa ad interrogarsi sull'esistenza di restrizioni vietate nella fattispecie, l'*iter* argomentativo è noto: è evidente che il regime delle autorizzazioni “scoraggia, o addirittura trattiene” i pazienti dal farsi curare in altro Stato membro⁴². Non è poi rilevante il fatto che i residenti nel Regno Unito non abbiano alcun diritto di farsi curare in strutture private inglesi: il confronto va fatto tra le cure ospedaliere prestate nello Stato e quelle cui si potrebbe accedere all'estero attraverso il procedimento di autorizzazione (punto 100). Nondimeno

³⁹ Conclusioni *Watts*, cit., punto 86.

⁴⁰ Nemmeno è un motivo sufficiente per rifiutare l'autorizzazione il fatto che non siano previste dalla normativa nazionale “modalità finanziarie specifiche ai fini dell'assunzione degli oneri del trattamento previsto in un altro Stato membro”; e neanche è rilevante, come detto nel testo, “un confronto dei costi di tale trattamento e di quelli di un trattamento equivalente nello Stato membro competente” (punto 120 delle motivazioni della sentenza).

⁴¹ E ciò senza pregiudizio dell'ulteriore questione – che però la Corte evita di affrontare perché non rilevante nel caso – della riconducibilità alla nozione di prestazione di servizi *ex art. 49 TCE* delle prestazioni sanitarie fornite nell'ambito del NHS (punto 91).

⁴² Nelle conclusioni *Watts*, cit., punto 68, sembra ipotizzarsi che il fatto che il NHS non garantisca, da un lato, che i pazienti possano farsi curare a suo carico presso strutture private inglesi, mentre è obbligato, dall'altro, a sopportare le spese di cura all'estero al ricorrere di determinate condizioni, potrebbe configurare in tali casi una discriminazione alla rovescia (che però non è, com'è noto, vietata in quanto tale dal Trattato).

il sistema basato sulle autorizzazioni previe appare una “misura al contempo necessaria e ragionevole” al fine di garantire in via permanente l’accesso ad una gamma “equilibrata di cure ospedaliere di qualità” e di tenere sotto controllo i costi (punti 109-110). Ancora in continuità con la precedente giurisprudenza⁴³, i giudici comunitari affermano la necessità che tale sistema non si traduca in una legittimazione di un atteggiamento discrezionale da parte delle autorità nazionali. Ed inoltre deve essere rispettato il principio di proporzionalità nell’apporre tale restrizione ad una libertà fondamentale come quella sancita dall’art. 49 TCE, pena la privazione di tale norma del suo effetto utile. Per raggiungere questi obiettivi, il sistema di concessione delle autorizzazioni deve essere improntato ad oggettività ed imparzialità, e deve essere di facile accesso; eventuali provvedimenti di diniego devono indicare le specifiche disposizioni sulle quali si basano ed essere “debitamente motivati alla luce di queste ultime”, ai fini di consentire un sindacato giurisdizionale, che, a propria volta, dovrà prevedere la possibilità per il giudice di valersi della collaborazione di esperti indipendenti (punti 115-117)⁴⁴.

Da ultimo la Corte affronta il problema di quale sia la legge in base alla quale va calcolato il rimborso: se quella dello Stato di residenza o quella dello Stato in cui le cure vengono fornite⁴⁵. Atteso il ricordato diritto, che il singolo guadagna grazie al più volte richiamato art. 22, di essere curato come se fosse assicurato presso le istituzioni di quello Stato, le “modalità di intervento” sono quelle previste dalla normativa di tale Stato. Non rileva il fatto che il sistema dello Stato di residenza – come nel Regno Unito – non preveda tariffe di rimborso: il meccanismo derivante dagli articoli 22 e 36 del regolamento 1408/71 semplicemente obbliga le istituzioni dello Stato di iscrizione a rimborsare l’amministrazione dello Stato che ha prestato il servizio sanitario secondo le regole ivi applicate.

Per quanto concerne l’entità dei rimborsi, viene svolta una complessa argomentazione⁴⁶. In base alla precedente giurisprudenza, viene considerata come una restrizione ingiustificata alla libera prestazione dei servizi la mancata assunzione, da parte delle istituzioni dello Stato di residenza, di oneri per un livello “analogo” a quello che sarebbe previsto in caso di cure prestate secondo il sistema dello stesso Stato⁴⁷. In un contesto come quello del servizio sanitario inglese, che prevede la gratuità delle cure prestate all’interno delle proprie strutture, il rimborso diretto delle amministrazioni estere in caso di cure ivi prestate previa autorizzazione, dovrebbe essere integrale e quindi si escluderebbe in radice ogni indebita restrizione alla libera circolazione dei servizi (punto 130).

⁴³ Sentenza *Smits e Peerbooms*, su cui cfr. *supra*, par. 2 e note corrispondenti.

⁴⁴ Tali caratteristiche a giudizio della Corte non risultano rilevabili nel sistema inglese (punto 118).

⁴⁵ La Corte parla per quest’ultimo di “Stato di soggiorno”: in questa come in altre occasioni la terminologia scelta può indurre, a volte, in qualche equivoco.

⁴⁶ Si tratta di uno svolgimento più articolato del ragionamento già fatto nella sentenza *Vanbraekel*: cfr. *supra*, par. 2.

⁴⁷ Sentenza *Vanbraekel*, punti 43-52.

Ma in caso di mancata assunzione integrale degli oneri, “il ristabilimento del paziente nelle condizioni in cui si sarebbe trovato se il servizio sanitario nazionale a cui esso appartiene fosse stato in grado di fornirgli gratuitamente, in un tempo accettabile sotto il profilo medico un trattamento equivalente a quello ricevuto nello Stato membro di soggiorno, comporta, per l’istituzione competente, un obbligo di intervento complementare a favore dell’interessato per un ammontare pari alla differenza tra, da una parte, l’importo corrispondente al costo, oggettivamente quantificato, di tale trattamento equivalente, fissato eventualmente nel limite massimo pari all’importo globale fatturato per il trattamento ricevuto nello Stato membro di soggiorno, e, dall’altra, l’importo dell’intervento dell’istituzione del detto Stato derivante dall’applicazione della legislazione di tale Stato, quando il primo importo è superiore al secondo” (punto 131). Nella sostanza è stabilito un *principio di equivalenza* tra l’intervento dello Stato di iscrizione nel caso di cure prestate *tempestivamente* sul proprio territorio dalle proprie strutture sanitarie e quello cui lo Stato stesso è obbligato, nel caso di ricorso a prestazioni di un altro sistema sanitario, qualora invece i tempi di attesa fossero da considerarsi eccessivi: in pratica nel secondo caso l’intervento non può essere, quanto ai risultati da ottenere a favore dell’assicurato, meno oneroso per lo Stato di residenza⁴⁸.

Le spese di soggiorno sono fatte rientrare tra quelle “indissociabilmente collegate” alle spese mediche propriamente dette – le uniche che lo Stato è effettivamente obbligato a corrispondere *ex art.* 22 del regolamento 1408/71 che prevede il diritto a prestazioni in natura – in caso di degenza ospedaliera. Per quanto riguarda le spese – dette “accessorie” – di trasferimento e quelle di soggiorno al di fuori del nosocomio comunque affrontate dall’assicurato, è da valutarsi che la loro assunzione non sia prescritta, ma nemmeno vietata dall’art. 22 citato. Tuttavia *ex art.* 49 TCE lo Stato di residenza sarebbe obbligato a corrispondere anche quelle, se la sua legislazione prevedesse la loro assunzione in caso di prestazione di cure nell’ambito del proprio sistema, che implicasse uno spostamento all’interno del territorio nazionale (punti 139-140). Naturalmente il compito di stabilire se una tale assunzione di oneri accessori sia prevista dalla normativa nazionale spetta al giudice del rinvio.

⁴⁸ Tale differenza non va, naturalmente, corrisposta in ogni caso, come ad esempio quando il trattamento nello Stato di residenza ha un costo superiore a quello che ha nello Stato membro ove è stato effettivamente prestato: il rimborso della differenza si tradurrebbe in tal caso in un riconoscimento al paziente di “un livello di copertura eccedente la portata del diritto di cui dispone nei confronti del servizio sanitario nazionale cui appartiene” (punto 132). Il *principio di equivalenza* va quindi applicato alle prestazioni, o meglio al *risultato* di un intervento a favore del paziente – e cioè alla *guarigione*, che deve essere garantita integralmente in ognuno dei casi – e non semplicemente alle tariffe, che possono di per sé variare per trattamenti analoghi tra i sistemi sanitari nazionali di due Paesi membri per molte e diverse motivazioni. Per determinare, ai fini della verifica del rispetto del citato principio, le tariffe nel NHS – che come visto non ne prevede per i soggetti ad esso iscritti – la Corte indica come riferimenti utili le norme che prevedono l’ammontare delle spese che devono essere pagate da pazienti stranieri per usufruire delle diverse prestazioni (punto 133).

4. Leggendo le motivazioni della sentenza resa nel caso *Watts*, si ha netta l'impressione che la Corte non dimentichi mai di curarsi del fatto che l'interpretazione che sta offrendo del diritto comunitario non leda la competenza in materia previdenziale, che gli Stati hanno mantenuto sottoscrivendo i Trattati istitutivi. Sono rinvenibili almeno tre passaggi delle motivazioni della sentenza in cui i giudici comunitari esplicitamente tentano di sgombrare il campo da ogni dubbio in merito.

In primo luogo, al punto 75, la Corte risponde all'obiezione formulata dal governo britannico nelle sue osservazioni scritte, in base alla quale una valutazione del lasso di tempo di cui all'art. 22, par. 2, comma 2 del regolamento 1408/71 (seconda condizione), del genere che poi è stato adottato dalla Corte (punti 59-72), comprometterebbe la facoltà degli Stati di gestire tramite liste d'attesa le "capacità ospedaliere disponibili sul loro territorio". Secondo i giudici comunitari tali liste semplicemente non devono essere "d'ostacolo al prendere in considerazione, in ogni singolo caso, circostanze caratterizzanti la situazione medica ed i bisogni clinici dell'interessato al momento in cui questi sollecita un'autorizzazione per ricevere in un altro Stato membro cure ospedaliere a carico del sistema cui appartiene".

In secondo luogo, al punto 121, sempre in riferimento alla questione della gestione delle liste d'attesa e della valutazione del tempo di attesa ai fini del rilascio dell'autorizzazione a farsi curare all'estero⁴⁹, la Corte ribadisce che spetta agli Stati organizzare autonomamente i propri sistemi previdenziali nonché decidere il livello delle risorse devolute al loro finanziamento, ma al tempo stesso asserisce che "la realizzazione delle libertà fondamentali garantite dal Trattato obbliga inevitabilmente gli Stati membri ad apportar[e] adattamenti [all'organizzazione e ai programmi così stabiliti], senza peraltro che si possa ritenere che ne venga compromessa, in tal modo, la loro competenza sovrana in materia"⁵⁰.

⁴⁹ Questa volta i punti precedenti cui i giudici fanno riferimento sono i 59-77.

⁵⁰ Viene specificato così in maniera più puntuale il contenuto del "rispetto del diritto comunitario" cui gli Stati sono obbligati nell'esercizio della propria competenza di organizzazione dei sistemi previdenziali, e al quale facevano riferimento già le conclusioni riunite dell'Avvocato generale Tesouro, cause *Decker e Kohll*, cit., punto 17. Naturalmente non si potrebbe desiderare affermazione più esplicita del fatto che le libertà di movimento sancite dai Trattati – rispondenti alla logica mercantilistica – operano come limite alla competenza statale in materia previdenziale. Gli autori che si erano mostrati critici nei confronti delle pronunce *Decker e Kohll* sicuramente ritroverebbero analoghe ragioni di dissenso riguardo a questa posizione espressa dalla Corte. Essa infatti ribadisce – ma a nostro parere sarebbe stato difficile che la Corte si fosse potuta discostare su questo punto dalla giurisprudenza precedente – il fondamento giuridico di tale limite, e cioè le libertà fondamentali; ma in tutta la motivazione l'unica ad essere richiamata è quella di prestazione dei servizi, non, come tali autori auspicavano, quella di circolazione dei lavoratori. È vero che a tratti la Corte parla di "libera circolazione dei pazienti" (punto 54), ma tale espressione a nostro parere non è – almeno per il momento – ricollegabile a nessun significato giuridico nuovo e specifico, essendo semplicemente il modo di indicare la situazione complessiva risultante dalla combinata applicazione dell'art. 22 del regolamento 1408/71 e dell'art. 49 TCE. Per la Corte con-

Infine, al punto 147 delle motivazioni, rispondendo a quella che era l'ultima delle questioni pregiudiziali presentate dal giudice del rinvio, i giudici comunitari specificano che quanto da essi deciso non comporta che l'azione comunitaria nel settore della sanità vada oltre quanto previsto dall'art. 152, par. 5 TCE, in cui è codificata la competenza degli Stati membri "in materia di organizzazione e fornitura di servizi sanitari e assistenza medica".

Ciò che appare evidente è che la Corte si sia lasciata guidare da una coerente applicazione dei principi in materia di libertà fondamentali sancite dal Trattato, giungendo comunque ad una conclusione mirante – nella sostanza – ad assicurare il massimo livello di tutela della salute per gli assicurati⁵¹. Se le libertà fondamentali sono concepite per favorire il massimo di efficienza dal punto di vista economico all'interno dell'area di scambio dei Paesi membri, in questo particolare caso il vantaggio concreto per i "consumatori" è un miglior livello di tutela della propria salute.

È fin troppo facile osservare che i meccanismi a cui la Corte ha dato il via tenderanno sempre più a "mettere in concorrenza" i sistemi sanitari nazionali, in quanto quelli che si dimostreranno meno efficienti andranno incontro all'obbligo di rimborsare le spese ai propri assicurati, costretti a spostarsi ove le cure sono prestate in modo più veloce e/o efficace. Ancora un altro risultato sarà la specializzazione che – spontaneamente o sulla base di scelte consapevoli – avverrà nei diversi sistemi: se certe prestazioni sono fornite ad un alto livello e con brevi tempi di attesa in un certo Paese, esso finirà per attrarre anche individui iscritti ad altri sistemi sanitari (i quali a loro volta dovranno farsi carico delle relative spese), nonché per rendere progressivamente più esigente il metro di giudizio complessivo su cui verrà valutata la tempestività con la quale quelle cure vengono prestate anche negli altri Stati dell'Unione.

Ma dal punto di vista più strettamente giuridico, è interessante osservare che effettivamente la Corte ha dettato delle regole che gli Stati devono seguire nell'erogazione dei servizi sanitari nei confronti degli stessi assicurati. Qualora non sia garantito un certo grado di efficienza infatti, scatta l'obbligo di rimborsare le spese per le cure presso un sistema sanitario estero. È forse possibile ravvisare un parallelismo tra tale modo di ragionare e l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali, norma che non è stata richiamata in nessuna delle sentenze che abbiamo esaminato. Essa, dopo aver sancito che "ogni individuo ha diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali" (ribadendo quindi una volta di più

seguenza di tutto questo è che le amministrazioni nazionali sono obbligate a prevedere "meccanismi di assunzione degli oneri" per i pazienti che debbano essere autorizzati a curarsi all'estero al ricorrere delle previste condizioni (punto 122). In pratica anche nella pianificazione finanziaria si dovrà tenere conto di possibili casi di *inefficienza* del proprio sistema che obblighino a rilasciare il modulo E 112 ad un certo numero di pazienti, e a farsi carico delle relative spese.

⁵¹ Per dirla con S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 683 ss. si tratterebbe di "conseguenze sociali" del mercato unico, cioè di ricadute positive in campo sociale dell'applicazione delle norme sulle libertà di circolazione.

la persistente competenza statale generale in materia), stabilisce che “[n]ella definizione e nell’attuazione di tutte le politiche ed attività dell’Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”. La separazione del campo d’azione degli Stati da un lato, e dell’Unione dall’altro, sembra netta: ai primi la competenza diretta nella prevenzione e nella prestazione delle cure; alla seconda solo l’obbligo – nell’esercizio delle *proprie* politiche ed attività – di tenere alta la guardia sul livello di protezione della salute umana. Insomma l’obbligo a carico dell’Unione dovrebbe essere solo quello di evitare che azioni riguardanti altri campi abbiano ricadute negative in materia di tutela della salute.

Sembrirebbe che proprio su questa linea si sia mossa la giurisprudenza che abbiamo illustrato, per giungere però ad esiti che possono apparire dirompenti. Nella definizione della corretta interpretazione e attuazione delle libertà fondamentali, che costituisce un campo d’azione indubbiamente pertinente all’attività dell’Unione, non potevano non essere considerati gli effetti sulla protezione della salute. Di più – ed è qui che la Corte di giustizia compie un passo *ulteriore* ma nondimeno coerente con le premesse – le condizioni oggettive legate alla salute del paziente che determinano il sorgere dell’obbligo al rilascio dell’autorizzazione a farsi curare all’estero – e che provocano il superamento del limite ultimo alle restrizioni giustificate in materia di libera circolazione⁵² – costituiscono al medesimo tempo una circostanza che in qualche modo giunge a ridurre la portata della stessa regola della competenza esclusiva statale nell’organizzazione dei servizi sanitari. Ciò appare assolutamente chiaro al punto 75 delle motivazioni (testé riportato), in cui la Corte individua il criterio-guida da seguire nella gestione delle liste d’attesa nella ineludibile considerazione della “situazione medica” e dei “bisogni clinici dell’interessato”, quali essi si presentano concretamente al momento della richiesta del modello E 112. L’autonomia degli Stati insomma non può arrivare al punto di sacrificare alle necessità – eccessivamente rigide – del modello gestionale prescelto la valutazione concreta, caso per caso, del quadro clinico del paziente. La tutela della salute infatti, giustifica il fatto che gli Stati, dovendo mettere in piedi un’organizzazione complessa, possano anche mantenere delle restrizioni alle libertà fondamentali garantite dal Trattato; tuttavia se tale tutela non è più assicurata secondo le condizioni individuate dalla Corte, non costituisce più neanche una valida giustificazione alla detta restrizione al funzionamento del mercato interno.

⁵² I motivi di sanità pubblica, in grado di costituire una restrizione giustificata alla libera circolazione dei servizi, sussistono solo qualora lo Stato abbia al proprio interno assicurato un certo tipo di assetto per l’erogazione dei servizi sanitari: in tal caso, anche se il paziente fosse in grado di trovare un altro sistema sanitario all’interno dell’Unione in grado di prestare le cure di cui egli ha bisogno *ancora più rapidamente*, non avrebbe diritto al modulo E 112 per farsi curare in quest’altro Paese. Tale diritto sorge solo ove i tempi di attesa nel suo Stato di iscrizione siano *irragionevoli*, alla luce dei criteri individuati dalla Corte. Cfr. *supra*, par. 4.

5. L'idea che la Corte ed oggi la Commissione – che come spiegheremo sta avviando una “consultazione” in materia – siano state spinte nella loro azione unicamente dall'intento di migliorare il livello di salute dei cittadini comunitari non sarebbe priva di un certo candore. Come siamo venuti illustrando, ai sensi dell'art. 35 della Carta di Nizza l'Unione semplicemente deve preoccuparsi delle ricadute in tema di salute nell'attuazione delle proprie politiche, concernenti direttamente altri settori. Si ripropone qui il confronto tra le logiche mercantili-stiche e quelle ispirate a modelli di solidarietà variamente intesi e articolati, confronto destinato a non abbandonare la scena. La salute insomma è, e rimarrà, anche un *business* e di questo l'Unione non potrà non tener conto, pur tutelando preminentemente – come tutti i privati cittadini si augurano – le esigenze dei singoli. In quanto tale, cioè in quanto affare, il fenomeno-salute ha assunto nei Paesi membri una crescente importanza negli ultimi anni, specie per quanto riguarda la prestazione di cure al di fuori del proprio Stato di residenza⁵³. Da questo crescente movimento di pazienti, ed anche di professionisti, ha preso le mosse l'iniziativa della Commissione⁵⁴.

La Commissione sta lanciando una consultazione, che dovrebbe prendere l'avvio con una comunicazione. In concreto essa, stando a quanto è stato dichia-

⁵³ A questo proposito, nelle conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, causa *Watts*, cit., punto 23, si parla di “mercato emergente transnazionale di servizi per la salute”, rispetto al quale il problema principale è costituito dalle “condizioni di finanziamento di dette cure”. Cfr. anche M. FUCHS, *op. cit.*, p. 546. A livello di spese statali, si stima che queste potrebbero crescere da qui al 2050 di circa uno o due punti percentuali in termini di PIL in molti Stati membri, complici gli alti costi delle cure più evolute (essendo impiegate tecnologie avanzate), cure che essendo sempre più efficaci generano una domanda crescente; domanda che a sua volta aumenta anche a causa dell'invecchiamento medio della popolazione (cfr. i documenti citati alla nota successiva).

⁵⁴ Cfr. il resoconto della conferenza stampa in cui il Commissario alla salute e alla protezione dei consumatori Markos Kyprianou ha annunciato la decisione della Commissione di avviare questa consultazione: documento contrassegnato dalla sigla IP/06/1150, del 5 settembre 2006. Cfr. anche il più ampio MEMO/06/319 della stessa data presentato in forma di domande e risposte. Entrambi sono reperibili *on line* sul sito www.europa.eu (pagine visitate il 20 gennaio 2007). Su tale iniziativa della Commissione cfr. in sintesi E. BRIVIO, *La Ue rilancia la libertà di cura*, in *Il Sole-24 ore* del 6 settembre 2006, p. 28. In realtà la Commissione sta lavorando da tempo al problema, stimolata dal (temuto) impatto dei *dicta* della Corte sui sistemi nazionali. In seguito alle conclusioni del Consiglio dei ministri della salute del 26 giugno 2002, la Commissione invitò i ministri degli Stati a prendere parte ad un “*high-level process of reflection on patient mobility and health care developments*”, co-presieduto dai commissari Byrne e Diamantopoulou, e con la ulteriore presenza del commissario Bolkestein. Il Rapporto giunto al termine di questo lavoro, presentato nel 2003, fu seguito dalla richiesta degli Stati alla Commissione di presentare una proposta per fare chiarezza dopo le pronunce della Corte. Il progetto fu inserito nella proposta di direttiva sui servizi (COM(2004)2 def., del 13 gennaio 2004), ma tale proposta andò incontro ad una bocciatura, inducendo la Commissione a sviluppare una proposta specifica sui servizi sanitari. Il primo atto che la Commissione ha posto in essere in seguito al Rapporto del 2003 è stata la comunicazione COM(2004)301 def., del 20 aprile 2004; si è quindi dato vita ad un *High Level Group on health services and medical care* le cui aree di lavoro sostanzialmente coincidono con le materie sulle quali la Commissione sta avviando la consultazione. Tutti i documenti più importanti riguardanti il lavoro di questi gruppi sono reperibili *on line* sul sito ec.europa.eu.

rato alla stampa, prenderà le mosse dagli “input” degli Stati membri, del Parlamento europeo e di altri soggetti coinvolti: pazienti, professionisti che lavorano nel campo, prestatori di servizi, nonché autorità nazionali e regionali che si occupano di sanità pubblica. L’obiettivo principale è quello di assicurare la certezza del diritto nel campo delle condizioni per ottenere prestazioni sanitarie in un altro Paese membro, a spese dello Stato presso cui si è assicurati. Ancora la consultazione dovrà riguardare i seguenti aspetti: le informazioni che dovranno essere rese accessibili ai pazienti sulle cure disponibili negli altri Stati membri; individuazione di una autorità responsabile per la supervisione delle cure da riceversi all’estero; regole sulla responsabilità per danni che si dovessero subire in occasione di trattamenti sanitari in altro Paese membro (ciò accade nel 10% circa dei casi) e sul relativo risarcimento; diritti dei pazienti; supporto ai sistemi sanitari nazionali attraverso una cooperazione in materia a livello europeo. Più in dettaglio si parla di costituire una rete di “*centres of reference*” a livello europeo, di avviare una collaborazione nella valutazione di nuove tecnologie, di creare una base comune attraverso dati e indicatori confrontabili per la condivisione di “*best practices*”, ed infine di messa a punto di migliori metodi per la valutazione dell’impatto di nuove proposte sui sistemi sanitari. In uno dei documenti diffusi⁵⁵, si asserisce che la revisione accurata e la comparazione (di tutti i dati così raccolti) sono assicurate dall’*open method of coordination for healthcare and long-term care*. Le proposte della Commissione arriveranno al termine della procedura, nel corso del 2007.

Da quanto riportato, risulta evidente l’importante ruolo ricoperto, tra le novità in tema di *patient mobility*, dal “*metodo aperto di coordinamento*”⁵⁶. Esso consiste nell’uso dei nuovi metodi di coordinamento, che sono stati sperimentati inizialmente nell’ambito della politica economica e della *European*

⁵⁵ MEMO/06/319, cit.

⁵⁶ Per la prima volta definito dal Consiglio europeo di Lisbona del 2000, dopo che aveva trovato già applicazione in alcuni ambiti, nella materia che ci occupa trova uno dei suoi campi d’azione più importanti. Cfr. in proposito D. M. TRUBEK, L. TRUBEK, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Co-ordination*, in *ELJ*, 2005, p. 343 ss.; da un punto di vista più generale: A. SCHÄFER, *Resolving Deadlock: Why International Organisations Introduce Soft Law*, *ivi*, 2006, p. 194 ss., spec. p. 204 ss.; da ultima E. SZYSZCZAK, *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, *ivi*, p. 486 ss. Nella dottrina italiana cfr. il sintetico, ma assai completo e puntuale contributo di S. CAFARO, voce *Metodo Aperto di Coordinamento*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, IV, 2006, p. 3627 ss.; per altri riferimenti cfr. F. RAVELLI, *Il “MAC” nella dottrina italiana e straniera: una bibliografia ragionata*, in M. BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, 2006, p. 377 ss. Anche la dottrina che più ha criticato le decisioni della Corte affida (anche) all’applicazione di questo metodo l’uscita dal vicolo cieco in cui ci si sarebbe chiusi. In particolare M. FUCHS, *op. cit.*, p. 554, auspica un intervento sul regolamento 1408/71, *cit.*, che a suo parere resta l’unica fonte legale rilevante in materia e, in secondo luogo, l’adozione di iniziative da parte di istituzioni competenti a livello nazionale che portino ad accordi per la prestazione transfrontaliera di servizi sanitari. Nel quadro di questo secondo tipo di iniziative, ci sarebbe spazio per l’*open method of coordination*, il cui sviluppo “forse” potrebbe aprire nuove possibilità per il raggiungimento di “*cross-border arrangements*”.

Employment Strategy. Affonda le sue radici nell'utilizzazione di strumenti di *soft law* nell'ambito di diverse Organizzazioni internazionali e, per quanto riguarda in particolare l'Unione europea, nei procedimenti di *peer review*, nonché nel lavoro di monitoraggio svolto dalla Commissione su strumenti di *hard law*⁵⁷. L'azione di coordinamento tipicamente svolta dalle istituzioni comunitarie, in ipotesi di difficile attuazione, può essere messa in atto ad un doppio livello. In primo luogo, dopo aver stabilito a livello europeo un calendario e delle *guidelines* comuni, le autorità nazionali danno il via ad una condivisione dei dati raccolti attraverso strumenti di valutazione omogenei e confrontabili e allo scambio di "*best practices*". In secondo luogo, a partire da una *cultura* comune così costruita riguardo al settore e alla valutazione dei problemi che lo caratterizzano, è possibile che siano maggiormente condivisi gli obiettivi da raggiungere attraverso un intervento di coordinamento e/o regolazione⁵⁸.

I limiti di questo studio impongono di offrire solo alcune brevi considerazioni conclusive riguardo all'applicazione del *metodo aperto di coordinamento* al settore sanitario. Tale settore, per essere caratterizzato da una precisa riserva di competenza agli Stati, che però è stata l'oggetto di qualche forzatura da parte della Corte, ben si presta ad un tentativo di regolazione attraverso questo nuovo strumento. Gli aspetti positivi sono piuttosto rilevanti.

⁵⁷ Cfr. E. SZYSZCZAK, *op. cit.*, p. 486 s. Secondo la ricostruzione offerta dall'autrice il metodo di cui parliamo si caratterizza innanzitutto per non comportare un cambio "sistemico" dell'assetto costituzionale di base del 1957. In questo senso è possibile una distinzione tra "*old governance*", legata al metodo comunitario, e "*new governance*", che si pone al di fuori delle strutture costituzionali dell'UE. Ma d'altro canto, esso può essere visto come un prodotto della capacità del processo di integrazione all'interno dell'Unione di "reinventare se stesso": in tal senso esso troverà applicazione in settori in cui è necessario un intervento dell'Unione, ma nei quali è difficile raggiungere un accordo sul livello al quale tale intervento deve avvenire e sul come gli obiettivi dell'intervento normativo medesimo devono essere raggiunti. L'idea è quella di aggirare con un metodo "sperimentale" alcuni problemi tipici dell'azione comunitaria: essenzialmente la limitata capacità di assumere decisioni a livello politico (specie in campi che non appaiono essenziali per il progetto comunitario nel suo complesso o nel suo "nocciolo duro") e gli stessi limiti di competenza dell'Unione. Sulla utilizzazione del metodo nell'ambito della *European Employment Strategy*, cfr. soprattutto D. M. TRUBEK, L. TRUBEK, *op. cit.* In questo studio si ricorda come indagini sull'efficacia di strumenti di *soft law* per il processo di integrazione europea siano già state condotte in passato, e si richiama F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in S. MARTIN (ed.), *The Construction of Europe, Essays in Honour of Emile Noël*, Dordrecht, Boston, London, 1994, p. 198.

⁵⁸ Tale convergenza di orientamenti può infatti portare ad un meno traumatico trasferimento di competenze all'Unione. Il trasferimento di competenze e la conseguente regolazione attraverso le forme classiche dell'azione comunitaria non è però necessariamente l'obiettivo del *metodo*, almeno non lo è in tutti i casi. Molto sarebbe ancora da precisare riguardo il *metodo aperto di coordinamento*. Tuttavia non è questa la sede per farlo e si rimanda quindi agli studi citati. Richiamiamo qui brevemente solo due ulteriori aspetti: 1) il detto metodo non è stato codificato, neanche nel nuovo Trattato costituzionale, proprio perché caratterizzato da una particolare flessibilità; 2) esso è uno strumento ulteriore rispetto a quelli offerti rispettivamente dagli articoli 95 e 308 TCE. Cfr. ancora E. SZYSZCZAK, *op. cit.*, p. 490.

Innanzitutto viene recuperato un importante ruolo nel processo di *decision-making* per le amministrazioni nazionali, protagoniste nell'erogazione dei servizi sanitari; esse potranno entrare direttamente in contatto con l'ambiente comunitario e contribuire alla costruzione di un approccio comune. Ciò dà il non trascurabile vantaggio di non far percepire la regolazione comunitaria, quando e se essa sarà messa a punto, come promanante da una fonte fundamentalmente estranea alla propria realtà, agli operatori che saranno chiamati a darle concreta esecuzione.

In secondo luogo, l'emanazione di atti dell'Unione sarà un traguardo che verrà raggiunto con gradualità, impegnando nel frattempo gli Stati ad una messa a punto e ad una verifica progressive degli strumenti che diverranno poi vincolanti per tutti.

In terzo luogo, la fase ascendente e quella discendente del processo normativo non risulteranno rigidamente separate, ma sulla base di una reciproca interazione tra autorità nazionali e dell'Unione si tenderà ad un bilanciamento ottimale degli interessi coinvolti⁵⁹.

È chiaro che solo gli esiti di tutto il processo, e la verifica degli strumenti normativi così posti in essere, potranno testimoniare se il metodo seguito avrà dato, o meno, buona prova. Ci limitiamo a due ultime notazioni. *In primis*, non è possibile tacere lo scarso ruolo che in tutto l'*iter* è riservato ai parlamenti nazionali, in linea con la tendenza di crescente de-parlamentarizzazione che, da un punto di vista più generale, e almeno per ciò che riguarda le competenze di più recente acquisizione, caratterizza i processi decisionali in seno all'Unione europea⁶⁰. Infine, l'articolazione su più livelli dei ruoli decisionali e la crescente importanza (in principio assolutamente condivisibile, specie in un campo come quello sanitario) assunta dalle valutazioni di ordine tecnico, se da un lato facilita il raggiungimento di soluzioni condivise, proprio in quelle materie ove questo sembra più difficile, dall'altro fa sorgere il legittimo sospetto che ci si apra a nuove procedure in cui la responsabilità politica delle decisioni è polverizzata.

⁵⁹ Lo schema sommariamente tratteggiato e questi che sono stati presentati come alcuni dei suoi aspetti positivi, inducono a qualificarlo come un'ulteriore e più articolata ipotesi di interazione a livello verticale (tra Unione e amministrazioni nazionali) e a livello orizzontale (tra autorità amministrative nazionali), rispetto a quelle classificate da un'autorevole dottrina: S. CASSESE, *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in AA.VV., *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, p. 17 ss., in specie p. 23 ss.

⁶⁰ E. SZYSZCZAK, *op. cit.*, p. 495.

Laura Falcioni

La vendita dei medicinali su internet alla luce del caso C-322/01

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti della causa C-322/01. – 3. Quadro normativo e giurisprudenziale. – 4. Il divieto nazionale di vendita di medicinali su internet e gli articoli 28 e 30 TCE. – 5. Considerazioni conclusive.

1. La vendita di medicinali su internet costituisce un fenomeno in rapida diffusione per il quale, nonostante le numerose perplessità sollevate da tale modalità di accesso al farmaco¹, ancora non è stata adottata una specifica regolamentazione a livello comunitario. La sentenza *Farmacisti tedeschi*², nella quale la Corte di giustizia si è per la prima volta pronunciata su questioni riguardanti l'attività delle c.d. “farmacie virtuali” o “farmacie *on line*”, riveste dunque una notevole importanza, in quanto evidenzia le varie disposizioni comunitarie allo stato attuale applicabili al commercio di medicinali su internet ed i limiti che il diritto comunitario impone alla libertà degli Stati membri di adottare misure restrittive alla circolazione dei farmaci.

2. La sentenza in esame decide su una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 TCE, nel corso di un giudizio incardinato innanzi il Landgericht di Francoforte. In tale procedimento, la *Deutscher Apothekerverband* (un'associazione nazionale di farmacisti tedeschi) aveva chiamato in giudizio una farmacia olandese, la *Doc Morris* (autorizzata dalle competenti autorità nazionali all'esercizio dell'attività di vendita diretta dei farmaci), sostenendo che quest'ultima avesse violato una serie di disposizioni normative tedesche (contenute nella *Arzneimittelgesetz*, legge relativa ai medici-

¹ L'Organizzazione mondiale della sanità nel 1999 ha divulgato un opuscolo, intitolato *Medical products and the Internet – A guide to finding reliable information*, nel quale ha evidenziato i numerosi rischi cui il consumatore può andare incontro attraverso l'acquisto di medicinali *on line* (WHO/EDM/QSM/99.4, Geneva 1999; www.who.int, reperibile *on line*). A livello europeo il Comitato farmaceutico (facente capo alla Commissione, Direzione generale imprese/settore farmaci) sta attualmente studiando i problemi della distribuzione dei farmaci anche con riferimento al commercio elettronico.

² Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband (Farmacisti tedeschi)*, *Raccolta*, p. I-14887 ss.

nali, di seguito AMG, e nella *Heilmittelwerbegesetz*, legge in materia di pubblicità dei medicinali, di seguito HWG) per aver offerto in vendita, su un sito internet da essa gestito, medicinali per uso umano autorizzati all'immissione in commercio in Olanda o in Germania, presentati in lingua tedesca e destinati a consumatori finali residenti in Germania. I farmaci ordinati da clienti tedeschi potevano essere ritirati di persona presso la farmacia di proprietà della Doc Morris in Olanda o consegnati con un servizio di corriere direttamente alla destinazione indicata. I medicinali venduti attraverso il sito *web* della Doc Morris erano sia prodotti da banco, sia farmaci soggetti a prescrizione medica, purché, in quest'ultimo caso, l'ordine fosse accompagnato dalla presentazione di una ricetta medica originale. A tale riguardo, occorre sottolineare che, al fine di classificare un medicinale come soggetto a prescrizione medica, la Doc Morris faceva sempre riferimento alle norme nazionali più rigorose, che potevano di volta in volta essere quelle del Paese di provenienza (Olanda) o quelle del Paese di destinazione (Germania) del medicinale ordinato³.

La Deutscher Apothekerverband sosteneva che la descritta modalità di vendita su internet da parte della Doc Morris violasse l'AMG e la HWG, che vietano rispettivamente (i) la vendita per corrispondenza e (ii) la pubblicità volta ad incoraggiare la vendita per corrispondenza dei medicinali la cui commercializzazione è riservata esclusivamente alle farmacie o di cui non sia stata ancora autorizzata l'immissione in commercio in Germania. Alla luce di tali deduzioni, il giudice tedesco decideva di ricorrere alla Corte di giustizia affinché quest'ultima verificasse in via pregiudiziale se le menzionate disposizioni contenute nell'AMG e nella HGW fossero compatibili con il diritto comunitario e, più specificamente, con le disposizioni in materia di libera circolazione delle merci.

3. In base alla domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Tribunale tedesco, la Corte è stata chiamata a giudicare, per la prima volta, se – ed entro quali limiti – gli Stati membri possano legittimamente limitare la vendita di medicinali per uso umano da parte di farmacie stabilite in un altro Stato membro

³ Valga a tale riguardo ricordare che ai sensi dell'art. 70 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, *GUCE* L 311, 28 novembre 2001, p. 67 – di seguito “codice comunitario” – nonché, prima della sua entrata in vigore, ai sensi dell'art. 2, par. 1, e dell'art. 3 della direttiva 92/26/CEE del Consiglio, del 31 marzo 1992, concernente la classificazione in materia di fornitura dei medicinali per uso umano, *GUCE* L 113, 30 aprile 1992, quando le autorità competenti di uno Stato membro autorizzano l'immissione sul mercato di un medicinale, esse devono precisare la sua classificazione o come medicinale soggetto a prescrizione medica o come medicinale non soggetto a tale prescrizione, applicando i seguenti criteri valutativi: “I medicinali sono soggetti a prescrizione medica quando: possono presentare un pericolo, direttamente o indirettamente, anche in condizioni normali di utilizzazione, se sono usati senza controllo medico, o sono utilizzati spesso, e in larghissima misura, in condizioni anormali di utilizzazione e ciò rischia di mettere in pericolo direttamente o indirettamente la salute, o contengono sostanze o preparazioni a base di tali sostanze, di cui è indispensabile approfondire l'attività e/o gli effetti secondari, oppure sono, salvo eccezioni, prescritti da un medico per essere somministrati per via parenterale”.

sulla base di ordini individuali effettuati da consumatori via internet. L'esame di tale questione ha, dunque, sollecitato la Corte di giustizia ad una nuova riflessione sull'interpretazione del principio della libera circolazione delle merci, nonché di una serie di disposizioni di diritto derivato⁴.

A tale ultimo riguardo occorre rilevare che, pur in assenza – come detto – di una normativa specifica che disciplini in maniera completa ed unitaria l'attività delle farmacie virtuali, le direttive comunitarie in materia di commercio a distanza (direttiva 97/7/CE sui contratti a distanza⁵ e direttiva 97/36/CE sulle televendite⁶), di pubblicità dei medicinali (direttiva 92/28/CE)⁷ e di commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE)⁸ prevedono disposizioni normative in grado di incidere, direttamente o indirettamente, su tale attività⁹.

In particolare, l'art. 14¹⁰ della direttiva 97/7/CE consente agli Stati membri, per finalità connesse alla protezione della salute pubblica e nel rispetto del

⁴ Come giustamente sottolineato dall'Avvocato generale Stix-Hackl nelle proprie conclusioni dell'11 marzo 2003: "La presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sulle c.d. 'farmacie internet', vale a dire sulla questione se gli Stati membri possano legittimamente limitare la vendita di medicinali per uso umano da parte di farmacie stabilite in un altro Stato membro sulla base di ordinazioni individuali effettuate da consumatori via internet, questione che implica, in particolare, l'interpretazione del principio della libera circolazione delle merci e di una serie di disposizioni di diritto derivato" (punto 1).

⁵ Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, *GUCE* L 144, 4 giugno 1997.

⁶ Direttiva 97/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 1997, che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive ("Direttiva sulla televisione senza frontiere"), *GUCE* L 202, 30 luglio 1997.

⁷ Direttiva 92/28/CE, del 31 marzo 1992, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano, *GUCE* L 113, 30 aprile 1992. Le disposizioni di questa direttiva, a decorrere dal 18 dicembre 2001, sono state inglobate nel codice comunitario.

⁸ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("direttiva sul commercio elettronico"), *GUCE* L 178, 17 luglio 2000.

⁹ A tali disposizioni vanno – ovviamente – ad aggiungersi le regole generali applicabili in materia di autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci. Senza addentrarci nelle assai complesse disposizioni normative che regolano le procedure di immissione al commercio dei farmaci (centralizzata o decentralizzata), basti in questa sede ricordare che in base all'art. 6, par. 1 del codice comunitario (e, fino al 18 dicembre 2001, in base all'art. 3 della direttiva 65/65/CEE del Consiglio del 26 gennaio 1965, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, *GUCE* L 22, 9 febbraio 1965): "Nessun medicinale può essere immesso in commercio in uno Stato membro senza un'autorizzazione all'immissione in commercio delle autorità competenti di detto Stato membro rilasciata a norma della presente direttiva oppure senza un'autorizzazione a norma del regolamento (CEE) n. 2309/93".

¹⁰ L'art. 14 della direttiva 97/7/CE, cit., recita: "Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe compatibili con il Trattato, per garantire al consumatore un livello di protezione più elevato. Dette disposizioni comprendono, se del caso, il divieto, per ragioni d'interesse generale, della commercializzazione nel loro territorio di taluni beni o servizi, in particolare i medicinali, mediante contratti a distanza, nel rispetto del Trattato".

Trattato, di vietare la vendita a distanza di tutti i medicinali. Tutti gli Stati membri, ad eccezione dell'Olanda e del Regno Unito¹¹, hanno recepito tale divieto nelle rispettive legislazioni nazionali, con ciò impedendo alle farmacie stabilite sui territori di propria competenza di vendere prodotti medicinali attraverso contratti conclusi a distanza e, conseguentemente, anche tramite internet. Con riguardo alle modalità di vendita a distanza, tuttavia, è da sottolineare che resta in ogni caso proibita in tutto il territorio dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 14 della direttiva sul “*teleshopping*”, la vendita per televisione di prodotti farmaceutici¹². Un'ulteriore disposizione che appare rilevante in materia di commercio di farmaci *on line* è l'art. 88 del c.d. “codice comunitario”¹³, che ha riorganizzato, a decorrere dal 18 dicembre 2001, la normativa comunitaria in materia di medicinali inglobando – *inter alia* – le disposizioni precedentemente contenute nella direttiva 92/28/CE concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano. Ai sensi di tale codice (e già dell'art. 3 della direttiva 92/28/CE) possono essere oggetto di pubblicità presso il pubblico soltanto i medicinali che non siano soggetti all'obbligo di prescrizione medica¹⁴. Dal momento che, per propria natura, il commercio elettronico di farmaci comporta necessariamente una forma di pubblicità (presentazione e descrizione del farmaco sul sito internet), tale disposizione potrebbe legittimamente estendersi fino ad escludere la possibilità di commercializzare attraverso internet i farmaci soggetti a prescrizione medica (ed

¹¹ In Italia, tale divieto è pre-esistente al recepimento della direttiva 97/7/CE, cit. (il d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185 – che ha recepito tale direttiva – non dispone nulla al riguardo); la vendita per corrispondenza è, infatti, implicitamente vietata dall'art. 122 del T.U. delle leggi sanitarie (R.D. n. 1265/1934) che autorizza la vendita di prodotti medicinali di qualunque genere soltanto in farmacia (“La vendita al pubblico di medicinali a dose o forma di medicamento non è permessa che ai farmacisti e deve essere effettuata nella farmacia sotto la responsabilità del titolare della medesima. Sono considerati medicinali a dose o forma di medicamento, per gli effetti della vendita al pubblico, anche i medicamenti composti e le specialità medicinali, messi in commercio già preparati e condizionati secondo la formula stabilita dal produttore (...”).

¹² L'art. 1 della direttiva 97/36/CE, cit., ha, infatti, aggiunto all'art. 14 della direttiva 89/552/CE, cit., il seguente paragrafo: “2. È vietata la televendita dei medicinali soggetti ad autorizzazione d'immissione sul mercato ai sensi della direttiva 65/65/CEE del Consiglio, del 26 gennaio 1965, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative ai medicinali, nonché la televendita di cure mediche”.

¹³ V. *supra*, nota 3.

¹⁴ L'art. 88 del codice comunitario prevede che gli Stati membri vietino la pubblicità presso il pubblico dei medicinali (i) che possono essere forniti soltanto dietro presentazione di ricetta medica, conformemente alla direttiva 92/26/CEE del Consiglio; (ii) che contengono psicotropi o stupefacenti ai sensi delle convenzioni internazionali; e (iii) che non possono formare oggetto di pubblicità presso il pubblico conformemente al par. 2, comma 2. Possono, al contrario, essere oggetto di pubblicità presso il pubblico i medicinali che, per la loro composizione ed il loro obiettivo, sono previsti e concepiti per essere utilizzati senza intervento di un medico per la diagnosi, la prescrizione o la sorveglianza del trattamento, se necessario con il consiglio del farmacista. Gli Stati membri vietano la menzione, nella pubblicità presso il pubblico, di indicazioni terapeutiche quali le seguenti: tubercolosi, malattie sessualmente trasmissibili, altre malattie infettive gravi, cancro ed altri tumori, insonnia cronica, diabete ed altre malattie del metabolismo.

infatti, come si evidenzierà nel paragrafo successivo, la Corte si è specificamente pronunciata su questo punto nella sentenza in esame).

L'art. 3 della direttiva sul commercio elettronico, infine, autorizza l'adozione di provvedimenti nazionali restrittivi in deroga al principio della libera circolazione dei servizi elettronici che siano necessari per la tutela della sanità pubblica e proporzionati all'inibizione di un servizio che costituisca un rischio serio e grave di pregiudizio a tale obiettivo¹⁵. La direttiva sul commercio elettronico, dunque, pur mirando ad assicurare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli Stati membri, lascia impregiudicati il livello di tutela della sanità pubblica e dei consumatori già garantito dagli strumenti comunitari esistenti¹⁶ ed i requisiti legali legittimamente adottati dagli Stati membri in materia di distribuzione di prodotti medicinali¹⁷.

A livello giurisprudenziale, il precedente che ricorda maggiormente l'oggetto del caso *Farmacisti tedeschi* è costituito dal celebre caso *Schumacher*¹⁸. In tale occasione la Corte aveva giudicato incompatibile con gli articoli 28 e 30 del TCE “la disposizione nazionale che vieti l'importazione, da parte di un singolo, per le proprie esigenze personali, di medicinali autorizzati nello Stato membro d'importazione, venduti in tale Stato senza ricetta medica ed acquistati in una farmacia di un altro Stato membro”¹⁹, ciò in quanto, per i farmaci da banco, la consulenza da parte di una farmacia di un altro Stato membro era stata ritenuta equivalente a quella fornita da una farmacia nazionale²⁰. Sebbene il

¹⁵ L'art. 3 dispone, infatti: “(...) 2. Gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la libera circolazione dei servizi [della] società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro. (...) 4. Gli Stati membri possono adottare provvedimenti in deroga al paragrafo 2, per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione, in presenza delle seguenti condizioni: a) i provvedimenti sono: i) necessari per una delle seguenti ragioni: (...) tutela della sanità pubblica; (...) tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori; ii) relativi a un determinato servizio della società dell'informazione lesivo degli obiettivi di cui al punto i) o che costituisca un rischio serio e grave di pregiudizio a tali obiettivi; iii) proporzionati a tali obiettivi”.

¹⁶ A tale riguardo, il considerando 11 della direttiva 2000/31/CE, cit., fa esplicito riferimento alla direttiva 97/7/CE, cit. (considerandola “un'acquisizione essenziale per la tutela del consumatore in materia contrattuale”) ed alla direttiva 92/28/CE, cit., in materia di pubblicità dei medicinali.

¹⁷ Il considerando 21 della direttiva 2000/31/CE, cit., dispone, infatti: “(...) L'ambito regolamentato comprende unicamente requisiti riguardanti le attività in linea, quali l'informazione in linea, la pubblicità in linea, la vendita in linea, i contratti in linea, e non comprende i requisiti legali degli Stati membri relativi alle merci, quali le norme in materia di sicurezza, gli obblighi di etichettatura e la responsabilità per le merci, o i requisiti degli Stati membri relativi alla consegna o al trasporto delle merci, compresa la distribuzione di prodotti medicinali (...)”.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1989, causa C-215/87, *Heinz Schumacher c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, Raccolta, p. I-617.

¹⁹ *Ibidem*, massima.

²⁰ Al punto 20 della sentenza *Schumacher*, la Corte afferma che “l'acquisto del medicinale nella farmacia di un altro Stato membro fornisce infatti una garanzia equivalente a quella fatta valere dai governi tedesco e danese e che deriva dalla vendita del medicinale ad opera di una farmacia dello Stato membro in cui il medicinale è importato da un privato. Tale considerazione è tanto più decisiva in quanto le condizioni di accesso alla professione di farmacista e le modalità del suo

caso *Schumacher* avesse ad oggetto ordini individuali inviati per posta ordinaria dietro “spontanea” attivazione da parte del richiedente di altro Stato membro (e non, dunque, attraverso modalità elettroniche “promosse” via internet), è interessante rilevare come la Corte di giustizia abbia ritenuto fondamentale, al fine di giudicare la legittimità (*rectius*: proporzionalità) del divieto nazionale in questione, distinguere fra medicinali autorizzati e non autorizzati e fra medicinali soggetti a prescrizione medica e da banco. Tale distinzione risulterà altrettanto determinante nelle motivazioni della sentenza *Farmacisti tedeschi*.

4. Nella sentenza in esame, la Corte di giustizia analizza in primo luogo le disposizioni dell’AMG e, in particolare, il divieto generale di vendita di medicinali non autorizzati in essa contenuto. A tale riguardo, la Corte rileva che un analogo divieto è previsto anche a livello comunitario dall’art. 3 della direttiva 65/65/CEE²¹ sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative ai medicinali (poi sostituito dall’art. 6, par. 1, del codice comunitario), ai sensi del quale solo i medicinali che abbiano ottenuto un’autorizzazione all’immissione al commercio rilasciata o dall’autorità competente di tale Stato o ai sensi della procedura centralizzata comunitaria²² possono essere liberamente venduti sul mercato di un altro Stato membro. Di conseguenza, la norma nazionale in questione “con cui lo Stato membro adempie i suoi obblighi derivanti dalla direttiva 65/65 e dal codice comunitario non può qualificarsi misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all’importazione ai sensi dell’art. 28 TCE”²³.

La Corte passa, quindi, all’esame del divieto nazionale di vendita per corrispondenza dei medicinali che abbiano già ottenuto un’autorizzazione all’immissione in commercio sul mercato tedesco e la cui vendita sia riservata alle farmacie per verificarne la compatibilità con il principio comunitario di libera circolazione delle merci.

Tale divieto viene, in questo caso, giudicato dalla Corte come una misura di effetto equivalente ai sensi dell’art. 28 TCE, in quanto colpisce in modo più pregiudizievole le farmacie situate in altro Stato membro (privandole dello strumento più efficace a loro disposizione per la penetrazione del mercato tedesco: internet), rispetto a quelle situate in Germania²⁴.

esercizio sono state oggetto delle direttive 85/432 e 85/433 del Consiglio del 16 settembre 1985 (GUCE L 253, 24 settembre 1985, pp. 34 e 37)”.

²¹ V. *supra*, nota 8.

²² La procedura centralizzata è regolata dal regolamento (CE) n. 2309/93 del Consiglio, del 22 luglio 1993, che stabilisce le procedure comunitarie per l’autorizzazione e la vigilanza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce un’Agenzia europea di valutazione dei medicinali, GUCE L 214, 24 agosto 1993.

²³ Sentenza *Farmacisti tedeschi*, cit., punto 53.

²⁴ Afferma la Corte che “un divieto simile a quello in esame nella causa principale arreca un pregiudizio più significativo alle farmacie situate fuori della Germania che a quelle situate sul territorio tedesco. Se rispetto a queste ultime è difficilmente contestabile che tale divieto le privi di un mezzo supplementare o alternativo di raggiungere il mercato tedesco dei consumatori finali

La Corte, sulla base della propria giurisprudenza, rileva che una misura idonea a produrre un effetto restrittivo sulle importazioni di prodotti farmaceutici è compatibile con il Trattato, ai sensi di quanto previsto dall'art. 30 TCE, solo a condizione che sia necessaria a proteggere efficacemente la salute pubblica e che tale risultato non sia raggiungibile in modo altrettanto efficace con provvedimenti meno restrittivi per gli scambi intracomunitari²⁵.

Con particolare riferimento alla vendita di medicinali per corrispondenza, la Corte riconosce che gli unici argomenti che potrebbero giustificare il divieto di una tale modalità di commercializzazione sono “quelli che riguardano la necessità di fornire una consulenza personalizzata al cliente e di assicurare la tutela del medesimo al momento della consegna dei medicinali, nonché la necessità di controllare l'autenticità delle ricette mediche e di garantire un approvvigionamento in medicinali esteso ed adeguato ai bisogni”²⁶. Tale giustificazione viene, dunque, esaminata dalla Corte con riferimento ai medicinali che non sono soggetti a prescrizione medica e, successivamente, a quelli che invece lo sono. Come già indicato nel paragrafo precedente, infatti, ai sensi della normativa comunitaria le due categorie di medicinali, pur essendo entrambe soggette all'obbligo di previa autorizzazione all'immissione in commercio, possono godere a livello nazionale di un diverso trattamento per quanto riguarda le modalità di vendita e di pubblicità²⁷.

Con riferimento alla categoria dei prodotti farmaceutici da banco, la Corte è categorica nell'affermare che nessuna delle invocate giustificazioni connesse alla protezione della salute e della vita delle persone possa validamente giustificare il divieto assoluto della vendita per corrispondenza dei medesimi. A tale riguardo, la Corte sottolinea anzi che, per taluni aspetti, “l'acquisto via internet potrebbe presentare dei vantaggi, come la possibilità di inoltrare ordinativi da casa o dall'ufficio, senza bisogno di spostarsi, e di formulare con calma le

di medicinali, cionondimeno esse conservano la possibilità di vendere i medicinali nelle loro farmacie. Al contrario, internet costituirebbe un mezzo più importante per le farmacie che non sono stabilite sul territorio tedesco di raggiungere direttamente tale mercato. Un divieto che colpisse in misura maggiore le farmacie stabilite al di fuori del territorio tedesco potrebbe essere tale da ostacolare maggiormente l'accesso al mercato dei prodotti provenienti da altri Stati membri rispetto a quello dei prodotti nazionali” (punto 74).

²⁵ Le sentenze citate dalla Corte con riferimento al settore farmaceutico sono quella *Schumacher* (punti 17 e 18); *Delattre* (sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991, causa C-369/88, *Raccolta*, p. I-1487, punto 53); *Eurim-Pharm* (sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 1991, causa C-347/89, *ivi*, p. I-1747, punto 27); *Commissione c. Germania* (sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 1992, causa C-62/90, *ivi*, p. I-2575, punti 10 e 11), nonché *Ortscheit* (sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 1994, causa C-320/93, *ivi*, p. I-5243, punto 17).

²⁶ Sentenza *Farmacisti tedeschi*, cit., punto 106.

²⁷ In sostanza, mentre vi è l'obbligo generale di non pubblicizzare i medicinali soggetti a prescrizione medica, spetta agli Stati membri decidere se consentire o meno tale pubblicità per i medicinali da banco (le televendite sono, comunque, vietate per tutti i medicinali); gli Stati membri hanno, inoltre, la facoltà di vietare la vendita per corrispondenza dei medicinali, stabilendo tuttavia modalità operative per tale divieto che siano in linea con le altre norme del Trattato.

domande da porre ai farmacisti”²⁸ o la riduzione del rischio di possibile impiego scorretto del medicinale “grazie all’aumento degli elementi interattivi esistenti in internet che devono essere utilizzati dal cliente prima di poter procedere ad un acquisto”²⁹.

Ne consegue che, secondo l’opinione della Corte, laddove si tratti di medicinali non soggetti a prescrizione medica, il divieto in questione non è giustificato, in quanto non si può escludere che siano assicurate un’informazione e una consulenza sufficienti.

Per quanto, invece, riguarda i medicinali soggetti a prescrizione medica, stanti i più rigorosi controlli cui è sottoposta la vendita di tali prodotti, la Corte giudica che permetterne la consegna sulla base di una ricetta e senza ulteriore controllo potrebbe aumentare il rischio che le prescrizioni mediche vengano usate in modo abusivo o scorretto; analogamente, la possibilità che l’etichettatura del medicinale si presenti in un’altra lingua può avere conseguenze più nefaste nel caso di medicinali soggetti a prescrizione medica³⁰. Tale modalità di vendita può, inoltre, causare uno squilibrio finanziario del sistema previdenziale e sanitario nazionale³¹. Alla luce di queste considerazioni, un divieto nazionale di vendita per corrispondenza dei medicinali soggetti a prescrizione medica appare giustificato ai sensi dell’art. 30 TCE.

Dopo aver esaminato le questioni attinenti all’applicazione dell’AMG, la Corte passa ad analizzare le disposizioni dell’HWG che vietano la pubblicità relativa alla vendita per corrispondenza di medicinali. A tale proposito, la Corte rileva che, conformemente a quanto stabilito dalla direttiva comunitaria in materia di pubblicità dei medicinali ad uso umano e successivamente dal codice comunitario, gli Stati membri devono vietare la pubblicità dei medicinali che non abbiano ancora ottenuto un’autorizzazione all’immissione in commercio³² o che siano soggetti a prescrizione medica³³. Tale disposizione, dunque, secondo quanto sopra illustrato, impedisce implicitamente la possibilità di procedere alla loro vendita via internet.

²⁸ Punto 113.

²⁹ Punto 114.

³⁰ Punto 119.

³¹ Punto 120. Con riferimento all’argomento dello squilibrio finanziario, occorre osservare che la Germania ha adottato un sistema di prezzi fissi applicabile soltanto alla categoria di medicinali con obbligo di prescrizione medica. Permettere, pertanto, la vendita internazionale di tali medicinali a prezzi liberi metterebbe a repentaglio l’integrità di tale sistema.

³² Tale divieto è, infatti, conforme a quello previsto all’art. 2, par. 1 della direttiva 92/28/CE, cit., sostituito dall’art. 87, par. 1 del codice comunitario (punto 138 della sentenza *Farmacisti tedeschi*).

³³ Anche in questo caso, il divieto è conforme, come osserva la Commissione, all’art. 3, par. 1 della direttiva 92/28/CE, cit., sostituito dall’art. 88, par. 1 del codice comunitario, che istituisce un divieto analogo a livello comunitario. “Pertanto, dato che un siffatto divieto nazionale costituisce un provvedimento di trasposizione nazionale di una misura di armonizzazione comunitaria, non è neppure possibile mettere in questione la sua conformità al Trattato” (punto 139 della sentenza *Farmacisti tedeschi*).

Per quanto riguarda, invece, il divieto della pubblicità relativa alla vendita per corrispondenza dei medicinali la cui fornitura è riservata esclusivamente alle farmacie, nonché il divieto di pubblicità relativa alla vendita dei medicinali effettuata tramite l'importazione individuale, la Corte precisa che l'art. 88, par. 1 del codice comunitario (già art. 3 della direttiva 92/28/CE), vietando la pubblicità dei medicinali soggetti a prescrizione medica, osta all'applicazione di un divieto siffatto a medicinali non soggetti a prescrizione medica³⁴. Un provvedimento di questo genere, infatti, "non può essere giustificato, rispetto ai medicinali summenzionati, dall'asserita necessità della presenza fisica di un farmacista al momento dell'acquisto di questo tipo di medicinali"³⁵ e costituisce, pertanto, una restrizione non necessaria alla circolazione dei farmaci a livello intracomunitario.

5. La Corte di giustizia ha stabilito con la sentenza *Farmacisti tedeschi* che la normativa comunitaria vigente consente agli Stati membri di vietare la vendita a distanza e la pubblicità della medesima (divieto che avrebbe l'effetto di impedire la vendita via internet) soltanto dei medicinali che nel Paese di destinazione non siano ancora stati autorizzati o, se autorizzati, siano soggetti a prescrizione medica. Il divieto assoluto di vendita a distanza (e della relativa pubblicità) di medicinali non soggetti a prescrizione medica costituisce, al contrario, una misura incompatibile con gli articoli 28 e 30 TCE e come tale non può essere utilizzato per impedire la vendita legittima di tali medicinali via internet. Ne consegue che la commercializzazione *on line* di farmaci da banco autorizzati all'immissione in commercio nel Paese di destinazione deve essere consentita in pari misura a tutte le farmacie comunitarie autorizzate alla vendita di tali prodotti.

Sulla base del ragionamento della Corte, sembra tuttavia ammissibile che un divieto di vendita per corrispondenza possa essere giudicato proporzionato ai sensi del diritto comunitario laddove vi siano elementi tali da far ritenere che le farmacie virtuali non siano in grado di fornire una consulenza ed un controllo equivalenti a quelli provenienti dalle farmacie presenti sul territorio nazionale; tale potrebbe essere il caso, ad esempio, in cui il farmacista *on line* non sia in grado di comunicare nella stessa lingua dell'utente internet o venda medicinali che non rispettino gli obblighi di etichettatura³⁶ esistenti nel Paese di destinazione. In effetti, quello che la Corte non ritiene ammissibile è che l'art. 30 TCE

³⁴ Punto 144.

³⁵ Punto 143.

³⁶ Si noti, comunque, che la materia dell'etichettatura è oggetto di una specifica direttiva di armonizzazione fra gli Stati membri (direttiva 92/27/CEE del Consiglio, del 31 marzo 1992, concernente l'etichettatura ed il foglietto illustrativo dei medicinali per uso umano, *GUCE* L 113, 30 aprile 1992, poi sostituita dal codice comunitario). Ai sensi dell'art. 63, par. 1 del codice comunitario (già art. 4, par. 2 della direttiva 92/27/CE, cit.): "Le indicazioni (...) circa l'etichettatura vengono redatte nella o nelle lingue ufficiali dello Stato membro in cui il medicinale è immesso in commercio. La disposizione del comma 1 non osta a che tali indicazioni siano redatte in diverse lingue, purché in tutte le lingue usate siano riportate le stesse indicazioni". È chiaro, in ogni caso,

possa essere invocato “per giustificare un divieto assoluto di vendita per corrispondenza dei medicinali non soggetti a prescrizione medica nello Stato membro interessato”³⁷ e non dunque per giustificare un divieto “relativo”, che scatti solo nel caso di mancato ottemperamento a requisiti nazionali minimi, ragionevoli e proporzionati per il controllo e la protezione della salute e della vita pubblica. Secondo la giurisprudenza della Corte, infatti, proprio l’assenza di controlli costituisce in materia farmaceutica “un aspetto essenziale ai fini della valutazione della necessità di provvedimenti nazionali”³⁸.

Deve notarsi, infine, che nel caso in esame la Corte non si è pronunciata sulla questione se sia proporzionata, ovvero compatibile con il diritto comunitario, una misura nazionale che riservi la vendita dei medicinali da banco solo a farmacie (includendo in questo termine sia le farmacie “reali” che quelle “virtuali”); sembra, pertanto, che debba continuare a farsi riferimento alla precedente posizione della Commissione e dalla giurisprudenza della Corte in materia, in base alla quale la concessione di un’esclusiva di vendita alle farmacie – addirittura anche per prodotti non farmaceutici, come quelli destinati ad un’alimentazione particolare³⁹ – si ritiene compatibile con il diritto comunitario, in quanto – e nei limiti in cui – non determini una sperequazione nel trattamento dei prodotti di altri Paesi comunitari rispetto a quelli nazionali⁴⁰ e laddove non sia possibile il ricorso a strumenti meno restrittivi della concorrenza⁴¹.

che gli Stati membri non possono comunque adottare dei requisiti nazionali in materia di etichettatura che possano tradursi in una ingiustificata restrizione alla libera circolazione dei farmaci.

³⁷ Punto 1 b) della massima.

³⁸ Punto 142 delle conclusioni dell’Avvocato generale Stix-Hackl, cit.

³⁹ Si veda a tale riguardo la sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 1995, causa C-391/92, *Commissione c. Grecia, Raccolta*, p. I-162, nella quale la Corte ha sancito che la disposizione nazionale che limita la vendita di latte trasformato per lattanti (ovvero di un prodotto non farmaceutico, ma destinato ad un’alimentazione particolare) alle sole farmacie “applicandosi, indipendentemente dall’origine dei prodotti di cui trattasi, a tutti gli operatori economici che svolgono la loro attività sul territorio nazionale, (...) non pregiudica la vendita dei prodotti provenienti da altri Stati membri in modo diverso da quella dei prodotti nazionali” e, pertanto, sfugge all’applicazione del divieto delle restrizioni quantitative all’importazione di cui all’art. 28 TCE (massima).

⁴⁰ Anche recentemente, nella sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 2005, causa C-438/02, *Procedimento penale a carico di Kristen Hannner, Raccolta*, p. I-4551, la Corte ha ribadito che “l’art. 86, n. 2, CE può essere fatto valere per giustificare la concessione, da parte di uno Stato membro, ad un’impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale, di diritti esclusivi contrari all’art. 31 CE, qualora l’adempimento della specifica missione affidatale possa essere garantito *unicamente* grazie alla concessione di tali diritti e purché lo sviluppo degli scambi non risulti compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità” (corsivo aggiunto); nel caso di specie, la Corte ha valutato che il monopolio di vendita al dettaglio di medicinali esistente in Svezia fosse contrario all’art. 31, par. 1 TCE, in quanto mancava “una procedura di selezione in grado di escludere qualsiasi discriminazione rispetto ai medicinali in provenienza dagli altri Stati membri” (punto 48).

⁴¹ Nella sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991, causa C-60/89, *Jean Monteil e Daniel Samanni, Raccolta*, p. I-1547, la Corte, pur sancendo che “un monopolio riconosciuto ai farmacisti per la distribuzione di medicinali o altri prodotti può costituire un ostacolo alle importa-

Per quanto riguarda il monopolio detenuto dalle farmacie in Italia, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), in una recente segnalazione sulle modalità di accesso ai farmaci di automedicazione⁴², ha fatto riferimento al ragionamento sotteso alla sentenza in esame⁴³ per sostenere la necessità di riconoscere ai cittadini anche il diritto di poter accedere liberamente e direttamente ai farmaci di automedicazione senza necessità dell'intermediazione del farmacista (per esempio attraverso distributori *self service*)⁴⁴. Sebbene il settore della distribuzione dei farmaci sia stato oggetto di recenti interventi volti a favorirne la liberalizzazione, il suggerimento dell'AGCM non è ancora stato raccolto dal legislatore italiano. La c.d. "legge Bersani"⁴⁵, infatti, pur consentendo a determinati esercizi commerciali⁴⁶ di vendere al pubblico farmaci da banco o di automedicazione e tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, prevede che tale vendita sia effettuata soltanto durante l'orario di apertura dell'esercizio commerciale, in un apposito reparto ed alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine.

zioni", aveva stabilito che "se uno Stato membro opta per riservare la distribuzione di tali prodotti ai farmacisti, un siffatto ostacolo è giustificato, in linea di principio e fino a prova contraria, per i medicinali ai sensi della direttiva 65/65 relativa alle specialità medicinali. Quanto agli altri prodotti, a prescindere dalla loro qualificazione nel diritto interno, spetta al giudice nazionale verificare se il monopolio per la loro distribuzione attribuito ai farmacisti sia necessario ai fini della tutela della sanità pubblica o dei consumatori e se entrambi questi obiettivi non possano conseguirsi mediante strumenti meno restrittivi del commercio intracomunitario" (massima).

⁴² Segnalazione al Parlamento ed al Governo del 14 settembre 2005 sulle modalità di accesso ai farmaci di automedicazione, come disciplinate dalla l. 16 novembre 2001, n. 405; rif. AS312, *Boll.* 36/2005.

⁴³ Secondo l'AGCM tale ragionamento consiste nel "facilitare l'accesso a tali prodotti mediante modalità di acquisto non tradizionali che consentano, ad esempio, ai consumatori europei di accedere a tali medicinali durante gli orari di chiusura degli esercizi".

⁴⁴ Sostiene, infatti, l'AGCM che "in effetti, non si vede quale sia la portata del diritto dei cittadini di accedere liberamente e direttamente ai farmaci di automedicazione se tale accesso deve restare condizionato alla intermediazione del farmacista".

⁴⁵ L. 4 agosto 2006, n. 248 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale).

⁴⁶ Si tratta degli esercizi commerciali di cui all'art. 4, comma 1, lettere d), e) e f) del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (c.d. "esercizi di vicinato", "medie strutture di vendita" e "grandi strutture di vendita").

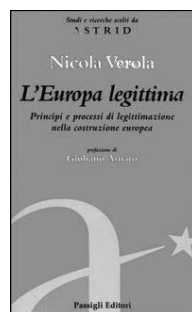


Recensioni

Nicola Verola

L'Europa legittima. Principi e processi di legittimazione nella costruzione europea

Firenze, Passigli, 2006, pp. 309



Doveva prima o poi accadere un intreccio di prospettiva tra la logica diplomatica degli internazionalisti e quella procedurale dei costituzionalisti, in qualche modo già verificatosi nell'esperienza dell'ultimo periodo grazie alla quale si è pervenuti alla realizzazione del testo costituzionale del 29 ottobre 2004. Tale incrocio non è destinato a scomparire nell'attuale fase così incerta e tormentata di valutazione degli esiti di ratifica del processo costituzionale, anch'esso radicato negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri quali fondatori e gestori del processo di integrazione europea in tutte le sue fasi. E ben vengano le indagini grazie alle quali i termini ed i contenuti dell'attuale situazione sono espressamente esplicitati, a partire dagli ordinamenti statali come culla di valori costituzionali definibili dentro e fuori dell'Unione europea. Per effetto dell'esito negativo dei *referendum* tenutisi in Francia ed in Olanda al fine della ratifica del testo costituzionale europeo, è stato messo in discussione quello che appariva ormai ai fautori dell'attuale processo costituzionale come un percorso meno accidentato. Pur tuttavia, la causa primaria di tale rigetto non è da ricercare in presunte colpe, spesso ingiustamente attribuite alla Costituzione europea, bensì in quel sentimento nazionalistico ancora intimamente radicato in diversi Stati europei e non senza ragione. In seguito a questa battuta d'arresto, solo in parte prevista e prevedibile, si presenta ancora più urgente la sempre avvertita necessità di affermare e valorizzare la legittimazione dell'Unione europea.

L'autore, diplomatico di carriera alla nostra Rappresentanza di Bruxelles, inserendosi in tale filone, prende coscienza molto realisticamente delle perplessità e dei dubbi manifestati negli ultimi anni dall'Europa proprio riguardo alla sua legittimazione, specie democratica. È evidente, infatti, che interrogarsi su tale principio significa avanzare dei dubbi sullo stesso; è sintomatico di una crisi di identità e di un bisogno di certezze. Il primo passo da compiersi è chiarire cosa debba intendersi per "legittimità" o "legittimazione": l'autore accoglie l'acce-

zione weberiana, secondo cui con tali termini si indica l'insieme di ragioni che fanno da fondamento al potere e, come ricorda il vice-presidente della *Convention* Giuliano Amato nella Prefazione (pp. 7-10), “rendono accettati l'esercizio di quei poteri da parte di coloro sui quali” l'Europa “li esercita” (p. 7).

Prendendo le mosse da questo presupposto, l'autore si interroga proprio sulle cosiddette ragioni di legittimazione, esaminandole da vicino con l'occhio esperto di questioni euro-costituzionali, vissute anche nel faticoso esercizio della loro pratica. Composta da cinque capitoli, l'opera fa un *distinguo* tra le varie ragioni di legittimazione, da quella negoziale, oggetto del primo capitolo (pp. 19-75), a quella funzionale, che trova collocazione nel secondo (pp. 77-145), fino a descrivere, nel terzo (pp. 147-221), la ricerca di una legittimità democratica. Poi, nel quarto capitolo (pp. 223-264), passa ad affrontare una questione di fondo della “democrazia europea”: quella dell'identità collettiva, intesa come insieme di ragioni comuni e non rinunciabili. Alla luce delle linee tracciate e delle riflessioni compiute intorno ai processi ed ai principi di legittimazione nei primi quattro capitoli, quello conclusivo (pp. 265-309) si propone di lanciare uno sguardo alla prospettiva euro-costituzionale analizzando i problemi che l'Unione è chiamata oggi a risolvere nell'attuale processo di integrazione.

L'opera, così impostata, non si limita ad una sterile disamina dei processi di legittimazione, ma, al contrario, cerca anche di offrire delle possibili soluzioni concrete di fronte all'arresto del percorso di costituzionalizzazione che si è determinato in seguito al già ricordato rifiuto del testo costituzionale da parte di consistenti settori dell'elettorato europeo. L'autore si sofferma ad esaminare dettagliatamente i tre profili di legittimazione cui sono dedicate analisi acute e penetranti. Il primo riguarda il ruolo delle singole istituzioni all'interno del sistema negoziale, evidenziandone meriti e problematiche. Il processo di legittimazione passerebbe, a suo dire, attraverso un negoziato permanente che coinvolge più istituzioni come dimostrano gli eventi del periodo 2001/2004: la Commissione esplica il suo potere di proposta, il Consiglio adempie ad una complessa e fondamentale funzione di elaborazione e la Corte di giustizia esercita il controllo di legalità. L'analisi delle proposte avanzate dalla Commissione viene compiuta dai gruppi tecnici del Consiglio come il Comitato 133 o il Comitato economico e finanziario. I ministri, invece, devono concentrarsi solo su questioni di natura politica. In questi lavori, si inserisce anche il Consiglio europeo, che non è, a rigore, un'istituzione dell'Unione, e non rappresenta una continuazione della “filiera” del Consiglio, per dirla con l'autore, ma, più precisamente, in forza del Trattato, si configura come un organo esterno all'Unione e ad essa sovraordinato. Il Consiglio europeo appare come “una sorta di Presidenza collegiale cui spetta dare all'Unione l'impulso necessario al suo sviluppo e definire gli orientamenti politici generali” (p. 32). In effetti, le varie istituzioni trasmettono opportune relazioni di analisi e di studio al Consiglio europeo, che produce dei documenti finali i quali, nel tempo, hanno subito una sorta di “mutazione genetica”: se prima costituivano delle mere sintesi finali, oggi rappresentavano delle vere e proprie “*summae*” dello stato di avanzamento dei lavori del-

l'Unione. Un fattore positivo risiede nell'esercizio turnario della Presidenza. Lo Stato Presidente di turno è investito di un potere di impulso ed orientamento politico che lo incoraggia nello svolgimento delle funzioni facendolo sentire soggetto attivo del negoziato e non destinatario passivo di decisioni altrui, ma anche questo meccanismo presenta degli inconvenienti ben evidenziati nell'opera, come quelli riguardanti la continuità nella direzione dei lavori, problemi destinati ad acuirsi nell'Unione a 25, ma anche a normalizzarsi in occasione di Presidenze forti o prevedibilmente tali, come quella inglese del dopo Maastricht e l'attuale presidenza tedesca del primo semestre del 2007.

Seguendo tale filo logico, è possibile distinguere due negoziati: quello inter-governativo e quello interistituzionale, in cui la Commissione, ovvero l'esecutivo comunitario, svolge un ruolo centrale e assurge a custode dello spirito comunitario, soprattutto grazie alla sua composizione. Essa non è portatrice di interessi settoriali e, pertanto, costituisce l'istituzione che più agevolmente propone compromessi suscettibili di conciliare tutti gli interessi, talora anche contrastanti, dei vari Stati. Alla luce di tutto ciò, la Commissione è pervasa da una "forte dose di idealismo" e, secondo l'espressione di Emile Noel, primo Segretario della Commissione, riportata da Nicola Verola, essa è una "*administration engagée*".

Pur tuttavia, accanto ad una "legittimità negoziale" o "processuale" che si intende una legittimità di *input*, è chiaro che risulta necessario anche un altro criterio di legittimazione, ovvero un criterio di legittimità di *output*. La prospettiva non è più soltanto quella del modo in cui sono assunte le decisioni, ma quella dell'esito a cui esse consentono di pervenire, come nel caso del testo costituzionale dell'ottobre del 2004. In pratica, la legittimazione funzionale è una forma di legittimità sostanziale e non formale, che, nonostante alcuni aspetti negativi, ha favorito senz'altro l'individuazione prima ed il conseguimento dopo di obiettivi chiari. Siffatta legittimazione si realizza attraverso l'opera di esperti e tecnici, quindi non attraverso il contributo di tutta la collettività, ma solo tramite l'azione di pochi. Questo non significa che non si persegua l'interesse collettivo e non si ascoltino le esigenze di tutti. Al contrario, si predispone un sistema di dialogo sociale fondato su "un rapporto quasi simbiotico tra amministrazione europea e gruppi di interesse" che mira ad arginare gli innegabili limiti di rappresentatività della Commissione.

Il binomio "legittimazione negoziale"–"legittimazione funzionale" è stato sufficiente per diverso tempo, ma, negli anni Sessanta, ben prima del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo, è affiorata tutta la sua inadeguatezza e, soprattutto, si è cominciata ad avvertire l'esigenza di colmare quello che si definisce un "deficit democratico". Per effetto di tale deficit, il potere espresso dall'Unione appare distante all'osservatorio del cittadino europeo, che incontra molti limiti come la complessità dell'architettura comunitaria. L'autore definisce a ragione questa articolata e difficile architettura una "barriera di fatto", quindi un ostacolo alla partecipazione corale del popolo europeo (*alias* dei popoli europei quali fondatori dell'intera costruzione). Ad onor del

vero, egli segnala uno sforzo di trasparenza dell'Unione che, però, non basta a superare le difficoltà già delineate. Ma il vero ostacolo alla realizzazione della legittimazione democratica risiede, ad avviso dell'autore, nel fenomeno della "de-parlamentarizzazione", che ha luogo nelle procedure decisionali europee, in cui la volontà politica del Parlamento europeo talora può non essere rispettata; infatti, le proposte avanzate da un'istituzione di funzionari non eletti, come la Commissione, vengono esaminate dai rappresentanti degli Stati membri, i quali, a loro volta, possono pervenire all'approvazione di norme direttamente esecutive anche contro gli orientamenti del Parlamento stesso. È chiaro che l'approvazione di norme vincolanti e prevalenti sulle norme interne senza lo scrutinio e l'approvazione di un corpo elettivo può divenire la più evidente manifestazione del cosiddetto "deficit democratico". Alla luce di queste riflessioni, emerge con chiarezza la necessità di una revisione delle procedure codecisionali alla ricerca di un nuovo equilibrio al fine di approdare all'auspicata "legittimazione democratica". Quindi, secondo l'autore, si deve ricercare un'autentica dialettica all'interno del Parlamento europeo che possa non rimanere ingabbiata nel labirinto istituzionale europeo, ma uscire e diffondersi tra tutti i cittadini.

Nel prosieguo del ragionamento svolto dall'autore, la democrazia viene rappresentata in stretto rapporto con l'identità collettiva, ovvero con quel sentimento di appartenenza che scaturisce dalla comunanza di alcuni elementi che possono essere di varia natura. La forma più forte di tale identità è senz'altro l'idea di nazione che pervade tutti coloro che si sentono accomunati da alcuni elementi forti come la lingua, la storia ed addirittura l'etnia. Questa visione, dominante da molti decenni, può essere superata abbracciando una più moderna idea di identità collettiva, cosiddetta post-nazionale, sulla base di valori più alti. In una prospettiva non statica, ma in evoluzione, che è quella fortemente propugnata dall'autore, l'idea di identità muta la sua essenza, configurandosi come un nuovo sentimento di appartenenza fondato sulla condivisione di altri elementi come i diritti fondamentali dell'uomo. Quindi, secondo l'autore, solo superando la visione radicalmente vetero-nazionalistica, sarà possibile mettere le radici per un autentico sentimento di appartenenza all'Unione e, quindi, di identità europea.

Infine, in prosieguo dell'analisi sul presente e sull'avvenire della Costituzione europea, si fanno concessioni ad un neo-nazionalismo costituzionale, come la cooperazione rafforzata di taluni Paesi o l'adozione di accordi *ad hoc*, per far entrare in vigore almeno alcune parti del testo costituzionale; si tratta, insomma, di due forme di flessibilità, una *ratione personae* e l'altra *ratione materiae*, ma la strada indicata dall'autore è un'altra. Egli auspica una ripresa del processo costituzionale anche attraverso una revisione di alcuni punti, qualora fosse necessario. Fra l'altro, si osserva che se è vero che alcuni Stati hanno manifestato un sentimento di rifiuto nei confronti dello stesso, avvalorando le perplessità degli euroscettici, è anche vero che la maggioranza degli Stati si è mostrata favorevole attraverso le ratifiche. Per l'autore, in questa fase di stasi, la ripresa del processo costituzionale rappresenta una condizione fondamentale per supe-

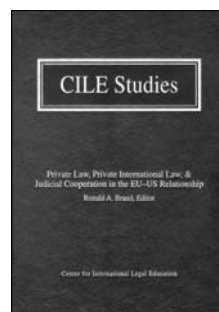
rare la crisi di legittimità e scongiurare il duplice pericolo di stagnazione e di frammentazione.

In definitiva, l'analisi attenta e disincantata svolta si configura come una brillante chiave di lettura dei meccanismi funzionali e degli equilibri istituzionali nell'Unione Europea, offrendo prospettive concrete ed indicando il percorso da intraprendere per superare l'*impasse* che si è determinata nelle ultime fasi: una maggiore aderenza di testo costituzionale come approvato nell'atto del 2004, senza eccessivi ricorsi ad alternative e altre soluzioni non sempre realizzabili. Salvo che la prospettata via neo-convenzionale non possa condurre a sviluppare, come già accaduto in passato, non già il testo del Trattato già sufficientemente pletorico ed oberato da un'eccessiva lunghezza, quanto la parte delle Dichiarazioni politiche e dei Protocolli allegati al testo di base rappresentativi della cosiddetta Costituzione *lato sensu*, così utilizzando precedenti storici di non poca rilevanza. In tal caso, ad avviso di chi scrive, ben potrebbe l'attuale testo restringersi alle sue parti migliori ed ampliarsi *ad extra* con innovazioni desumibili inseribili nei documenti allegati a valenza politico-convenzionale.

Annarita Lioveri

Ronald A. Brand (editor),

Private Law, Private International Law, and Judicial Cooperation in the EU–US Relationship



CILE Studies vol. 2, Eagan (Minnesota), Thomson/West, 2005, pp. X-510

L'opera dal titolo *Private Law, Private International Law & Judicial Cooperation in the EU-US Relationship*, offre un interessante spunto di riflessione sul tema delle relazioni bilaterali tra l'Unione europea e gli Stati Uniti, con particolare riferimento al diritto privato, al diritto internazionale privato e alla cooperazione giudiziaria.

Il volume, che rappresenta la seconda raccolta curata dal CILE (Center for International Legal Education) dell'Università di Pittsburgh, edito dal Prof. Ronald A. Brand e pubblicato dalla Thomson/West, raccoglie gli atti del convegno tenutosi nel maggio 2004 nell'Università della Pennsylvania in uno spirito di leale dialogo e schietto confronto tra rappresentanti della Commissione europea e del Dipartimento di Stato americano, e accademici sia europei sia statunitensi.

Il pregio maggiore della pubblicazione è senz'altro quello di offrire una panoramica completa e variegata sui problemi giuridici connessi alle relazioni tra UE e USA nel settore del diritto privato, internazionale privato e della cooperazione giudiziaria, problemi emersi in seno alla Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato (organizzazione intergovernativa creata già nei primi anni del 1900 e che oggi conta 64 membri e il cui obiettivo è "to work for the progressive unification of the rules of private international law").

In generale traspare il grande interesse dei giuristi nordamericani per l'evoluzione e l'espansione della UE nello scenario economico globale e la necessità di far chiarezza sul suo ruolo di "unico interlocutore" nelle negoziazioni internazionali anche in spazi tradizionalmente riservati all'autonomia privata, e cioè nelle transazioni commerciali transfrontaliere.

Alcune delle riflessioni raccolte, pongono l'accento sul tema della giurisdizione, la quale "could thus be the fulcrum for rearranging the international judicial order"; altre invece si occupano della delicata questione della soggettività internazionale della Comunità europea e della competenza attribuita dagli Stati membri ad adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile; altre ancora descrivono gli strumenti di *soft law* adottati dalle organizzazioni internazionali per favorire la cooperazione tra Stati ed in particolare tra i due "major players in the global stage".

Tutte le relazioni, però, denunciano la necessità, che la comunità internazionale, "despite the difficulties recently encountered in the Hague negotiations ... should immediately begin to take the series of small steps necessary to prepare the way for achieving the long-run goal of a multilateral convention that harmonizes jurisdictional law".

Individuato il fondamento giuridico dell'azione comunitaria negli articoli 61 e 65 del Trattato CE, si parte dalla premessa che i temi di diritto internazionale privato rientrano nel "trade law matters". Le progressive evoluzioni del sistema giuridico comunitario e, di conseguenza, il maggior peso che la Comunità assume all'esterno quale interlocutore internazionale hanno avuto un notevole impatto su quella che è stata definita "the primary transatlantic relationship".

Altre difficoltà incontrare in sede di negoziati discendono, ovviamente, dai differenti sistemi giuridici e dalle differenti evoluzioni che ha avuto il modello federale in USA e nell'UE.

Caratterizzato da un approccio internazionale a 360 gradi, il volume è suddiviso in tre parti, tante quante sono state le sessioni di lavoro della conferenza, cui si aggiunge una appendice normativa – forse più utile per gli operatori del diritto americani che per quelli europei – che raccoglie articoli selezionati del Trattato della CE e tutti i regolamenti del c.d. diritto processuale civile comunitario.

Nella prima parte, dal titolo *Establishing a Common Framework: Understanding Similarities and Differences* sono raccolti i contributi di giuristi europei (Paul Beaumont, professore di Diritto dell'Unione europea e di Diritto internazionale privato, nonché direttore della School of law dell'Università di Aberdeen e Arnaud Nuyts, docente presso l'Université Libre e la Vrije Universiteit di Bruxelles) e statunitensi (Paul Herrup, avvocato presso l' Office of Foreign Litigation del Dipartimento di giustizia americano; Kevin Clermont, docente di Civil Procedure ed International Litigation nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Cornell; Ronald A. Brand, direttore del CILE e professore di Introduction to American Law, International Business Transactions, International Trade Law, Transnational Litigation presso l'Università di Pittsburgh, School of Law) che offrono il loro differente punto di vista sulla materia.

Il lavoro di Beaumont ("Private International Law of the European Union: Competence Questions Arising From the Proposed Rome II Regulation on Choice of Law in Non-Contractual Obligations"), inquadra con efficacia il tema della normativa convenzionale di diritto internazionale privato (la Convenzione

di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, e quella di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) nello scenario europeo, alla luce non soltanto della disciplina attuale (art. 65 TCE), ma anche di quella futura, contenuta nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (art. III-269), non mancando di rilevare come siano preferibili modelli normativi che promuovano la compatibilità delle legislazioni piuttosto che la loro uniformità.

Se il contributo di Clermont ("The Role of Private International Law in the United States: Beating the Not-Quite-Dead Horse of Jurisdiction"), partendo da una indagine giurisprudenziale sulle Corti americane, giunge alla conclusione che sia auspicabile una armonizzazione delle "jurisdictional rules", soprattutto al fine di ridurre gli "artificial advantages" derivanti dal *forum shopping*, l'intervento di Nuyts ("Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared") pone in risalto il differente approccio dei due sistemi giuridici considerati in riferimento al tema della giurisdizione: mentre in Europa si applicano regole certe e predeterminate, negli Stati Uniti si fa riferimento a principi generali e flessibili. Di qui l'apparente insormontabile contrasto tra le norme della Convenzione di Bruxelles del 1968 e la "due process clause" prevista nel 5° e 14° emendamento dalla Costituzione americana. Invero, una più attenta analisi evidenzia che il principio costituzionale americano ha un suo omologo nel principio del "giusto processo" sancito dall'art. 6 CEDU, sicché sembrerebbe potersi ipotizzare un livello di tutela e protezione sostanzialmente equivalente in entrambi i sistemi giuridici.

A chiusura della prima parte del volume, l'intervento di Brand ("Private Law and Public Regulation in U.S. Courts") pone l'accento sulla difficoltà di procedere ad una armonizzazione o unificazione delle regole di competenza e giurisdizione su scala globale, giacché le stesse macro categorie del diritto pubblico e del diritto privato non hanno negli altri Paesi il medesimo significato attribuito all'interno del sistema giuridico americano. Il saggio affronta un aspetto particolare delle relazioni internazionali tra privati, quello della "private litigation": l'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema americana, chiamata ad applicare la Convenzione di New York del 1959 sull'arbitrato, e quelle dell'Aja del 1965 sulle notifiche e del 1969 sull'assunzione di prove all'estero è utile per rilevare un eccessivo campanilismo della autorità giurisdizionale, poco propensa all'applicazione delle norme degli accordi suddetti e le conseguenti reazioni (critiche) della dottrina internazionalistica.

La seconda sezione, intitolata *The Institutional Actors: The Role of Europe and the United States in the Development of Private International Law*, è dedicata ai fondamenti costituzionali e istituzionali del diritto internazionale privato negli USA e nell'UE, e raccoglie i contributi di autorevoli autori quali Fausto Pocar, Jeffrey Kovar, K. King Burnett, Charles T. Kotuby Jr. e Christian Kohler.

In questo contesto due saggi (Pocar, “The EU as an Actor in Private International Law”, e Kovar “The United States as an Actor in Private International Law”), in modo puntuale definiscono i protagonisti delle relazioni internazionali e il loro contributo allo sviluppo dello stesso: mentre il primo illustra gli effetti della “comunitarizzazione” delle suddette Convenzioni di Roma e Bruxelles (e quindi le scelte legislative operate in sede di adozione del regolamento (CE) n. 44/2001 e quelle ancora in discussione per l’adozione dei regolamenti “Roma I” e “Roma II”), il secondo denuncia lo scarso uso fatto dal Congresso della propria competenza a legiferare in tema di conflitti di legge. Così, mentre dall’Europa arriva un forte segnale verso la “centralizzazione” delle competenze a promulgare atti normativi nel settore del diritto internazionale privato, negli Stati Uniti si registra una forte riluttanza verso un “central law-making matters of private litigation”.

Nella relazione di K. King Burnett (“Subsidiarity and Private Law in a Federal System: Is the NCCUSL Process Adaptable as a Model for the European Union and Other Regional and International Organizations?”) un esame specifico è rivolto alla National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), per il ruolo attivo svolto verso la armonizzazione delle leggi interne degli Stati federati, nonché all’ International Jurisdiction and Judgments’ Project, presentato dall’ American Law Institute quale modello per implementare l’applicazione degli accordi internazionali nelle leggi federali.

Degno di nota è il contributo di Kohler (“Beyond Brussels: The Wide Reach of the European Court’s Case Law on the Jurisdiction and Judgments Convention”): lo scritto ha come filo conduttore l’influenza delle pronunce della Corte di giustizia delle Comunità europee nell’interpretazione della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e dunque il contributo giurisprudenziale alla corretta esegesi ed applicazione del regolamento comunitario 44/2001.

Anche la terza parte del volume, intitolata *International Organizations: The Global Playing Field for US-EU Cooperation in Private Law and Private International Law*, presenta notevoli spunti di interesse giacché sono raccolti i lavori del terzo *panel* che ha esplorato la possibilità di una cooperazione tra UE e USA nell’ambito delle istituzioni multilaterali.

In questa sezione sono raccolti i contributi di Andrea Schulz (First Secretary, della Conferenza dell’Aja sul Diritto internazionale privato), Henry Gabriel (docente presso la Loyola University di New Orleans, membro del Governing Counsel dell’UNIDROIT nonché US delegate presso l’UNCITRAL), e Glenn Hendrix (avvocato in Atlanta e componente della International Litigation Committee of the American Bar Association).


Le relazioni, rispettivamente intitolate “International Organizations: The Global Playing Field for US-EU Cooperating in Private Law Instruments”, “Reflections on the Future of the Harmonization of the Law by UNCITRAL, UNIDROIT”, e “The Hague Evidence Convention: How is it Really Working?”

danno conto dei lavori svolti delle tre organizzazioni multilaterali che si occupano dello sviluppo e diffusione delle regole di diritto internazionale privato (The Hague Conference on Private International Law, UNCITRAL, UNIDROIT), rimarcando la necessità di un loro coordinamento sistematico.

In definitiva, il volume si segnala per la vivacità del dibattito del quale dà conto e per essere un unico ed originale strumento di riflessione sulle vicende internazional-privatistiche nei rapporti bilaterali tra l'Unione europea e gli Stati Uniti.

Angela Maria Romito

Libri ricevuti



Adelina Adinolfi (a cura di), *Materiali di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2007, III ed., pp. XVI-334.

Giovanna Adinolfi, Alessandra Lang (a cura di), *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati?*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. XXVII-482.

Rosanna La Rosa, *Evoluzione e prospettive della protezione delle minoranze nel diritto internazionale e nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. XV-372.

Linda Lombardo (editor), *The Role of Languages in an Enlarged Europe. Papers from the European Conference*, Roma, Luiss University Press, 2006, pp. 174.

Cosimo Risi (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, II ed., pp. 225.

Elenco delle abbreviazioni

- ADE* – Anuario de derecho europeo
AE – Affari Esteri
AJIL – The American Journal of International Law
ASIL Proc. – American Society of International Law Proceedings
Boll. UE – Bollettino dell'attività dell'Unione europea
CDE – Cahiers de droit européen
CI – La Comunità internazionale
CML Rev. – Common Market Law Review
Contr. imp. – Contratto e impresa
Contr. imp./E. – Contratto e impresa/Europa
Contr. St. Enti Pubbl. – Contratti dello Stato e degli enti pubblici
Corr. giur. – Il Corriere giuridico
Dir. comm. int. – Diritto del commercio internazionale
Dir. dell'Internet – Diritto dell'Internet
Dir. lav. – Diritto del lavoro
DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo
DUE – Il Diritto dell'Unione europea
Econ. dir. terz. – Economia e diritto del terziario
EdD – Enciclopedia del diritto
Edil. terr. – Edilizia e territorio
EFA Rev. – European Foreign Affairs Review
EHRLR – European Human Rights Law Review
EJIL – European Journal of International Law
ELJ – European Law Journal: Review of European Law in Context
ELR – European Law Review
EPL – European Public Law

ERCL – European Review of Contract Law
EuR – Europarecht
Foro amm. – Il foro amministrativo
Foro it. – Il foro italiano
G. dir. amm. – Giornale di diritto amministrativo
Giur. it. – Giurisprudenza italiana
Giust. amm. – Giustizia amministrativa
Giust. civ. – Giustizia civile
GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GURI – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana
GUUE – Gazzetta ufficiale dell’Unione europea
IYIL – The Italian Yearbook of International Law
JCMS – Journal of Common Market Studies
JIEL – Journal of International Economic Law
JWT – Journal of World Trade
LIEI – Legal Issues of European Integration
Max Pl. YUNL – Max Planck Yearbook of United Nations Law
Northwestern JILB – Northwestern Journal of International Law and Business
Nuovo dir. – Il Nuovo diritto
Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee
RCADI – Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye
RCGI – Rivista della cooperazione giuridica internazionale
RDCE – Revista de derecho comunitario europeo
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDUE – Revue du droit de l’Union européenne
REDP – Revue européenne de droit public (European Review of Public Law)
Rev. IA – Review of International Affairs
RIDPC – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. dir. agr. – Rivista di diritto agrario
Riv. dir. civ. – Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm. – Rivista di diritto commerciale
Riv. dir. ind. – Rivista di diritto industriale
Riv. giur. edil. – Rivista giuridica dell’edilizia
Riv. giur. sarda – Rivista giuridica sarda
Riv. trim. app. – Rivista trimestrale degli appalti

RMCUE – Revue du marché commun et de l’Union européenne

RMUE – Revue du marché unique européen

RTDE – Revue trimestrielle de droit européen

RTDH – Revue trimestrielle des droits de l’homme

Urb. app. – Urbanistica e appalti

Virginia JIL – Virginia Journal of International Law

YEL – Yearbook of European Law

ZES – Zeitschrift für Europarecht

Indice degli autori



Gian Luigi TOSATO
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di
Roma "La Sapienza"

Ugo VILLANI
ordinario di Diritto internazionale nella LUISS "Guido
Carli" di Roma

Carlo FOCARELLI
ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli
studi di Perugia

Mariano ROBLES
ricercatore di Diritto privato nell'Università degli studi di
Bari

Teresa Maria MOSCHETTA
dottore di ricerca nella Scuola superiore ISUFI dell'Univer-
sità degli studi del Salento

Luca PALADINI
dottorando nell'Università degli studi di Bologna

Francesco CHERUBINI
dottorando nell'Università di Napoli "Federico II"

Roberto CISOTTA
dottorando nell'Università degli studi di Trieste

Laura FALCIONI
avvocato del Foro di Roma

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di “ponte d’Europa” e di “regione di confine” verso l’Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l’identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l’opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L’altro valore fondamentale è quello dell’accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i “dannati della terra” che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un’epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l’istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l’ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l’informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di “diritto di tribuna” o alla pratica del “mero ascolto”. L’intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall’altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova “architettura”, quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

Pietro Pepe

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

L’Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)

Gli appalti pubblici nel diritto internazionale e comunitario

DEL VESCOVO Donatella

206 Pagine
prezzo: 18,00 €

Sommario:

SEZIONE PRIMA - GLI APPALTI PUBBLICI NEL CONTESTO INTERNAZIONALE — L'Accordo plurilaterale sugli acquisti governativi del 1994: GPA. Il problema dell'attuazione del Codice OMC sugli appalti da parte della Comunità europea. L'attuazione dal punto di vista materiale dell'Accordo GPA.

SEZIONE SECONDA - GLI APPALTI PUBBLICI NEL CONTESTO COMUNITARIO — Il contesto normativo di riferimento. La direttiva sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, servizi e lavori (2004/18). La direttiva sulle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (2004/17). Le nuove procedure di aggiudicazione. La nuova normativa europea e l'ordinamento italiano. Il recepimento italiano: il nuovo Codice unico degli appalti. Bibliografia principale. Elenco delle abbreviazioni. Indice degli autori.



La convenzione sul lavoro marittimo

GRIGOLI Michele

158 Pagine
prezzo: 25,00 €

Sommario:

Prefazione. I requisiti minimi per il lavoro sulla nave dei lavoratori marittimi. Le condizioni di lavoro. Alloggi, strutture ricreative, vitto e servizio di approvvigionamento. Tutela della salute, cure mediche, salvaguardia del benessere e della sicurezza sociale. Conformità ed applicazione.



Processi di valorizzazione del patrimonio culturale e sviluppo aziendale

IMPERIALE Francesca



90 Pagine
prezzo: 10,00 €

Sommario:

Introduzione. Il patrimonio culturale e le sue componenti valoriali. Processi di valorizzazione del patrimonio culturale: tipologie, attori e forme di gestione. La valorizzazione economica del patrimonio culturale: i caratteri di aziendalità. Processi di valorizzazione del patrimonio culturale e sviluppo aziendale. Conclusioni. Bibliografia.

Le carte statutarie dopo la riforma del titolo V della Costituzione

SANNONER Valeria



152 Pagine
prezzo: 12,00 €

Sommario:

Il ruolo ordinatore dei nuovi statuti regionali. I circuiti democratici nel rinnovato assetto politico e istituzionale. Il governo regionale e gli istituti di partecipazione. La funzione sistemica delle norme sui procedimenti normativi. Le carte regionali e i percorsi del federalismo.

Diritto penale e tutela dell'ambiente

PLANTAMURA Vito

254 Pagine
prezzo: 22,00 €



Sommario:

Prefazione. Prospettive attuali sulla protezione dell'ambiente tramite il diritto penale. La delega di funzioni penalisticamente rilevante fra teoria e prassi. Una responsabilità penale diretta delle imprese? Tecniche di strutturazione dell'illecito per una tutela penale dell'ambiente. Il sistema delle sanzioni per le persone fisiche e le imprese. Considerazioni conclusive. Bibliografia.

Manuale breve di diritto delle assicurazioni

RAZZANTE Ranieri (a cura di)

324 Pagine
prezzo: 38,00 €



Sommario:

Presentazione. L'assicurazione e la riassicurazione, di E. Strippoli. La disciplina dei controlli, di P. Papaia. Gli intermediari assicurativi, di R. Razzante. Il contratto di assicurazione, di V. Ciervo. Le assicurazioni obbligatorie, di G. Roccafortita. L'estinzione dell'impresa assicurativa, di G. Russo. I sistemi di indennizzo e garanzia, di P. Siagonidis. La disciplina della trasparenza, di R. Razzante. Le sanzioni, di M. Arena. Le disposizioni tributarie per le assicurazioni: cenni, di M. Procopio. Il danno biologico, di E. Verghini e P. Deodori. Parte speciale: politiche assicurative e gestione del rischio nella responsabilità professionale del sanitario, di E. Verghini e P. Deodori. Rassegna normativa. Parole chiave. Bibliografia.

In copertina **Tiziano Vecellio** (Pieve di Cadore, verso il 1488/90—Venezia 1576)

Ratto d'Europa – Boston, Isabella Stewart Gardner Museum, olio su tela, cm 185 x 205 – firmato: TITIANVS F.

In una lettera da Venezia a Filippo II di Spagna, datata 19 giugno 1559, Tiziano afferma di avere condotto a compimento due "poesie" (cioè due dipinti di soggetto mitologico), raffiguranti rispettivamente *Diana e Atteone* e *Diana e Callisto* (oggi entrambe nella National Gallery of Scotland di Edimburgo), e di aver intenzione di concludere al più presto "l'altre due poesie già incominciate: l'una di Europa sopra il Tauro, l'altra di Atteone lacerato dai cani suoi". Del primo di questi dipinti, un *Ratto d'Europa* certamente identificabile con la tela di questo soggetto attualmente conservata a Boston, ma documentata all'inizio del Settecento nella collezione del conte di Grammont, poi in quella del duca d'Orléans e successivamente transitata nelle collezioni inglesi di lord Berwick e di lord Darnley, l'artista riparla in una lettera allo stesso Filippo II del 26 aprile 1562, nella quale dichiara di averla finalmente conclusa e di essere in procinto di inviarla in Spagna.

Domina la scena, nonostante vi sia raffigurata non al centro, bensì nell'angolo in basso a destra, una opulenta, matronale Europa semidistesa, in bilico e recalcitrante, sul dorso del toro che, al contrario della concitazione dimostrata dall'atteggiamento della giovane, sembra nuotare placidamente verso la meta. Lo sfondo è costituito da una marina racchiusa entro una sorta di conca, animata da grandi rocce e costoni. Su un piccolo lembo avanzante della costa, si nota il gruppo formato dalle compagne di gioco di Europa, che si agitano ormai impotenti a fermare la fanciulla rapita.

Il dipinto è perfetta testimonianza della svolta stilistica di Tiziano nella prima metà degli anni '60 quando, ormai anziano, abbandonata del tutto la pittura di dettaglio, condotta "con una certa finezza e diligenza incredibile" (Vasari), si orienta verso una tecnica matura e sprezzante, impregnando il colore di una nuova, straordinaria energia. La favola mitologica si trasforma quindi in dramma, in virtù della composizione quasi "fluttuante nello spazio", e della cromia sfatta, data a rapidi colpi, dominata dalla dinamica luminista che unisce organicamente le figure in primo piano e lo sfondo.

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. 1/2007, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 45,00
- Abbonamento per l'estero € 70,00
- Fascicolo € 18,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2007, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare relativi all'annata (n. 1-2-3).

Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c.n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2007).



ISBN 88-8422-591-4



9 788884 225917

€ 18,00