

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2009 | anno IV



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2009 | anno IV

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

© 2009 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

http://www.cacucci.it e-mail: **info@cacucci.it**

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Autorizzazione del Tribunale di Bari del 22/03/2006 n° 19
Direttore responsabile: ENNIO TRIGGIANI

Sommario



ARTICOLI

Ugo DRAETTA Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo nel Trattato di Lisbona	7
Girolamo STROZZI Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario	23
Luigi DANIELE Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?	43
Rocco CANGELOSI, Marco PERONACI La geografia istituzionale post-Lisbona e la posizione dell'Italia	55
Chiara AMALFITANO Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali	73
Fabio RASPADORI Il <i>deficit</i> di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni	121
Rosanna LA ROSA La protezione diplomatica nell'Unione europea: un esempio di evoluzione delle norme internazionali in materia	133
Maria Elena DE MAESTRI European Port Policy vs. European Policies Applied to Ports	157

NOTE E COMMENTI

Giovanni CELLAMARE Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo	181
Pieralberto MENGOZZI Il ribadimento di un approccio ispirato ad un principio personalistico nella giurisprudenza comunitaria relativa alla protezione dei consumatori	201
Andrea SILVESTRI I meccanismi di recepimento degli atti delle istituzioni UE nei Paesi membri. Una riflessione sulle modalità applicate dall'Italia	213
Simone VEZZANI <i>Pacta sunt servanda?</i> La sentenza della Corte di giustizia nell'affare <i>Intertanko</i> (caso C-308/06) e l'adattamento dell'ordinamento comunitario al diritto internazionale pattizio	233
Eugenio SINA Il rapporto tra diritto comunitario e giudicato nazionale: meccanismi di <i>balance</i> e meccanismi di <i>by-pass</i>	255
Anna VALENTINI Commento alla sentenza C-296/08 PPU: il caso <i>Goicoechea</i> e il secondo rinvio pregiudiziale d'urgenza	267

RECENSIONI

Ivan INGRAVALLO, <i>Il Consiglio di sicurezza e l'amministrazione diretta di territori</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2008 (L. Ferrari Bravo)	281
Benedetta UBERTAZZI, <i>Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali</i> , Milano, Giuffrè, 2008 (U. Villani)	284
Maria Josè VACCARO, <i>Livelli normativi e fenomeno migratorio</i> , Torino, Giappichelli, 2008, II ed. (R. Palladino)	287
Libri ricevuti	289
Elenco delle abbreviazioni	291
Indice degli autori	293

Summary



ARTICLES

Ugo DRAETTA Composition and Functioning of the Council and of the European Council in the Treaty of Lisbon	7
Girolamo STROZZI Limits and Constitutional Counter-limits in the Application of the European Union Law	23
Luigi DANIELE The European Union after the Treaty of Lisbon: Towards a New Institutional Balance?	43
Rocco CANGELOSI, Marco PERONACI The post-Lisbon European Institutional Landscape: Some Preliminary Remarks on the Italian Position	55
Chiara AMALFITANO Free Movement of Criminal Decisions within the European Judicial Area	73
Fabio RASPADORI Deficit of Representation of the European Parliament: Shortcomings and Solutions	121
Rosanna LA ROSA Diplomatic Protection in the European Union: An Example of Evolution of the Relevant International Rules	133
Maria Elena DE MAESTRI European Port Policy vs. European Policies Applied to Ports	157

NOTES AND COMMENTS

Giovanni CELLAMARE Expulsion of Unaccompanied Foreign Minors and European Convention of Human Rights	181
Pieralberto MENGOZZI The Confirmation of an Approach Inspired to a Personalistic Principle in the EC Consumer Protection Case-law	201
Andrea SILVESTRI The Mechanisms of Transposition of EU Law among Member Countries. Reflections on the Italian Approach	213
Simone VEZZANI <i>Pacta sunt servanda?</i> The Court of Justice Judgement in the <i>Intertanko</i> Affair (Case C-308/06) and the Adaptation of the Community Legal Order to International Conventional Law	233
Eugenio SINA EC Law and National <i>res iudicata</i> in the ECJ Case-law: Balance and By-pass Processes	255
Anna VALENTINI Comment on the Court of Justice Case-law C-296/08 PPU: The <i>Goicoechea</i> Case and the Second Application of Urgent Preliminary Ruling Procedure	267

BOOK REVIEWS

Ivan INGRAVALLO, <i>Il Consiglio di sicurezza e l'amministrazione diretta di territori</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2008 (L. Ferrari Bravo)	281
Benedetta UBERTAZZI, <i>Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali</i> , Milano, Giuffrè, 2008 (U. Villani)	284
Maria Josè VACCARO, <i>Livelli normativi e fenomeno migratorio</i> , Torino, Giappichelli, 2008, II ed. (R. Palladino)	287
Books received	289
Table of abbreviations	291
List of contributors	293

Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo nel Trattato di Lisbona

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Composizione e funzionamento del Consiglio europeo. – 3. Composizione e funzionamento del Consiglio. – 4. Qualche osservazione sulla natura giuridica di Consiglio europeo e Consiglio.

1. Il Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 modifica il Trattato sull'Unione europea (qui di seguito "TUE") e il Trattato che istituisce la Comunità europea, il quale ultimo assume anche il nuovo nome di Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (qui di seguito "TFUE")¹. Il Trattato di Lisbona, tra le varie innovazioni rispetto ai testi precedenti, modifica profondamente le norme relative alla composizione ed al funzionamento del Consiglio europeo e del Consiglio, ponendo interessanti interrogativi relativamente alla loro natura giuridica. Il Consiglio europeo diventa, in particolare, una delle "istituzioni" dell'UE (v. art. 13, par. 1, 2° comma, TUE) insieme al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Commissione, alla Corte di giustizia dell'UE, alla Banca centrale europea e alla Corte dei conti, con tutte le conseguenze che questo comporta circa l'applicabilità al Consiglio europeo delle norme che fanno riferimento in generale alle "istituzioni" (ad esempio, gli articoli 265, 340, 341 e 342 TFUE).

Le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona relativamente alla composizione e al funzionamento del Consiglio europeo e del Consiglio erano già in parte contenute nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e successivamente abbandonato. Negli intendimenti dei

¹ Sul Trattato di Lisbona, con cenni relativi al tema di questo lavoro, v. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 21 ss.; M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di "decostituzionalizzazione"*, in *DCSI*, 2008, p. 205 ss.; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winnings Minds Not Hearts*, in *CML Rev.*, 2008, p. 617 ss.; Y. DEVUYST, *The European Union's Institutional Balance after the Treaty of Lisbon: "Community Method" and "Democratic Deficit" Reassessed*, in *Georgetown JIL*, 2008, p. 247 ss.; A. SANTINI, *Non basta un nuovo Trattato per rilanciare l'Europa*, in *Vita e Pensiero*, 2008, n. 1, p. 32 ss., nonché il fascicolo speciale di *Sud in Europa*, 2008, n. 1, dedicato alla riforma di Lisbona.

redattori dei Trattati tali innovazioni avrebbero dovuto costituire la risposta all'esigenza di rendere più efficiente il processo decisionale dell'UE, esigenza che si era fatta sempre più pressante a partire dal Trattato di Nizza.

Nell'esposizione che seguirà procederemo all'esame di tutte le norme del Trattato di Lisbona relative alla composizione ed al funzionamento del Consiglio europeo e del Consiglio, senza limitarci a quelle di nuova istituzione e senza distinguere tra quelle già contenute nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e quelle che non lo erano. In altre parole, ci porremo nell'ottica di chi si accosta alle problematiche concernenti la composizione e il funzionamento di Consiglio europeo e Consiglio esclusivamente sulla base del testo del Trattato di Lisbona. Limiteremo, quindi, al minimo i riferimenti relativi all'evoluzione storica di tali norme a seguito delle varie revisioni dei Trattati che si sono succedute, incluso il testo di Nizza attualmente in vigore, evoluzione che, per ragioni di brevità, viene data per acquisita.

2. Il Consiglio europeo ha il compito di dare all'UE "gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche necessarie", come stabilisce l'art. 15, par. 1, TUE. Il suo ruolo è, quindi, essenzialmente di indirizzo politico, tanto che, in coerenza con tale ruolo, la norma precisa che il Consiglio europeo "non esercita funzioni legislative". Esso rappresenta la definitiva istituzionalizzazione di una pratica di riunioni periodiche tra i capi di Stato o di governo, iniziata con i c.d. Vertici, al fine di fornire nuovi indirizzi politici all'attività dell'UE, una volta realizzati gli obiettivi previsti dai Trattati originari. Il primo di tali Vertici fu quello di Parigi del 1961. Con la riunione di Parigi del 9 dicembre 1974, i Vertici cambiarono la propria denominazione in Consiglio europeo, denominazione poi formalizzata dall'Atto Unico europeo. Da quel momento, il Consiglio europeo ha svolto un ruolo crescente di propulsione per l'attività dell'UE, specie attraverso le "conclusioni della Presidenza", emesse alla fine di ciascuna riunione, aventi di regola carattere generale e programmatico, ma a volte anche abbastanza specifiche.

Il Consiglio europeo è composto dai capi di Stato o di governo degli Stati membri (formula che tiene conto dei casi, come la Francia, in cui una stessa persona ricopre le due cariche), dal suo Presidente e dal Presidente della Commissione. L'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, figura introdotta dal Trattato di Lisbona, partecipa ai lavori del Consiglio europeo, ma non ne fa parte (art. 15, par. 2, TUE). Il Presidente del Parlamento europeo può essere eventualmente invitato alle riunioni per essere ascoltato (art. 235, par. 2, TFUE).

Il Presidente del Consiglio europeo è eletto da quest'ultimo a maggioranza qualificata per un mandato di due anni e mezzo, rinnovabile una sola volta. Egli non può esercitare un mandato nazionale, in modo da essere in condizione di svolgere le sue funzioni a tempo pieno. Il Consiglio europeo può porre fine al mandato del suo Presidente per impedimento o colpa grave (art. 15, par. 5, TUE). La durata del mandato del Presidente, insieme con l'incompatibilità con un mandato nazionale, costituiscono una delle novità più importanti introdotte

dal testo di Lisbona rispetto alle norme vigenti che prevedono la rotazione semestrale della Presidenza tra i vari capi di Stato o di governo. Il Parlamento europeo non è in alcun modo coinvolto nella nomina o nella sostituzione del Presidente del Consiglio europeo.

Il Presidente del Consiglio europeo non è gerarchicamente superiore rispetto agli altri membri, ma è piuttosto un *primus inter pares*. Le sue funzioni, indicate dall'art. 15, par. 6, TUE, sono essenzialmente di carattere procedurale o strumentale all'attività dell'intero Consiglio europeo. Egli, infatti, (a) convoca, presiede ed anima le riunioni del Consiglio europeo, (b) assicura la preparazione e la continuità dei suoi lavori, (c) si adopera per facilitare il raggiungimento del consenso al suo interno, (d) presenta al Parlamento europeo una relazione dopo ciascuna delle sue riunioni. Inoltre, egli assicura la rappresentanza esterna dell'UE nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, fatte salve le prerogative dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza. Tuttavia occorrerà aspettare gli sviluppi della prassi per vedere se il Presidente del Consiglio europeo, forte della durata potenzialmente quinquennale del suo mandato, nonché della natura esclusiva dello stesso rispetto a mandati nazionali, finirà con il ritagliarsi di fatto degli spazi operativi che vadano al di là delle previsioni dei Trattati.

Il Consiglio europeo si riunisce in genere due volte a semestre, su convocazione del Presidente, ma vi possono essere riunioni straordinarie in qualsiasi momento. Le sue delibere sono in genere adottate secondo il metodo del consenso, che non prevede votazioni formali da parte dei suoi membri, salvo che non sia previsto diversamente dai Trattati.

In effetti, i Trattati prevedono molti casi in cui il Consiglio europeo procede, invece, a votazione, la quale può avere luogo all'unanimità, a maggioranza qualificata, o a maggioranza semplice. È importante sottolineare che, nei casi di votazione, né il Presidente del Consiglio europeo, né il Presidente della Commissione partecipano al voto (art. 235, par. 1, 2° comma, TFUE). Questa mancata partecipazione ha una sua logica nel caso di votazioni a maggioranza qualificata, dato che la relativa procedura si riferisce, come vedremo, a percentuali di Stati membri e di popolazione di tali Stati, le quali non potrebbero essere applicabili ai due individui in questione. La *ratio* dell'esclusione dal voto di tali individui sfugge, invece, per i casi di votazioni all'unanimità o a maggioranza semplice, salvo ritenere che essi abbiano di fatto uno *status* inferiore rispetto a quello degli altri membri del Consiglio europeo. In ogni modo, è lecito affermare che, quando procede a votazione e data la mancata partecipazione al voto dei due individui in questione, il Consiglio europeo è a pieno titolo un organo collegiale di Stati, nel senso che l'individuo che partecipa alle riunioni non lo fa a titolo individuale, ma in rappresentanza dello Stato di appartenenza, cui spetta il seggio in tale organo.

Quanto all'unanimità, essa è richiesta per delibere di particolare importanza, come, per esempio, per la constatazione di una grave e persistente violazione, da parte di uno Stato membro, dei valori di cui all'art. 2 TUE (art. 7, par. 2, TUE), per la composizione del Parlamento europeo (art. 14, par. 2, 2° comma, TUE),

per la modifica del numero dei membri della Commissione e il sistema di rotazione per la loro nomina (art. 17, par. 5, 1° e 2° comma, TUE e art. 244 TFUE), nell'ambito dell'azione esterna dell'UE (art. 22, par. 1, 3° comma, TUE), della politica estera e di sicurezza comune (art. 24, par. 1, 2° comma, TUE e art. 37 TUE), della politica di sicurezza e di difesa comune (art. 42, par. 2, TUE), per le procedure semplificate di revisione dei Trattati (art. 48, par. 6, 2° comma, TUE e art. 48, par. 7, 4° comma, TUE), per l'effettività del recesso di uno Stato membro (art. 50, par. 3, TUE), per l'estensione dei compiti della Procura europea (art. 86, par. 4, TFUE).

Vi sono poi casi in cui è previsto che il Consiglio europeo decida a maggioranza qualificata, ad esempio, come abbiamo appena visto, per l'elezione del suo Presidente. Citiamo anche i casi della proposta al Parlamento europeo di un candidato per la carica di Presidente della Commissione e della nomina dell'intera Commissione (art. 17, par. 7, 1° e 3° comma, TUE), delle decisioni sulle formazioni del Consiglio (art. 236 TFUE) o della nomina dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (art. 18, par. 1, TUE). In tali casi, valgono per il Consiglio europeo le stesse regole per il calcolo della maggioranza qualificata previste per le decisioni del Consiglio da adottarsi con la stessa maggioranza (art. 235, par. 2, 2° comma, TFUE). Ne parleremo in dettaglio più avanti, in sede di trattazione dei sistemi di voto del Consiglio, anche perché, dato lo scarso numero di decisioni a maggioranza qualificata che il Consiglio europeo può adottare, l'importanza della procedura di voto a maggioranza qualificata è molto maggiore per il Consiglio. Il richiamo alle regole sulla maggioranza qualificata stabilite per il Consiglio comporta, però, qualche avvertenza per quanto riguarda la loro applicazione al Consiglio europeo. Per esempio, le differenti maggioranze che si applicano, come vedremo subito, quando una decisione deve essere presa previa proposta della Commissione o dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, hanno scarso valore per il Consiglio europeo, dato che le sue poche delibere da adottarsi a maggioranza qualificata non richiedono tali proposte. Inoltre, alcune delle cautele con le quali gli Stati membri hanno circondato l'adozione della regola della doppia maggioranza, fanno riferimento, come vedremo, solo a decisioni del Consiglio e non del Consiglio europeo.

In altri casi, infine, il Consiglio europeo delibera a maggioranza semplice, come per la decisione relativa all'esame delle proposte di modifica dei Trattati (art. 48, par. 3, 1° comma, TUE), la decisione di non convocare una conferenza intergovernativa per tali modifiche (art. 48, par. 3, 2° comma, TUE), o le decisioni su questioni procedurali, inclusa l'approvazione del proprio regolamento interno (art. 235, par. 3, TFUE).

In analogia a quanto previsto per le votazioni del Consiglio, come vedremo, l'art. 235 TFUE dispone che, quando il Consiglio europeo procede a votazione, ogni membro può ricevere delega da uno solo degli altri suoi membri. Inoltre, l'astensione di membri presenti o rappresentati non osta al raggiungimento dell'unanimità, ove richiesta, ma è da ritenersi che l'assenza di uno degli stessi sia, invece, di ostacolo a tale raggiungimento.

3. Il Consiglio ha il compito primario di esercitare, congiuntamente al Parlamento europeo, la funzione legislativa e la funzione di bilancio (art. 16, par. 1, TUE). Di tali funzioni non possiamo parlare in dettaglio in questa sede, salvo che per rilevare che la formulazione dell'art. 16, par. 1, TUE non può assolutamente portare a ritenere che Consiglio e Parlamento europeo operino come due camere di un parlamento bicamerale in un sistema democratico. In via molto generale (dato che numerose sono le eccezioni), questo esercizio congiunto delle due funzioni implica che occorra l'accordo delle due istituzioni, una (il Consiglio) che rappresenta, come vedremo, gli Stati membri nei loro interessi particolari, l'altra (il Parlamento europeo) che rappresenta i cittadini europei, perché tali funzioni possano essere esplicate nell'ambito dell'UE. La conseguenza, sempre in via molto generale, è che il mancato accordo tra le due istituzioni paralizza l'azione dell'UE, in quanto nessuna delle due può indirizzare l'azione dell'UE esclusivamente secondo il suo volere, nemmeno il Parlamento europeo, democraticamente eletto dai cittadini dell'UE. L'essenza del *deficit* democratico che molti sottolineano risiede proprio nell'attribuzione di una funzione "legislativa" ad un organo che rappresenta gli esecutivi degli Stati membri, organo per di più sottratto ad un controllo politico effettivo da parte dei cittadini europei rappresentati nel Parlamento europeo. In effetti, il Consiglio accentra nelle sue mani anche la funzione esecutiva, oltre a quella legislativa. Altro compito che l'art. 16, par. 1, TUE attribuisce al Consiglio è quello, abbastanza generico e "circolare", di "definizione delle politiche e di coordinamento alle condizioni stabilite nei Trattati".

Il Consiglio è composto da un rappresentante di ciascuno Stato membro a livello ministeriale, quindi i suoi membri sono di un livello inferiore rispetto a quelli del Consiglio europeo, ma devono pur sempre essere in grado di impegnare i rispettivi Stati attraverso l'esercizio del diritto di voto (art. 16, par. 2, TUE). La rappresentanza a livello ministeriale implica la partecipazione alle riunioni di ministri, sottosegretari, o di qualsiasi altra persona avente rango ministeriale, il che può anche essere il caso di membri di un governo regionale in Stati a spiccato assetto federale (per l'Italia può, in determinati casi, partecipare alle riunioni del Consiglio anche un Presidente di giunta regionale o di Provincia autonoma). In realtà, la norma è stata interpretata abbastanza elasticamente, così che ad alcune riunioni del Consiglio, quando i ministri o i sottosegretari sono impossibilitati, partecipano funzionari governativi di rango inferiore, quali i membri del COREPER (di cui diremo appresso). Il Consiglio è un organo collegiale di Stati, nel senso che abbiamo indicato per il Consiglio europeo e, assieme a quest'ultimo, costituisce la massima espressione del momento intergovernativo nell'equilibrio istituzionale dell'UE.

Il Consiglio si riunisce in varie formazioni in corrispondenza dei settori dell'attività dell'UE. L'elenco di tali formazioni è stabilito, come già ricordato, dal Consiglio europeo con decisione adottata a maggioranza qualificata (art. 16, par. 6, 1° comma, TUE e art. 236, 1° comma, lett. a, TFUE). Tale elenco deve comunque comprendere una formazione "Affari generali", che assicura la coerenza dei lavori delle varie formazioni del Consiglio, prepara, come appena

detto, le riunioni del Consiglio europeo ed assicura in seguito il necessario collegamento con il Presidente di quest'ultimo e con la Commissione, oltre ad una formazione "Affari esteri", la quale elabora l'azione esterna dell'UE secondo le linee strategiche definite dal Consiglio europeo e assicura la coerenza dell'azione dell'UE nel settore (art. 16, par. 6, 3° comma, TUE). Fino all'emanazione della decisione suddetta, le formazioni del Consiglio sono quelle definite dal Consiglio "Affari generali" (così l'art. 4 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie, allegato al testo di Lisbona) e riportate nell'Allegato I al regolamento interno del Consiglio². Esse includono le formazioni "Economia e finanza" (c.d. Consiglio Ecofin), "Giustizia e affari interni", "Occupazione e politica sociale", "Trasporti", "Agricoltura e pesca", ecc., in modo da comprendere tutti i settori dell'attività dell'UE.

La presidenza del Consiglio e, quindi, delle sue formazioni, è stabilita dal Consiglio europeo, a maggioranza qualificata, secondo un sistema di "rotazione paritaria", con la sola eccezione della presidenza della formazione "Affari esteri", che spetta di diritto all'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (v. il combinato disposto dell'art. 16, par. 9, TUE, dell'art. 236, 1° comma, lett. b, TFUE e dell'art. 18, par. 3, TUE). La Dichiarazione n. 9 allegata al testo di Lisbona contiene già un progetto di decisione del Consiglio europeo al riguardo. Esso prevede che la presidenza del Consiglio e delle sue formazioni (sempre con l'esclusione della formazione "Affari esteri") venga esercitata da gruppi predeterminati di tre Stati membri per un periodo di diciotto mesi, nell'arco del quale uno di tali tre Stati esercita a turno la presidenza per sei mesi e gli altri due lo assistono in tale compito sulla base di un programma stabilito in comune dai tre Stati per l'intero periodo di diciotto mesi. I gruppi di tre Stati membri vengono di volta in volta determinati sulla base di un sistema di rotazione paritaria degli Stati membri, tenendo conto della loro diversità e degli equilibri geografici dell'Unione. Si mantiene, così, il sistema di rotazione semestrale attualmente adottato per la presidenza di Consiglio europeo e Consiglio, ma si consente una pianificazione dell'attività della presidenza in un arco di tempo di diciotto mesi. Il Parlamento europeo non è coinvolto nella nomina del Presidente del Consiglio e delle sue formazioni.

Come disposto dall'art. 5, par. 2, del regolamento interno del Consiglio, la Commissione è invitata a partecipare alle sedute del Consiglio, ma quest'ultimo può decidere di deliberare senza la presenza della Commissione.

Il Consiglio, nelle sue varie formazioni, si riunisce su convocazione del suo Presidente, per iniziativa di quest'ultimo o di uno dei suoi membri o della Commissione (art. 237 TFUE). Esso non è quindi un organo permanente, come lo sono altri organi quali, ad esempio, la Commissione. Per ovviare parzialmente agli inconvenienti creati dalla crescente frequenza delle riunioni, si è sviluppata la prassi della procedura scritta (art. 12 del regolamento interno), secondo cui il

² Adottato da ultimo con decisione 2006/683/CE, Euratom del Consiglio, del 15 settembre 2006, *GUUE* L 285, 16 ottobre 2006, p. 47 ss.

testo di una determinata risoluzione viene inviato ai vari Stati membri, che manifestano per iscritto il proprio dissenso o assenso, senza la necessità di una riunione. L'adozione di questa procedura richiede, però l'unanimità del Consiglio o del COREPER. Altro sviluppo introdotto dalla prassi è quello dei Consigli "informali" (prassi invalsa anche per il Consiglio europeo), i quali hanno luogo quando gli Stati membri desiderano discutere una materia relativamente alla quale non intendono adottare nessuno specifico provvedimento, ma semplicemente scambiarsi i rispettivi punti di vista.

Il Consiglio è assistito da un Segretario generale, che svolge le stesse funzioni di assistenza anche nei confronti del Consiglio europeo (art. 235, par. 4, TUE e art. 240, par. 2, TFUE), e dal Comitato dei rappresentanti permanenti dei governi degli Stati membri, o COREPER, previsto dall'art. 16, par. 7, TUE e dall'art. 240, par. 1, TFUE. Il COREPER è composto dai rappresentanti diplomatici che ciascuno Stato membro accredita presso l'UE, quindi da funzionari di rango inferiore rispetto ai membri del Consiglio. Esso è responsabile della preparazione dei lavori del Consiglio e dell'esecuzione dei compiti che il Consiglio gli assegna. Inoltre, esso può anche adottare decisioni di procedura nei casi previsti dal regolamento interno del Consiglio. A differenza del Consiglio, il COREPER è un organo permanente e, quindi, in grado di svolgere senza soluzione di continuità il suo ruolo. In pratica, il COREPER filtra le proposte della Commissione, esprimendo il proprio accordo su quelle di minore importanza, che vengono poi sottoposte al Consiglio per la ratifica formale (c.d. "punti A" dell'ordine del giorno), inoltrando al Consiglio per la discussione quelle più problematiche (c.d. "punti B") e, infine, bloccando le proposte che gli Stati membri non sono nemmeno preparati a discutere, impedendo, così, che ad esse venga data pubblicità. Risulta evidente la misura in cui il COREPER finisca in tal modo con l'imbrigliare il potere di iniziativa della Commissione.

L'art. 16, par. 3, TUE stabilisce che, quando i Trattati non dispongano diversamente, il Consiglio delibera a maggioranza qualificata, il che è di regola il caso quando viene seguita la procedura legislativa ordinaria, pur con qualche eccezione.

Il sistema di voto della maggioranza qualificata comporta la necessità di una doppia maggioranza: il consenso di almeno il 55% dei membri del Consiglio con un minimo di quindici Stati (attualmente, nell'UE a ventisette Stati, tale maggioranza corrisponde appunto a quindici Stati), che totalizzino almeno il 65% della popolazione dell'UE. Si tiene, così, conto sia degli Stati individualmente considerati (ad ogni Stato viene attribuito un voto, senza nessuna ponderazione dei voti), che della importanza relativa degli stessi sulla base della loro popolazione, in modo da evitare che una decisione possa essere adottata solo dai quindici Stati più piccoli, in quanto questi non raggiungerebbero l'altro requisito del 65% della popolazione. Si tenga presente al riguardo, che, secondo fonte Eurostat, nell'anno 2006 la popolazione complessiva dell'UE (comprensiva anche di Romania e Bulgaria) era pari a quasi 493 milioni di abitanti e che il 65% di tale popolazione è pari a poco più di 320 milioni di abitanti. Secondo queste regole, la "minoranza di blocco", cioè il numero di Stati in grado di bloccare, con il loro

dissenso, il raggiungimento della suddetta maggioranza, sarebbe, nell'UE a ventisette Stati, di 13 Stati (45% più uno), o, in alternativa, di un numero di Stati che abbiano una popolazione superiore al 35% del totale. L'art. 16, par. 4, TUE precisa, però, che la minoranza di blocco relativa alla popolazione deve comprendere almeno quattro Stati, per evitare che tre Stati di grande popolazione possano da soli bloccare una decisione (di fatto, attualmente, tre degli Stati maggiori superano la soglia del 35% della popolazione dell'UE). Se tali tre Stati fossero i soli contrari ad una determinata delibera, la maggioranza qualificata si considererebbe ugualmente raggiunta, anche se il criterio del 65% della popolazione complessiva non fosse rispettato.

Regole lievemente diverse (art. 238, par. 2, TFUE) valgono per il caso in cui il Consiglio non deliberi su proposta della Commissione o dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, ma di sua iniziativa o su proposta proveniente da altri soggetti. In tali casi, in cui manca la garanzia di una proposta proveniente da un organo, come la Commissione, preposto alla tutela dell'interesse generale dell'UE, o, nel campo della politica estera e di sicurezza comune, manca la garanzia di una proposta proveniente dall'organo preposto a tale politica, la maggioranza richiesta per il numero degli Stati membri passa da 55% a 72% (pari attualmente a venti Stati), mentre la maggioranza richiesta per la popolazione resta invariata al 65%. Regole specifiche sulla maggioranza qualificata nei casi di votazioni cui non partecipino tutti i membri del Consiglio (per esempio per le cooperazioni rafforzate) sono poi contenute nell'art. 238, par. 3, TFUE.

Queste regole sulla maggioranza qualificata entreranno, però, in vigore solo dal 1° novembre 2014, data la resistenza di Stati come la Polonia e la Spagna ad accettare da subito quella che percepivano come una diminuzione del peso del proprio voto conquistato durante le trattative che avevano portato all'attuale Trattato di Nizza. Fino al 31 ottobre 2014 si applica, per il calcolo della maggioranza qualificata, il sistema di ponderazione dei voti stabilito dall'art. 3 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie, allegato al testo di Lisbona, il quale riflette la situazione risultante dall'adesione di Bulgaria e Romania. Tale sistema (in vigore fin dai Trattati originari per le votazioni a maggioranza qualificata del Consiglio e poi via via corretto a seguito dell'ingresso dei nuovi Stati) attribuisce ai voti dei vari Stati membri una ponderazione che tiene conto grosso modo del criterio demografico, con importanti correttivi dettati da motivi politici, economici e di opportunità, spesso frutto di estenuanti trattative, come quelle che ebbero luogo in occasione della firma del Trattato di Nizza. Ai quattro Stati "grandi" (Germania, Regno unito, Francia e Italia) vengono attribuiti 29 voti ciascuno, ai due Stati "medio-grandi" (Spagna e Polonia) vengono attribuiti 27 voti ciascuno e via via un numero decrescente di voti agli altri Stati (con un trattamento proporzionalmente più favorevole per gli Stati piccoli), per un totale di 345 voti complessivi.

Una delibera a maggioranza qualificata viene adottata se si raggiungono 255 voti, che esprimano il voto favorevole della maggioranza dei membri (cioè, attualmente, quattordici Stati), ove la delibera necessiti di una previa proposta

della Commissione; negli altri casi, in cui il Consiglio delibera di sua iniziativa o su proposta proveniente da altri soggetti, per l'adozione della delibera è richiesto il voto favorevole di almeno due terzi degli Stati (cioè, attualmente, diciotto Stati). Inoltre, ai sensi dell'art. 3, 4° comma, del suddetto Protocollo n. 36, qualsiasi membro del Consiglio, in caso di adozione di una delibera a maggioranza qualificata, può chiedere che si verifichi che gli Stati membri che compongono tale maggioranza rappresentino almeno il 62% della popolazione totale dell'UE (c.d. *filet démographique*). Se v'è tale richiesta, e se la verifica indica che la condizione non è soddisfatta, la delibera non può essere adottata.

La fissazione del quoziente di 255 voti su 345 comporta, nel regime che resterà in vigore fino al 1° novembre 2014, che la c.d. minoranza di blocco, cioè il numero di voti necessari per bloccare una delibera che debba essere presa a maggioranza qualificata, sia di 91 voti, ovvero poco più di un quarto del totale. In altre parole, tre Stati grandi, con 29 voti ciascuno, pari ad un totale di 87 voti, alleandosi con qualsiasi altro Stato anche molto piccolo (eccetto Malta, che ha solo tre voti), possono bloccare una decisione del Consiglio sulla quale gli altri ventitré Stati siano d'accordo. A ben vedere, quindi, il nuovo sistema, date le percentuali necessarie per la doppia maggioranza, non differisce in maniera sostanziale dal sistema attuale. Anche con il nuovo sistema quattro Stati su ventisette, che rappresentino più del 35% della popolazione totale dell'UE, possono bloccare una decisione, così che l'unica vera innovazione apportata da tale nuovo sistema è costituita dall'abolizione della ponderazione dei voti degli Stati membri, cui si sostituisce, però, il peso differente attribuito agli Stati stessi in base alle rispettive popolazioni nel calcolo della seconda delle due maggioranze richieste, quella del 65% della popolazione totale. Diverse erano le aspettative alimentate dal dibattito sulla necessità di migliorare l'efficienza del processo decisionale dell'UE, seguito al Trattato di Nizza, con particolare riferimento all'esigenza di rendere più agevoli le decisioni del Consiglio da prendersi a maggioranza qualificata. In particolare, già alcune voci si sono levate a favore del mantenimento del sistema della ponderazione dei voti per tali decisioni³.

Pur tuttavia, non è bastato agli Stati membri che tali nuove norme sulla maggioranza qualificata entrassero in vigore solo dal 1° novembre 2014. L'art. 3, par. 2, del citato Protocollo n. 36 prevede che, anche dopo il 1° novembre 2014 e fino al 31 marzo 2017, qualsiasi membro del Consiglio (la norma non fa riferimento a delibere a maggioranza qualificata da parte del Consiglio europeo) possa chiedere, ed abbia diritto di ottenere, che si proceda al voto secondo il calcolo ponderato dei voti appena descritto, applicabile fino al 31 ottobre 2014. Quindi, le nuove norme potrebbero, a semplice richiesta di qualsiasi Stato membro, anche il più piccolo, non entrare in vigore che nell'aprile 2017 per le delibere relativamente alle quali tale diritto venisse esercitato.

Ma nemmeno tali cautele sono state ritenute sufficienti dagli Stati membri restii a rinunciare alla regola dell'unanimità. La Dichiarazione n. 7, allegata al

³ Y. DEVUYST, *op. cit.*, p. 321 ss.

testo di Lisbona, prevede che all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona entrerà anche in vigore una decisione del Consiglio il cui testo è incluso nella Dichiarazione stessa. Tale decisione prevede norme particolari applicabili, rispettivamente, dal 1° novembre 2014 fino al 31 marzo 2017 e dopo il 1° marzo 2017 a tempo indefinito, tutte volte a rendere più difficile l'adozione di decisioni a maggioranza qualificata e a favorire gli Stati dissenzienti. Tali norme valgono solo per le decisioni a maggioranza qualificata del Consiglio e non per quelle del Consiglio europeo.

Fino al 31 marzo 2017, se un numero di membri del Consiglio abbastanza vicini ad una minoranza di blocco, ma non in grado di realizzarla, manifesti l'intenzione di opporsi all'adozione, da parte del Consiglio, di un atto a maggioranza qualificata, potrà chiedere di proseguire la discussione per un periodo di tempo ragionevole, pur senza pregiudicare i limiti di tempo obbligatori eventualmente stabiliti dal diritto dell'UE. L'obiettivo è quello di pervenire ad una soluzione soddisfacente per gli Stati dissenzienti, anche se minoritari. Gli Stati membri che possono avvalersi di questo diritto devono rappresentare (a) almeno i tre quarti della popolazione necessaria per costituire una minoranza di blocco (cioè il 75% del 35% più uno della popolazione dei quattro Stati membri che, in base al criterio della popolazione, possono costituire una minoranza di blocco), o (b) almeno i tre quarti del numero degli Stati membri necessari per costituire una minoranza di blocco, cioè, attualmente, dieci Stati (75% del numero di Stati membri necessari per costituire la minoranza di blocco del 45% più uno, ovvero, attualmente, tredici Stati).

Dopo il 1° aprile 2017, allorché, cioè, non potrà più applicarsi il metodo della votazione ponderata su richiesta di uno Stato membro, come previsto dal citato art. 3, par. 2, del Protocollo n. 36, il meccanismo di cui sopra diventerà permanente e sarà addirittura rafforzato. Maggioranze di Stati membri più ristrette, infatti, potranno chiedere di proseguire la discussione in caso di disaccordo di un numero di Stati inferiore a quello necessario per costituire una minoranza di blocco. Tali maggioranze saranno, rispettivamente, di almeno il 55% (non più il 75%) della popolazione o almeno il 55% (non più il 75%) del numero di Stati membri necessari per costituire una minoranza di blocco (in tale caso basteranno, attualmente, otto Stati membri: il 55% di tredici).

Il suddetto meccanismo di prosecuzione della discussione per favorire Stati membri dissenzienti, che non raggiungano, però, una minoranza di blocco, dà nuova vita alla sostanza del c.d. "Compromesso di Ioannina", che sembrava avere ormai un valore solo storico. Infatti, il Compromesso di Ioannina⁴, raggiunto in sede di negoziati per l'allargamento dell'UE ad Austria, Finlandia e Svezia, era appunto volto ad abbassare la soglia della minoranza di blocco allora vigente, in modo da rendere più difficile l'adozione di delibere a maggioranza qualificata.

⁴ Decisione del Consiglio, del 29 marzo 1994, *GUCE* C 105, 13 aprile 1994, modificata con decisione del Consiglio, del 1° gennaio 1995, *GUCE* C 1, 1° gennaio 1995.

Al di là di un senso generale di scoramento per la tenacia che gli Stati membri, quando si tratta di rinunciare alla regola dell'unanimità a favore di quella della maggioranza qualificata, mostrano nel tutelare i propri interessi particolari, al di là di quelli generali dell'UE, due osservazioni conclusive si impongono al riguardo. Anzitutto, va sottolineata l'importanza vitale che gli Stati membri attribuiscono alla materia, come mostrato da tutti i loro sforzi per ritardare o rendere più difficile l'applicazione delle nuove regole sulla maggioranza qualificata (anche a costo di rendere il processo decisionale dell'UE inefficiente e farraginoso), nonché dal Protocollo n. 9, allegato al testo di Lisbona, il quale si preoccupa di precisare che la suddetta decisione del Consiglio, allegata alla Dichiarazione n. 7, proprio in virtù di tale sua "importanza fondamentale", non potrà fare oggetto di nessuna proposta di modifica da parte del Consiglio, prima che il Consiglio europeo si sia pronunciato per consenso in merito a tale proposta. In secondo luogo, pur se la decisione in questione è il simbolo dell'attaccamento degli Stati membri alla tutela dei loro interessi particolari, nel Preambolo della decisione essa viene ipocriticamente giustificata dall'esigenza di "rafforzare la legittimità democratica delle deliberazioni prese a maggioranza qualificata", come se il perseguimento di un consenso il più unanime possibile avesse qualcosa in comune con la legittimità democratica delle decisioni.

Venendo, ora, ai casi in cui il Consiglio decide all'unanimità, è appena il caso di sottolineare come, in un'UE ormai a ventisette membri, tale regola renda estremamente difficile il cammino dell'integrazione europea. Ci si attendeva, pertanto, che il testo di Lisbona riducesse drasticamente i casi di decisioni all'unanimità. Tale riduzione si è in parte verificata, ma non nella misura auspicata. Per molte decisioni in settori importanti dell'attività dell'UE l'unanimità rimane ancora la regola, non solo per le decisioni del Consiglio europeo, come abbiamo ricordato più sopra (si pensi all'azione esterna, alla politica estera e di sicurezza comune, alla politica di sicurezza e di difesa comune), ma anche per quelle del Consiglio stesso. Basti pensare, soprattutto, ma non solo, alla politica fiscale e alla politica sociale.

Scorrendo i testi dei Trattati, si rileva che sono circa settanta i casi in cui il Consiglio decide ancora all'unanimità, e questo nonostante l'estensione dell'utilizzo della procedura legislativa ordinaria nella quale il Consiglio decide in genere a maggioranza qualificata. Non ci sembra necessario, ai fini di questo lavoro, elencare tutti i casi di decisioni del Consiglio da adottarsi all'unanimità, ma, per mostrare che tali casi sono tutt'altro che marginali, come alcuni sembrano ritenere, ci si consenta di elencarne alcuni, a solo titolo di esempio, seguendo l'ordine nel quale essi sono previsti nei Trattati e non il loro grado di importanza. L'unanimità è ancora prevista per alcune decisioni in materia di lotta alle discriminazioni (art. 19, par. 1, TFUE), di misure relative alla sicurezza sociale o protezione sociale (art. 21, par. 3, TFUE), di diritto di voto nello Stato membro di residenza (art. 22, paragrafi 1 e 2, TFUE), di misure fiscali restrittive dei movimenti di capitali (art. 64, par. 3 e art. 65, par. 4, TFUE) o volte a facilitare la libera circolazione delle persone (art. 77, par. 3, TFUE), di misure con implicazioni transnazionali relative al diritto di famiglia (art. 81, par. 3, TFUE),

di istituzione della Procura europea (art. 86 TFUE), di cooperazione di polizia (art. 87, par. 3, TFUE), di intervento dell'autorità di uno Stato membro in un altro Stato membro (art. 89 TFUE), di compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato interno (art. 108, par. 2, 3° comma, TFUE), di armonizzazione delle legislazioni in materia fiscale (art. 113 TFUE), di ravvicinamento delle legislazioni (art. 115 TFUE), di regimi linguistici dei titoli di proprietà intellettuale (art. 118, 2° comma, TFUE), di disposizioni che sostituiscono il protocollo sui disavanzi eccessivi (art. 126, par. 14, 2° comma, TFUE), di affidamento di incarichi specifici alla Banca centrale europea (art. 127, par. 6, TFUE), di politica sociale (art. 153, par. 2, 3° e 4° comma, TFUE e art. 155, par. 2, 2° comma, TFUE), di politica ambientale (art. 192, par. 2, TFUE), di politica di energia (art. 194, par. 3, TFUE), di associazione dei Paesi e territori d'oltremare (art. 203 TFUE), di politica commerciale comune (art. 207, par. 4, 1° e 3° comma TFUE), di conclusione di alcuni accordi internazionale (art. 218, par. 8, 2° comma, TFUE e art. 219 TFUE), di non copertura di un posto vacante nella Commissione (art. 246, 3° comma, TFUE), di attribuzione alla Corte di giustizia di competenza su controversie in materia di titoli europei di proprietà intellettuale (art. 262 TFUE), di modifica di una proposta della Commissione (art. 293, par. 1, TFUE), di emendamenti rispetto ai quali la Commissione ha dato parere negativo, nel corso della procedura legislativa ordinaria (art. 294, par. 9, TFUE), di composizione del Comitato economico e sociale (art. 301, 2° comma, TFUE) e del Comitato delle regioni (art. 305, 2° comma, TFUE), di modifica dello Statuto della Banca europea per gli investimenti (art. 308, 2° comma, TFUE), di fissazione del quadro finanziario pluriennale (art. 312, par. 2, TFUE), di autorizzazione di una cooperazione rafforzata nel settore della politica estera e di sicurezza comune (art. 329, par. 2, 2° comma, TFUE e art. 331, par. 2, 3° comma, TFUE), di regime linguistico delle istituzioni (art. 342 TFUE), di modifica dell'elenco del materiale bellico degli Stati membri (art. 346, par. 2, TFUE), di clausola di flessibilità (art. 352 TFUE).

L'elenco è impressionante e testimonia l'attaccamento da sempre dimostrato dagli Stati membri a mantenere la regola dell'unanimità, attaccamento che risale ad epoca ormai storica, quando l'UE era ancora a sei membri e, nel 1965, la Francia, disertando le riunioni del Consiglio in attuazione della c.d. politica "della sedia vuota", manifestò il proprio dissenso ad attuare le disposizioni dei Trattati che prevedevano il passaggio dalla regola dell'unanimità a quella della maggioranza qualificata per molte decisioni del Consiglio successive alla scadenza del periodo transitorio. L'*impasse* fu allora risolta con il c.d. Compromesso di Lussemburgo, adottato durante la seduta straordinaria del Consiglio del 18 gennaio 1966, il quale ripristinava, in sostanza, la regola dell'unanimità, a dispetto di quanto previsto dai Trattati. Purtroppo tale atteggiamento degli Stati membri non è mutato nemmeno ora che, in un'UE a ventisette Stati, la regola dell'unanimità dimostra ogni giorno i suoi effetti sempre più perniciosi per il processo di integrazione europea.

Ricordiamo che, quasi a compensare l'ancora diffusa previsione del criterio dell'unanimità, la sua sostituzione con il voto a maggioranza qualificata nell'am-

bito del TFUE o del Titolo V del TUE (ma non per le “decisioni che hanno implicazioni militari o che rientrano nel settore della difesa”) può avvenire secondo una procedura di revisione semplificata (v. art. 48, par. 7, TUE). Accanto a tale clausola “orizzontale”, inoltre, vi sono casi di “passerelle settoriali”, intese ad agevolare il passaggio dall’unanimità alla maggioranza qualificata in specifiche materie (per esempio, v. l’art. 31, par. 3, TUE e l’art. 312, par. 2, 2° comma, TFUE). Per dare attuazione a tali clausole occorre sempre, però, l’accordo unanime degli Stati membri, espresso a seconda dei casi in seno al Consiglio europeo oppure al Consiglio; inoltre, nel caso della procedura di revisione semplificata, è sufficiente l’opposizione di un solo Parlamento nazionale per impedire tali sviluppi. Tenuto conto di questi requisiti, è difficile ipotizzare un ampio ricorso alle accennate clausole, perlomeno nel prossimo futuro.

Il Consiglio può anche, in alcuni casi, decidere a semplice maggioranza dei membri che lo compongono (art. 238, par. 1, TFUE). Le decisioni a maggioranza semplice sono in effetti utilizzate solo per provvedimenti interorganici o adempimenti procedurali del Consiglio. Per alcuni esempi, si vedano le seguenti norme: art. 150 TFUE, art. 160 TFUE, art. 240, paragrafi 2 e 3, TFUE, art. 241 TFUE, art. 242 TFUE, art. 245, 2° comma, TFUE, art. 247 TFUE, art. 337 TFUE.

Come per il Consiglio europeo, anche per il Consiglio, in caso di votazione, ciascun membro può ricevere delega da uno solo degli altri membri (art. 239 TUE). Inoltre, le astensioni di uno o più dei membri presenti o rappresentati non ostano all’adozione di decisioni unanimi (art. 238, par. 4, TFUE). Una particolare forma di astensione nel settore della politica estera e di sicurezza comune, detta “astensione costruttiva”, è disciplinata dall’art. 31 TUE. L’assenza di uno o più Stati membri non consente, invece, secondo un principio consolidato, l’adozione di una delibera all’unanimità.

Il Consiglio si riunisce in seduta pubblica quando delibera e vota su un progetto di atto legislativo. Altrimenti le sue sedute non sono pubbliche (art. 16, par. 8, TUE). Le modalità dell’apertura al pubblico delle sedute del Consiglio sono stabilite dall’art. 8 del suo regolamento interno. L’accesso del pubblico ai documenti si basa sul principio di trasparenza di cui all’art. 15 TUE ed è disciplinato dall’Allegato II al regolamento interno del Consiglio.

4. Come abbiamo detto all’inizio, queste nuove norme inducono ad interrogarsi sulla natura giuridica del Consiglio europeo e del Consiglio quale emerge dalle norme stesse.

Quanto al Consiglio europeo, tale natura sfugge ad una definizione unitaria, in quanto le sue attività non sono omogenee. Indubbiamente, in alcune materie, e segnatamente nel settore della politica estera e di sicurezza comune, o della politica di sicurezza e di difesa comune, esso svolge la funzione di indirizzo politico che gli è assegnata espressamente dai Trattati, indirizzo che dovrà informare l’attività delle altre istituzioni dell’UE, specie quelle che svolgono la funzione legislativa (Consiglio e Parlamento europeo). A volte, però, il Consiglio europeo appare come un organo di politica attiva, integrando o attuando dispo-

sizioni dei Trattati, come quando decide sulle formazioni del Consiglio o sulla composizione del Parlamento europeo. In altri casi, ancora, esso appare agire come un organo di presidenza collegiale dell'UE, come quando nomina il proprio Presidente, l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza o concorre con il Parlamento europeo alla nomina del Presidente della Commissione. Inoltre, in alcuni casi in cui delibera all'unanimità, senza la partecipazione del suo Presidente e del Presidente della Commissione, esso sembra operare piuttosto come una riunione di organi degli Stati membri, al pari di una conferenza intergovernativa, come, per esempio, quando, nell'ambito di una procedura di revisione semplificata dei Trattati (art. 48, paragrafi 6 e 7, TUE), il Consiglio europeo svolge in effetti le funzioni che sono proprie di una conferenza intergovernativa nell'ambito delle procedure di revisione ordinaria. Altre volte, infine, il Consiglio europeo appare come un organo di seconda istanza rispetto al Consiglio, o in qualche modo sovraordinato rispetto allo stesso, come avviene, ad esempio, quando il Consiglio riferisce al Consiglio europeo le risultanze del progetto sugli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri (art. 121, par. 2, TFUE); quando, in materia di sicurezza sociale, il Consiglio, di fronte alla resistenza di uno Stato membro all'adozione di un atto legislativo, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione (art. 48, 2° comma, TFUE); quando, in caso di adozione del c.d. "freno di emergenza" da parte di un membro del Consiglio, questo deferisce la questione al Consiglio europeo nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 82, par. 3, e art. 83, par. 3, TFUE), della cooperazione di polizia (art. 87, par. 3, 2° comma, TFUE) o del mancato raggiungimento dell'unanimità relativamente all'istituzione di una Procura europea (art. 86, par. 1, 2° comma, TFUE); o quando, infine, al Consiglio, nella formazione "Affari generali", viene affidato il compito di preparare le riunioni del Consiglio europeo e assicurare in seguito il necessario collegamento con il Presidente del Consiglio europeo (art. 16, par. 6, 2° comma, TUE).

Quanto al Consiglio, esso è stato fin dall'inizio una istituzione dell'UE e, come tale, i suoi atti sono imputabili all'UE stessa e non ai singoli Stati, tanto è vero che uno Stato può impugnare un atto del Consiglio dinanzi alla Corte di giustizia per vizi di legittimità, *ex art. 263 TFUE*, anche se il suo rappresentante ha votato in senso favorevole in sede di delibera del Consiglio⁵. Tuttavia, anche per il Consiglio vale quanto già osservato per il Consiglio europeo, e cioè che a volte esso sembra operare, piuttosto che come una istituzione dell'UE, come una riunione di organi degli Stati membri, al pari di una conferenza intergovernativa, come, per esempio, per le delibere concernenti il completamento dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea (art. 25, 2° comma, TFUE), la procedura uniforme per l'elezione a suffragio universale diretto (art. 223, par. 1, 2° comma, TFUE), le risorse proprie (art. 311, 3° comma, TFUE) o l'attribuzione alla Corte

⁵ V. la sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1979, causa 166/78, *Italia c. Consiglio*, *Raccolta*, p. 2675 ss.

di giustizia di competenze connesse con controversie relative ai titoli europei di proprietà intellettuale (art. 262 TFUE), tutte delibere che richiedono l'unanimità, che vanno approvate da ciascuno degli Stati membri e relativamente alle quali il Consiglio svolge in effetti le funzioni che sono proprie di una conferenza intergovernativa nell'ambito delle procedure di revisione ordinaria dei Trattati. In passato, il Consiglio aveva perfino concluso accordi internazionali in forma semplificata, modificativi dei Trattati, che sono entrati in vigore senza la ratifica da parte degli Stati membri, come è avvenuto in occasione dei sopra citati Compromessi di Lussemburgo e di Ioannina. In tutti tali casi potrebbe ritenersi che le delibere del Consiglio siano imputabili agli Stati membri e non all'UE in quanto tale.

Certamente imputabili agli Stati membri, e non all'UE, sono, invece, quelle delibere che vengono prese "di comune accordo dai Governi degli Stati membri", anche se l'adozione di tali delibere può avvenire, anzi spesso avviene, nel corso di riunioni del Consiglio. In tali casi, i partecipanti alla riunione, pur se fisicamente gli stessi, agiscono non più come componenti di una istituzione dell'UE, ma come riunione dei rappresentanti degli Stati membri. Esempi di tali delibere sono quelle per la nomina dei giudici e degli avvocati generali della Corte di giustizia (art. 19, par. 2, 3° comma, TUE) o per la fissazione delle sedi delle istituzioni (art. 341 TFUE).

A conclusione del nostro discorso sul Consiglio europeo e sul Consiglio desideriamo solo osservare che l'ampiezza del loro ruolo, specie nei casi, ancora numerosi, in cui essi decidono all'unanimità, testimonia la persistente prevalenza della dimensione intergovernativa nell'equilibrio istituzionale dell'UE, dimensione che si è venuta perfino rafforzando con il testo di Lisbona.

Abstract

Composition and Functioning of the Council and of the European Council in the Treaty of Lisbon

The article examines first of all the most important innovations contained in the Treaty of Lisbon with regard to the European Council. They include the election of its President for a term of two and a half years (renewable once) and, most importantly, the full time nature of such assignment, which excludes the possibility for the President to be also a chief or a member of a national Government. The European Council, depending on its functions, may act as an international conference of the Member States or as an institution of the EU, with a role of an appeal instance with respect to the Council. With regard to the Council, the article concentrates on its vote mechanism, underlining that the most significant innovation (the double majority system for decisions requiring qualified majority) unfortunately, from a practical viewpoint, will not enter into force before April 1, 2017. Furthermore, the conservative rules of the so called "Ioannina

compromise” are reinstated for an indefinite period of time. Finally, the articles points out that the rules of unanimity still applies to the Council’s decisions in about seventy cases.

Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario

SOMMARIO: 1. I principi generali dell'ordinamento comunitario come fattore del processo di integrazione. – 2. La dottrina dei controlimiti. – 3. Il primato del diritto comunitario secondo il Trattato costituzionale. – 4. Il Trattato di Lisbona e i tentativi di rafforzamento delle sovranità statali. – 5. Ipotesi di contrasto del diritto interno col diritto comunitario. – 6. L'eccezione di "situazione puramente interna". – 7. L'opera della Corte di giustizia nella ricostruzione dei principi generali. Il caso *Mangold*. – 8. Il necessario "dialogo" tra Corte di giustizia e corti supreme interne.

1. La giurisprudenza della Corte di giustizia è notoriamente uno dei fattori che maggiormente hanno contribuito all'evoluzione del processo di integrazione europeo, e il principale strumento utilizzato a tal fine è la teorizzazione e l'elaborazione dei principi generali o fondamentali dell'ordinamento comunitario. È tramite essi che la Corte ha cercato di assicurare la coerenza, l'unità, il consolidamento dell'ordinamento comunitario, ma anche è riuscita a dirigere tale processo e farlo evolvere verso un ordinamento giuridico maggiormente integrato, ossia più omogeneo e meno frammentario.

Al di là dunque di alcuni celebri assiomi entrati a far parte del "DNA" comunitario e fondamenti oramai imprescindibili dell'integrazione – supremazia, efficacia diretta, effetto utile, leale cooperazione – l'enunciazione variegata nel tempo di una serie di principi generali dell'ordinamento comunitario, che rivestono dunque valore vincolante anche per gli ordinamenti degli Stati membri, ha consentito di ricondurre, o tentare di ricondurre a unità le diverse articolazioni, espressioni dei diritti statali, al fine di realizzare una compenetrazione o armonizzazione, o comunque un maggiore coordinamento, tra principi degli ordinamenti statali e principi comunitari.

Così, in una prima fase si assiste all'affermazione dell'esistenza di principi non scritti dell'ordinamento comunitario che si impongono al rispetto non solo delle istituzioni comunitarie ma anche degli Stati membri. Con il successivo e inevitabile corollario della superiorità di tali principi generali che, facendo parte del diritto comunitario, godono dello stesso carattere di preminenza nonché di efficacia diretta negli ordinamenti giuridici nazionali, con il solo limite – ovvio, ma non tanto definito, come vedremo – che la loro osservanza si impone solamente nell'ambito delle materie di rilevanza comunitaria.

Il secondo passaggio, indubbiamente assai delicato, è costituito dall'opera di rilevazione di tali principi ad opera della Corte, quando terrà conto non solo delle esigenze e delle finalità dell'ordinamento comunitario, ma anche dei principi fondamentali dell'uomo ricavabili dagli strumenti internazionali e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Il terzo passaggio, ancor più delicato e problematico, è costituito da un ulteriore ampliamento del nucleo dei principi generali comunitari rilevandoli anche con riferimento ai principi fondamentali vigenti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, o anche di un singolo Stato membro.

Infine, assistiamo a una funzione espansiva dei principi generali affermati dalla Corte, poiché la loro efficacia viene estesa anche a materie rimaste essenzialmente nella sfera di competenza degli Stati membri o riconducibili solo in senso ampio, o indiretto, alle competenze comunitarie. Conseguentemente questo processo porta a un inevitabile ridimensionamento delle autonomie e della sovranità degli Stati membri, andando a intaccare anche sfere normalmente riservate alla loro competenza normativa.

Strumento dunque, quello dei principi generali, rivolto a realizzare una effettiva armonizzazione e integrazione degli ordinamenti statali con quello comunitario tramite l'enunciazione e il rispetto di principi che, in virtù della loro generalità, divengono comuni e condivisi.

È in questo contesto e alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia, che si colloca la *vexata quaestio* del primato del diritto comunitario e dei suoi limiti e che deve (ri)considerarsi la pur sempre attuale problematica delle "resistenze" che talora taluni ordinamenti interni frappongono alla supremazia del diritto comunitario in certi ambiti ritenuti particolarmente delicati e attinenti alla loro stessa sovranità, come quando siano messi in discussione loro principi costituzionali.

2. Il primato del diritto comunitario sui diritti nazionali, così fermamente e tenacemente affermato dalla Corte di giustizia comunitaria nella sua consolidata giurisprudenza – e del resto mai seriamente contestato dalle corti interne – è divenuto un assioma, un principio fondamentale essenziale e indispensabile per un'integrazione compiuta ed effettiva, ma ha incontrato, come noto, alcune resistenze da parte delle Corti supreme di alcuni Stati membri (Italia, Germania, Francia, Spagna ...), elaborate a "difesa" delle sovranità statali quando si rilevassero minacciate dal "primato" comunitario in certi valori considerati irrinunciabili del proprio ordinamento interno.

La teoria dei controlimiti ha avuto un notevole impatto, talora con risvolti anche positivi, nel processo di integrazione, ma in pratica non ha trovato mai concreta applicazione e quindi non ha avuto conseguenze giuridiche di particolare rilievo. Si tratta comunque di una posizione a nostro avviso "datata", nel senso che ha trovato una sua giustificazione obbiettiva, una sua ragion d'essere e motivazioni apprezzabili in un periodo storico in cui il processo di integrazione era in piena evoluzione, in cui i rapporti tra corti interne e Corte di giustizia europea non erano ancora ben definiti, in cui certi principi fondamentali come

quelli dell'uomo non avevano ancora trovato completo riconoscimento e tutela da parte della Corte di giustizia, la quale non aveva ancora "perfezionato" la propria giurisprudenza in merito: quando dunque era diffuso – e forse giustificato – il timore che la supremazia del diritto comunitario potesse condurre a un conflitto con diritti fondamentali caratterizzanti l'ordinamento costituzionale interno.

Oggi, in un quadro generale profondamente cambiato, la teoria dei controlimiti si pone in netta contraddizione con il concetto stesso di integrazione quale risulta "maturato" alla luce dei suoi recenti sviluppi: in primo luogo, appare più difficilmente giustificabile alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha fornito prove convincenti di saper offrire adeguata ed efficace tutela ai diritti fondamentali quali principi generali dell'ordinamento comunitario, e anche a seguito della garanzia loro accordata dall'art. 6 del Trattato UE, che impone all'Unione il loro rispetto; a ciò si aggiunga la Carta di Nizza dei diritti fondamentali che, sebbene a tutt'oggi ancora sprovvista di valore vincolante (ma lo diverrà con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), tuttavia costituisce un punto di riferimento costante e un parametro preciso di riferimento per la Corte per la rilevazione, lo sviluppo e l'*enforcement* di tali diritti nella sua giurisprudenza¹; in secondo luogo, in una visione più ampia estesa in generale ai principi costituzionali interni, si pone anche in contraddizione, perché sottintende il presupposto che nel comune ordinamento sopranazionale possano affermarsi norme e principi in conflitto con certi valori specifici nazionali, quando invece in quell'ordinamento integrato questi devono trovare necessaria armonizzazione, pena il successo dell'integrazione stessa. Intendiamoci, non è escluso affatto che tale conflitto possa verificarsi – come molteplici esempi testimoniano – ma riconoscere unilateralmente prevalenza ai principi fondamentali interni nel caso che una simile divergenza sia ravvisata dalle corti supreme nazionali significa porsi al di fuori, in qualche modo "rompere" con il processo di integrazione e dunque comporta, o può comportare, una scelta "politica" radicale e dirompente².

I principi fondamentali dello Stato – che la difesa dei controlimiti intende appunto salvaguardare – funzionerebbero come un limite all'applicazione nell'ordinamento giuridico statale del diritto comunitario, il quale, in caso di contrasto con i primi, non potrebbe più avvalersi del crisma del primato. Si è talora accostata la dottrina dei controlimiti a quell'istituto ben noto nel diritto internazionale privato che è il limite costituito dall'ordine pubblico internazionale ravvisando una loro identica funzione, cioè quella di impedire l'applicazione nell'ordinamento del foro di un diritto estraneo, o esterno, che risulti in contrasto con il nucleo dei suoi principi fondamentali. Un accostamento difficilmente condivisibile: quando una situazione ricada nell'ambito del diritto comu-

¹ Per osservazioni in parte simili cfr. U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, II, p. 1306 s.

² Cfr. in tal senso la sentenza della Corte di cassazione, 3 ottobre 1997, n. 9653.

nitario, questo non può considerarsi un diritto estraneo o esterno, ma è l'unico diritto applicabile, l'unico diritto competente a disciplinare quella situazione, al quale devono conformarsi gli ordinamenti interni anche nei loro aspetti fondamentali se non si vuole snaturare il concetto stesso di integrazione.

Un'antinomia conflittuale diritto statale-diritto comunitario non è dunque, a rigore, più concepibile o ammissibile in uno spazio giuridico europeo integrato cui faticosamente tende tutto il processo: quando il carattere "imperativo", o di applicazione necessaria, di alcune norme comunitarie (si vedano in tal senso le sentenze *Benetton*³, *Ingmar*⁴), venga a scontrarsi col carattere imperativo di certi principi interni, il contrasto dovrà risolversi o a favore delle prime (normalmente, in virtù della loro supremazia), o eventualmente anche a favore dei secondi, quando il principio fondamentale statale rappresenti un valore degno di essere riconosciuto ed imporsi come tale anche a livello comunitario: ma comunque si impone un confronto tra le divergenti valutazioni per ricercare una loro composizione. In altri termini, l'integrazione tra ordinamenti deve investire anche l'insieme dei principi fondamentali che li caratterizzano ai diversi livelli a seguito di una (difficile ma doverosa) collaborazione che deve instaurarsi tra i diversi organi giudiziari operanti ciascuno nei propri ambiti di competenza: è all'interno di questo "dialogo" che dovrà ricercarsi e scaturire un'armonizzazione, o comunque un coordinamento tra i rispettivi valori giuridici.

Pertanto, se come affermato dalla Corte di giustizia, certi principi o norme fondamentali dell'ordinamento comunitario, ritenute indispensabili per il conseguimento delle finalità affidate alla Comunità, devono considerarsi entrati a far parte dell'ordine pubblico internazionale degli Stati membri (sentenza *Benetton*) tanto da costituire essi stessi un limite all'applicazione nell'ordinamento del foro di un diritto esterno o al riconoscimento di una sentenza straniera con essi in contrasto (indipendentemente dall'essere eventualmente in armonia col diritto nazionale), deve ritenersi ammissibile e doveroso anche il processo inverso: l'integrazione non può considerarsi a senso unico. La collaborazione tra corti interne e Corte comunitaria deve essere "circolare"⁵ e non univoca: dunque deve potersi ammettere che principi fondamentali interni entrino, a loro volta, a far parte dell'"ordine pubblico comunitario" attraverso un loro riconoscimento o "assunzione" ad opera della Corte di giustizia, chiamata a operare una sintesi dei principi coinvolti, in modo tale che da divergenti essi si trasformino in comuni, o almeno condivisi.

3. Se si ha riguardo al Trattato costituzionale, il primato del diritto comunitario viene sancito formalmente come un principio costituzionale. La *supremacy clause* di cui all'art. I-6 è chiara e perentoria: "la Costituzione (...) prevale sul diritto degli Stati membri", dunque la supremazia non può non operare anche nei

³ Sentenza del 1° giugno 1999, causa C-196/97, *Raccolta*, p. I-3055

⁴ Sentenza del 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Raccolta*, p. I-9305

⁵ Cfr. in tal senso A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *DUE*, 2007, p. 742.

confronti dei principi costituzionali interni, vanificando definitivamente la dottrina dei controlimiti: per cui l'eventuale conflitto tra principi fondamentali interni e norme costituzionali europee dovrà ritenersi risolto a favore di questi ultimi⁶.

È vero che il principio di prevalenza opera solo nella misura in cui sia osservata la delimitazione delle competenze attribuite all'Unione dal Trattato costituzionale e che tale limite è richiamato dalla norma in questione, ma solo (stando alla lettera) con riferimento al diritto derivato; invece la "Costituzione" europea prevarrebbe comunque – ovviamente negli ambiti di rilevanza comunitaria – poiché essa, varata e accettata dagli Stati membri, presuppone che le sue disposizioni siano già rispettose delle competenze dell'Unione. Ed è vero anche che l'art. I-5 afferma che l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura costituzionale: dunque, secondo alcuni, l'Unione sarebbe tenuta comunque a rispettare i valori essenziali che fondano le Costituzioni interne, i quali dunque si porrebbero come un limite *ex ante* all'attività dell'Unione, la cui mancata osservanza comporterebbe l'impossibilità di prevalere.

Ma innanzitutto tale conclusione non appare affatto scontata: rispettare l'identità nazionale e la struttura costituzionale interna non significa necessariamente subordinare il diritto comunitario (e le sue esigenze primarie) alla sua puntuale conformità ai principi fondamentali di ventisette Stati membri. Può ben darsi che per il perseguimento di un fine essenziale comunitario la disciplina comunitaria possa anche deviare da questo o quello specifico valore nazionale (si pensi ad esempio alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo e a certi profili di incostituzionalità che essa ha sollevato anche in Italia per pretesa violazione di alcuni principi fondamentali della Costituzione, come il principio di eguaglianza, il principio di legalità, la riserva di legge, il divieto di estradizione del cittadino).

Inoltre ci sembra evidente che, in simile contesto, l'eventuale "rigetto" del diritto comunitario per contrasto con un principio fondamentale interno non dovrebbe essere frutto dell'applicazione della dottrina dei controlimiti da parte di una corte costituzionale interna, ma non potrebbe correttamente che derivare dal giudizio della Corte di giustizia alla quale soltanto spetta interpretare e valutare la rilevanza dei principi costituzionali interni ("la struttura costituzionale interna") nell'ordinamento sovranazionale: una diversa soluzione, che riservasse tale compito alle corti costituzionali interne, aprirebbe la strada a una diversificazione di posizioni che porrebbe in pericolo l'unità dell'ordinamento giuridico europeo.

Comunque il problema non è trovare degli appigli, o espedienti teorici – che indubbiamente è pur sempre possibile formulare e giustificare – per bloccare la

⁶ M. CARTABIA, "Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006, p. 193.

supremazia formalmente sancita dell'ordinamento comunitario, ma piuttosto di utilizzare tali appigli per invocare una lettura dei principi fondamentali interni che risulti in armonia con quelli comunitari.

4. La situazione si prospetta in modo diverso, almeno sul piano formale, con il Trattato di riforma (oggi Trattato di Lisbona) concluso il 13 dicembre 2007, dal cui testo scompare la clausola di supremazia: la soppressione del principio in termini così netti, pur non mutando la sostanza dei rapporti tra gli ordinamenti nazionale e comunitario e pur non inficiando la prassi consolidata della Corte di giustizia, del resto richiamata (si ricorda che al Trattato di Lisbona è allegata una dichiarazione relativa al primato, che riporta, come sua parte integrante, il parere del servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007: “la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso”), indubbiamente riveste un significato simbolico notevole, un messaggio a non andare oltre la configurazione tradizionale, un tentativo di rinforzare le sovranità statali; dunque sembra esservi ancora spazio per un rinvigorirsi della dottrina dei controlimiti.

Del resto questo “rigurgito” di sovranità è palese in varie prese di posizione e rettifiche introdotte col Trattato di riforma: ricordiamo, ad esempio, la Dichiarazione relativa alla delimitazione delle competenze, la possibilità di modificare (e dunque anche ridurre) le competenze attribuite all'Unione seguendo la procedura ordinaria di revisione; in particolare si ricorda il Protocollo sull'esercizio della competenza comunitaria, in cui si precisa che quando l'Unione agisce in un determinato settore rientrando nella competenza concorrente, “il campo di applicazione di questo esercizio di competenza copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione e non copre pertanto l'intero settore”: dunque il resto della materia rimane ugualmente nella competenza degli Stati membri; viene così rovesciata l'impostazione fin ora seguita e ribadita nella giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale, quando la Comunità esercita la sua competenza concorrente in una determinata materia, questa viene interamente assorbita dalla competenza comunitaria e viene sottratta alla competenza degli Stati membri, salvo la possibilità per questi di intervenire al solo fine di colmare eventuali lacune o vuoti normativi, purché sempre in armonia con la disciplina comunitaria già emanata.

Ma soprattutto significativo appare il protocollo allegato al Trattato di riforma, riguardante l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali a Polonia e Regno Unito: in esso si precisa che la Carta ribadisce i diritti, le libertà e i principi riconosciuti nell'Unione ma non crea nuovi diritti o principi. La Carta non estende la competenza della Corte a ritenere che leggi o atti amministrativi della Polonia e del Regno Unito non siano conformi ai diritti e alle libertà e ai principi fondamentali in essa affermati: in pratica si esclude la competenza della Corte a sindacare gli atti normativi di tali Stati alla luce dei diritti fondamentali comunitari. In particolare, “per evitare dubbi”, si precisa che le disposizioni del titolo IV della Carta di Nizza (“solidarietà”) non sono rivendicabili nei confronti della Polonia e del Regno Unito salvo nella misura in cui coincidano con i diritti

riconosciuti nel loro diritto interno (a tal proposito tuttavia la Polonia ha successivamente precisato, con la dichiarazione n. 62, di voler rispettare totalmente i diritti sociali quali affermati dall'Unione e in particolare quelli sanciti nel titolo IV della Carta).

Non è facile prevedere le conseguenze che tale "riserva" potrà avere nei confronti dell'atteggiamento delle altre corti interne. Certamente però è facile ravvisare in questo protocollo la formalizzazione di un controlimite da parte di due Stati alla superiorità del diritto comunitario, sia pure in un ambito specifico. È evidente che in tale contesto viene bloccata anche la competenza della Corte europea ad armonizzare i valori in gioco. Ma appunto, in quanto riserva specifica e *ad personam*, il regime generale del primato del diritto comunitario deve ritenersi confermato in via generale.

5. Intanto è opportuno precisare il quadro che può prospettarsi a seguito di un impatto conflittuale del diritto comunitario negli ordinamenti interni. L'approccio a tale problematica richiede flessibilità: di varia natura, incisività ed ampiezza, può infatti risultare il contrasto del diritto nazionale con l'ordinamento comunitario. Solo in alcuni casi limite tale divergenza investirà la "struttura costituzionale" interna, cioè diritti o valori considerati "supremi"; nella maggior parte dei casi saranno coinvolte esigenze, normative o anche principi ritenuti da uno Stato membro particolarmente rilevanti ma comunque non rientranti nel nucleo "forte" dei suoi principi irrinunciabili, senza dunque poter giustificare da questo punto di vista alcuno sbarramento, o l'invocazione di un controlimite da parte degli organi giudiziari interni. Il contrasto, se non risolto in base al principio di preminenza del diritto comunitario, potrà trovare composizione attraverso l'interpretazione e lo sforzo di conciliazione operato sia dalla Corte di giustizia sia dalle stesse corti interne (si pensi al dovere di interpretazione conforme) in uno spirito costruttivo di leale cooperazione (secondo il principio generale sancito all'art. 10 del Trattato CE). Il rinvio pregiudiziale alla Corte si rivela, dunque, lo strumento principale, anzi essenziale, per superare tali divergenze, talora in modo soddisfacente, talora meno e con qualche strascico di perplessità, ma comunque finora con esiti sostanzialmente positivi.

Così, nella prassi comunitaria, in molti casi deroghe sono possibili e sono state ammesse dalla stessa Corte di giustizia: un simile contrasto può essere valutato, ad esempio, come minaccia all'ordine pubblico dello Stato in questione per cui la tutela di quella esigenza interna può giustificare una deroga agli obblighi imposti dal diritto comunitario (si veda la sentenza *Schmidberger*⁷: la tutela di un diritto individuale come la libertà di espressione può giustificare una restrizione agli obblighi imposti dal diritto comunitario anche se di carattere fondamentale come quelli relativi alla libera circolazione delle merci); oppure l'interesse generale inerente alla tutela sociale dei lavoratori può costituire una

⁷ Sentenza del 12 gennaio 2003, causa C-112/00, *Raccolta*, p. I-5659.

ragione imperativa che giustifica restrizioni alla libera prestazione dei servizi (sentenza *Arblade*⁸).

Nel caso dunque si verifichi un simile contrasto di una norma nazionale (o di una esigenza preminente che una norma statale intende tutelare) col diritto comunitario direttamente applicabile, spetterà comunque sempre alla Corte di giustizia, in ultima istanza, bilanciare in sede interpretativa i valori in gioco, come ha dato prova di poter e sapere fare (si pensi, tra i molti altri, ai casi *Grogan*⁹, *Groener*¹⁰, *Omega*¹¹), e ritenere eventualmente che la tutela di un interesse nazionale ritenuto essenziale assuma rilievo anche sul piano comunitario e sia tale da giustificare una deviazione dagli obblighi imposti dal diritto comunitario, sebbene a titolo di deroga eccezionale e possibilmente temporanea.

Resta fermo, però, che solo alla Corte di giustizia spetterà la competenza a giudicare sulla preminenza o meno del diritto comunitario nel caso di specie, sull'ammissibilità e ragionevolezza di tali deroghe, sulla proporzionalità delle misure nazionali rispetto al fine perseguito, come pure sulla compatibilità del provvedimento statale, per quanto eventualmente conforme al diritto costituzionale interno, col diritto comunitario.

Il problema si presenta certamente più delicato nel caso di conflitto tra un principio generale, un'esigenza fondamentale dell'ordinamento comunitario e un principio "supremo" della costituzione interna. Non vi è dubbio che anche i principi generali dell'ordinamento comunitario, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, godono del primato, qualora ovviamente si operi nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, ossia quando esista un collegamento con una situazione contemplata dal diritto comunitario e la materia non rientri nella competenza esclusiva degli Stati membri. Pertanto tale conflitto può portare alla non applicazione della norma comunitaria (o ad una sua invalidazione da parte della Corte di giustizia) solo se tale contrarietà assuma rilievo e consistenza anche sul piano dell'ordinamento comunitario, ossia solo se, a seguito dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, il principio costituzionale interno sia ritenuto esprimere un valore riconosciuto e ritenuto come tale rilevante e meritevole di ricevere equivalente o analoga tutela anche sul piano sopranazionale, e dunque eventualmente "promosso" o "assunto" tra i principi fondamentali anche dell'ordinamento comunitario.

Dunque, da questo esame di compatibilità del principio fondamentale interno con quelli dell'ordinamento comunitario, non è detto – come già osservato – che il primo sia destinato a soccombere comunque, ma potrebbe proprio esso prevalere a seguito di un suo "recepimento" da parte della Corte, ossia del riconoscimento di una sua valenza anche comunitaria degna di essere garantita. Nel caso *Omega* il rispetto della dignità dell'uomo, tutelato in quanto tale e in modo specifico solo dall'ordinamento tedesco come diritto fondamentale autonomo, è

⁸ Sentenza del 23 novembre 1999, cause riunite C-369 e 376/96, *Raccolta*, p. I-8453.

⁹ Sentenza del 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Raccolta*, p. I-4685.

¹⁰ Sentenza del 28 novembre 1989, causa C-379/87, *Raccolta*, p. I-3967.

¹¹ Sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Raccolta*, p. I-9609.

stato ritenuto dalla Corte far parte dei principi dell'ordinamento comunitario, tenuto ugualmente ad assicurare il rispetto di tale diritto e tale dunque da giustificare una limitazione all'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi.

In definitiva, il principio fondamentale interno non potrà escludere l'applicazione del diritto comunitario altro che quando "fatto proprio", "omologato" dalla Corte come principio generale integrato nell'ordinamento comunitario. Se così è, la disapplicazione non è più frutto della dottrina dei controlimiti interni ma di un limite anche comunitario all'applicazione o alla validità stessa della norma comunitaria. Si crea così quella osmosi che completa e arricchisce sia gli ordinamenti nazionali che quello comunitario, e anche consente un temperamento fra principi fondamentali di origine interna e principi comunitari.

Del resto è ben conosciuto anche nell'ordinamento interno il fenomeno del "bilanciamento" tra diritti fondamentali in contrasto, tanto da parlare di una loro relatività (o "defondamentalizzazione") che porti al temperamento reciproco delle contrapposte istanze. Non si comprende perché tale bilanciamento non possa e non debba avvenire anche tra principi di origine diversa ma ugualmente vigenti in un unico ordinamento integrato.

Dinanzi a un contrasto del diritto comunitario con un principio fondamentale interno, la via da seguire non sarà dunque quella di investire le corti costituzionali per eventualmente rifiutare l'applicazione del primo, ma di rinviare alla Corte di giustizia affinché essa valuti se quel principio fondamentale possa ritenersi meritevole di tutela ad opera della stessa o addirittura essere elevato a principio dell'ordinamento comunitario, a seguito della sua opera di armonizzazione interpretativa.

In sostanza, la competenza ad applicare i c.d. controlimiti passa dalle corti costituzionali interne alla Corte comunitaria, come può evincersi da un'interpretazione dell'art. 4 del Trattato di Lisbona sull'Unione europea, il quale contiene implicitamente il riconoscimento della rilevanza dei "controlimiti" nazionali a livello europeo. La Corte di giustizia viene a configurarsi sempre più come investita di funzioni tipiche di una Corte costituzionale dell'Europa unita¹² e i controlimiti divengono, invece che limiti nazionali *contro* il diritto comunitario, limiti operanti all'interno del sistema europeo, a salvaguardia di valori non più o non solo nazionali ma dell'ordinamento europeo stesso.

In realtà i controlimiti potrebbero operare non tanto in relazione al contenuto dei principi fondamentali (normalmente e presumibilmente equivalenti, o comunque affini o tra loro compatibili ai vari livelli) quanto in relazione alla sfera di competenze attribuite, ossia al rispetto della ripartizione fissata nel Trattato. Come affermato dal Tribunale costituzionale spagnolo nella decisione del 13 dicembre 2004, è proprio entro i confini delle competenze comunitarie che opera pienamente (e solamente) il principio di "primazia" del diritto comunitario, non in assoluto in base a un criterio gerarchico ("supremazia"). Discende

¹² M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 205.

da tale impostazione che, rimanendo nell'ambito della sfera di competenza comunitaria, non può esservi spazio, in concreto, per una corretta utilizzazione della teoria dei controlimiti. Del resto, si osserva, si tratta di una possibilità solo teorica di conflitto, se – come sostiene il Tribunale costituzionale spagnolo – le disposizioni del Trattato costituzionale possono ritenersi già adattate e conformi alle esigenze delle Costituzioni nazionali degli Stati membri.

6. Allora quale “difesa” rimane agli Stati membri per eventualmente controllare il corretto espandersi della “ingerenza” comunitaria ed eventualmente opporsi alla sua “invadenza” oltre i limiti consentiti?

Il controlimite costituito dal rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale rimane, in via teorica, il baluardo più radicale ma anche il meno concretamente praticabile e gradualmente sempre più privo di consistenza, sia per le conseguenze estreme cui può portare (e forse per questo mai utilizzato), sia perché si pone in netta disarmonia col processo di integrazione attuale e in prospettiva, ponendo in pericolo il principio di uniformità. Ciò non significa che i principi fondamentali interni non mantengano un loro valore anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma, come osservato, solo a seguito del rilievo loro conferito dalla Corte comunitaria, nella loro portata originaria o nell'interpretazione da essa fornita.

Rimane l'eccezione fondata sul mancato rispetto delle competenze attribuite, col suo corollario delle situazioni puramente interne.

Si ricorda in proposito la sentenza della Corte costituzionale tedesca *Maastricht Urteil*, che attribuisce al giudice nazionale il potere di verificare la legittimità dell'esercizio delle competenze da parte delle istituzioni comunitarie rispetto ai limiti posti dal Trattato e di dichiarare l'atto comunitario, in caso di mancato rispetto delle competenze attribuite, illegittimo o comunque non applicabile. Posizione anche questa che tuttavia confligge palesemente con l'art. 230 del Trattato CE: sul rispetto di tale limite è chiamata a vigilare la Corte, alla quale è appunto “attribuita” in via esclusiva la competenza a verificare il corretto esercizio delle competenze comunitarie.

Anche questo “controlimite”, se fatto valere unilateralmente dalle corti supreme interne, si colloca dunque al di fuori dell'ottica comunitaria e contribuisce a minare l'unicità e l'uniformità del sistema comunitario oltre a scardinare il sistema comunitario di controllo giurisdizionale previsto nel Trattato e consapevolmente accettato dagli Stati.

Inoltre anche questa “difesa”, basata sul rispetto delle sfere di competenza e sull'eccezione di situazione puramente interna, va progressivamente sfaldandosi, perde di consistenza o per lo meno di nitidezza col progredire e l'ampliarsi del processo di integrazione: si pensi al completamento e all'ampliamento del mercato interno in via di costante evoluzione nei suoi molteplici aspetti, alle sue sempre maggiori implicazioni, agli sforzi tendenti alla creazione di uno spazio giuridico europeo; si pensi in particolare all'affermarsi della cittadinanza europea e all'ampio ventaglio di situazioni connesse allo *status* di cittadino europeo, prima fra tutte la libertà di circolazione che conferisce ai cittadini europei una

serie di diritti connessi al suo esercizio non più limitati a specifiche materie né al solo mercato interno. Del resto è riscontrabile in proposito una netta tendenza della Corte di giustizia a fare emergere, anche in situazioni qualificabili come puramente interne e dunque di per sé sottratte all'applicazione del diritto comunitario, il nesso fra la tutela di un diritto e l'ordinamento comunitario, consentendo per tale via agli individui di invocare ugualmente le garanzie previste da questo ordinamento nei confronti degli Stati membri¹³.

Tutto ciò rende difficile immaginare che possano verificarsi situazioni o settori sottratti interamente a un'influenza comunitaria o che non abbiano una qualche connessione o rilievo in quell'ambito: in linea generale, il godimento delle libertà fondamentali non può trovarsi circoscritto allo specifico settore di puro interesse comunitario, finendo per interessare anche materie non disciplinate direttamente dal diritto comunitario. L'eccezione di situazione puramente interna perde sempre più di rilevanza, ad esempio, quando venga in gioco l'esercizio di diritti o libertà fondamentali riconosciuti dal diritto comunitario: come il rispetto della vita privata e il diritto di costituire una famiglia (sentenza *Carpenter*¹⁴), o la libertà di prestazione dei servizi e il diritto di stabilimento (sentenza *Servizi ausiliari dottori commercialisti*¹⁵), o la libertà di circolazione (sentenza *Tas-Hagen*¹⁶): proprio tale libertà, in particolare, che è corollario dello status di cittadino europeo, ha ricevuto particolare attenzione nella giurisprudenza della Corte, dalla quale risulta con tutta evidenza come questa libertà travalichi palesemente la circostanza di essere in relazione con un'attività economica o con una situazione rientrante nel mercato interno. Il problema consiste dunque nell'accertare se il cittadino dell'Unione venga in qualsiasi modo e di fatto limitato nell'esercizio di una libertà fondamentale, come quella appunto di circolazione, sia pure da norme che di per sé riguarderebbero situazioni puramente interne. Nel caso da ultimo citato l'indennizzo per danni di guerra era stato negato a cittadini olandesi perché al momento della richiesta non erano più residenti nei Paesi Bassi (condizione richiesta dalla legislazione olandese): una restrizione non giustificabile, secondo la Corte, alla luce del diritto comunitario perché derivante dall'aver fatto uso della libertà garantita dal Trattato ai cittadini comunitari di trasferirsi in altro Stato membro. Ugualmente nel recente caso *Morgan e Bucher*¹⁷ la Corte afferma che qualsiasi normativa nazionale che svantaggia taluni cittadini di uno Stato membro per il solo fatto che hanno esercitato la libertà di circolazione e di soggiorno in altro Stato membro rappresenta una restrizione delle libertà riconosciute a tutti i cittadini dell'Unione: pertanto,

¹³ Cfr. B. NASCIMBENE, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *DUE*, 2007, p. 726; L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in P. FOIS, R. CLERICI (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 101.

¹⁴ Sentenza del 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Raccolta*, p. I-6279.

¹⁵ Sentenza del 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Raccolta*, p. I-2941.

¹⁶ Sentenza del 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *Raccolta*, p. I-10451.

¹⁷ Sentenza del 23 ottobre 2007, cause riunite C-11 e 12/06, *Raccolta*, p. I-9161.

anche se il contesto (dell'insegnamento e della organizzazione dell'istruzione) resta nella competenza degli Stati membri, essi devono esercitarla nel rispetto del diritto comunitario.

Allora, se per rendere la fattispecie di rilevanza comunitaria è sufficiente l'aver esercitato un diritto fondamentale comunitario – come appunto la libera circolazione nel territorio dell'Unione – senza ulteriore qualificazione economica dell'attività posta in essere, è evidente che l'ambito di applicazione dei principi del diritto comunitario esorbita dal suo campo di applicazione *ratione materiae* e può investire anche spazi e materie riservate alle competenze degli Stati membri. Dunque finisce col rilevarsi inconsistente anche la precisazione limitativa contenuta nel Protocollo allegato al Trattato di Lisbona, sopra ricordato, sull'esercizio delle competenze comunitarie.

Si noti per di più che, anche di fronte a situazioni puramente interne, la Corte ha costantemente respinto l'eccezione di non ricevibilità e affermato la sua competenza “a giudicare comunque”, per quanto le questioni possano apparire indifferenti o irrilevanti sotto il profilo comunitario, poiché la sua soluzione interpretativa può risultare “utile” al giudice del rinvio¹⁸, finendo per tale via con l'incidere anche sulla soluzione del caso concreto.

In conclusione, appare evidente come le precisazioni fatte ripetutamente dalla Corte nella sua più recente giurisprudenza, secondo cui le competenze degli Stati membri devono essere esercitate comunque “nel rispetto del diritto comunitario”, portano a un sostanziale ridimensionamento (ovviamente non vanificazione) del limite delle situazioni puramente interne. In effetti tale argomento non ha molta ragion d'essere, o comunque non è sempre applicabile, in un sistema sopranazionale che mira ad un'integrazione sempre più stretta con gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, dove la tradizionale distinzione tra situazioni di competenza soltanto statale e situazioni di rilevanza comunitaria è sempre meno decisiva, poiché, pur nel rispetto del principio di attribuzione, sempre meno frequentemente si realizza l'ipotesi del cittadino comunitario che nell'esercizio di una attività si trovi in una situazione del tutto priva di una qualche connessione col diritto comunitario¹⁹.

Infine, si deve ricordare che la Corte di giustizia, quasi a completamento di tale impostazione, ha posto un altro principio di applicazione generale: se è vero che gli Stati restano liberi in principio di disciplinare le situazioni di esclusiva competenza interna (e quindi in tali ambiti bloccare eventualmente l'applicazione del diritto comunitario), la Corte ha precisato che anche in questo caso incombe loro comunque il dovere di sempre rispettare i principi generali dell'ordinamento comunitario (sentenza *Tas-Hagen*, ma anche sentenza *Mangold*²⁰), i quali pertanto vengono proprio essi a costituire una sorta di “controlimite comunitario” all'attività del legislatore nazionale, godendo così di una preminenza

¹⁸ Sentenza *Servizi ausiliari dottori commercialisti*, cit.

¹⁹ Cfr. R. CAFARI PANICO, *Il mercato unico*, in *Sud in Europa*, 2007, n. 2, p. 19 ss.

²⁰ Sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Raccolta*, p. I-9981.

generalizzata (anche se forse non fino al punto di prevalere *a priori* e in assoluto sui principi costituzionali interni, secondo quanto sopra osservato) e riducendo in sostanza anche l'esclusività delle competenze residuali degli Stati membri (ciò è avvenuto, ad esempio, nei settori della fiscalità diretta, del diritto e della procedura penale, dei regimi di sicurezza sociale, per il diritto al nome).

Del resto nella stessa ottica si è mossa anche la nostra Corte costituzionale laddove, al fine di evitare discriminazioni a rovescio, ha riconosciuto l'applicabilità di un principio generale comunitario anche a situazioni puramente interne (sentenze n. 249/1995, *lettori stranieri*, e n. 443/1997, *pasta*), così facendo proprio il principio generale di parità di trattamento previsto dal diritto comunitario e proponendo una soluzione armonizzata fra diritto comunitario e diritto nazionale.

7. Piuttosto, restano da chiarire l'individuazione di questi principi generali, il loro contenuto e la loro esatta portata, il rilievo e il valore loro attribuiti dalla Corte di giustizia, quale il metodo e quali i criteri usati dalla Corte nella loro rilevazione e integrazione nell'ordinamento: ad esempio i criteri guida sulla cui base un principio fondamentale proprio solo di uno o alcuni ordinamenti nazionali venga incorporato tra i principi dell'ordinamento comunitario (sentenze *AM&S*²¹ e *Omega*), quali siano i limiti della loro prevalenza, la possibilità di consentire deroghe alla luce di criteri spesso ad alto contenuto discrezionale e di portata variabile – come quello di proporzionalità –, la diversa considerazione che un medesimo principio può ricevere in relazione ai casi concreti sottoposti al suo esame.

È su questi punti che si esercita l'opera interpretativa e di bilanciamento della Corte, ma qui è anche il punto debole della sua giurisprudenza, spesso oscillante, talora non puntuale e non in grado di fornire certezze circa l'esito del bilanciamento operato. Qui, dunque, si rivela essenziale la cooperazione tra i diversi ordini giudiziari in un'ottica di confronto costruttivo e non di scontro.

Si prenda il caso *Mangold*: la Corte afferma l'esistenza di un principio generale del diritto comunitario – non discriminazione in ragione dell'età – di applicazione necessaria, il cui rispetto si impone al legislatore nazionale come tale, indipendentemente dall'essere confermato o affermato in una norma comunitaria, dunque anche prima del termine di recepimento (che non era neanche scaduto) della direttiva quadro rilevante nel caso di specie. Ne discende che qualsiasi normativa nazionale che interessi l'ambito comunitario (mercato interno, diritti connessi alla cittadinanza europea, ecc.) e risulti non conforme a un principio ritenuto dalla Corte entrato a far parte dei principi generali dell'ordinamento comunitario, potrà essere invalidata dalla Corte, previo ricorso pregiudiziale, in quanto risulta preminente anche rispetto a principi (sociali) ed esigenze fondamentali interne (promozione dell'occupazione) pur riconosciuti come legittimi e il cui perseguimento rientra pur sempre nell'apprezzamento discrezionale dello Stato membro.

²¹ Sentenza del 18 maggio 1982, causa 155/79, *Raccolta*, p. 1575.

Si tratta, dunque, di un limite *superveniens* che, a seguito della valutazione effettuata dalla Corte, finisce col prevalere su valori o esigenze, per quanto ritenute essenziali, dell'ordinamento interno.

Può darsi che la conclusione della Corte sia dovuta anche all'esigenza di "aggirare" un punto fermo, ma debole, della sua giurisprudenza secondo cui gli effetti diretti di una direttiva non possono farsi valere nelle controversie "orizzontali" e quindi di arrivare ugualmente a una sua applicazione attraverso lo "stratagemma" dell'enunciazione di un principio fondamentale comunitario che in quanto tale gode non solo della superiorità sulle norme interne non conformi ad esso, ma anche della diretta applicabilità. Fatto sta che questa enunciazione costituisce un importante precedente che avrà sicuramente ulteriori sviluppi applicativi: in sostanza, un principio generale dell'ordinamento comunitario, come rilevato dalla Corte, viene assunto a parametro di legittimità della normativa statale. Posizione che sarà confermata e anzi estesa, tra le altre, nella sentenza *Tas-Hagen*.

Ma su quali basi la Corte arriva a formulare la preminenza del principio di non discriminazione in base all'età (si badi, non del principio di non discriminazione nelle sue forme più note) quando la stessa direttiva riconosce che la disparità di trattamento in ragione dell'età possa non costituire discriminazione se oggettivamente giustificata nell'ambito del diritto nazionale da una finalità legittima e di interesse generale e dunque ammette possibilità di deroghe nazionali, privando il principio in parola del suo valore "imperativo" almeno quando considerato sotto il profilo dell'età?

La Corte avrebbe dovuto riconoscere che l'abbassamento dell'età prevista dalla legge tedesca costituisce sì una disparità ma poteva considerarsi una deroga giustificata da una finalità legittima (come affermato a proposito della prima questione pregiudiziale concernente il divieto di *reformatio in peius*, giustificando la deroga a tale principio sulla base di un principio sociale preminente come la promozione dell'occupazione)²².

La leva utilizzata è di considerare l'abbassamento dell'età (per giustificare il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato senza ulteriori condizioni) come non appropriato e necessario allo scopo, non risultando dimostrata l'obiettiva necessità di tale limite di età per realizzare l'obiettivo dell'inserimento professionale. Dunque in base al principio di proporzionalità. Ecco un altro dei "grimaldelli" a disposizione della Corte per decidere sulla preminenza o meno di un certo principio comunitario, a seconda del caso concreto. Ma con ciò lasciando aperta la porta a una giurisprudenza spesso oscillante, ossia priva di parametri fissi di riferimento, variabili a seconda delle circostanze.

Dunque la Corte si sostituisce alla valutazione del legislatore nazionale in relazione a una situazione interna del mercato del lavoro che ha implicazioni non generalizzabili; l'idoneità o meno del mezzo utilizzato è difficilmente dimo-

²² Si vedano in tal senso le osservazioni di F. LUNARDON, *Lavoro atipico, discriminazione per motivi di età e promozione dell'occupazione*, in *Diritti, lavori, mercato*, 2006, p. 428 ss.

bile facendo astrazione dalle situazioni interne: ma così aprendo la via per difformità di soluzioni. Infatti, quali sono i parametri concreti per stabilire la proporzione del mezzo rispetto al fine in quel caso concreto? La Corte non lo indica né potrebbe farlo (58, 60 anni, o quale età?). Allora che dire con riguardo all'età pensionabile generalmente diversa a seconda che si tratti di uomini o donne?

Ancora, su quali basi la Corte ricostruisce il principio di non discriminazione in ragione dell'età come principio generale e inderogabile del diritto comunitario? Come osservato²³ tale principio non è rintracciabile nelle Costituzioni interne degli Stati membri né nei principali strumenti internazionali a tutela dei diritti dell'uomo.

Si tratta dunque di una ricostruzione "libera" da parte della Corte di un principio generale comunitario – che non vuol dire in sé criticabile, ma certo con conseguenze importanti – destinato a divenire parametro di legalità delle legislazioni nazionali non solo in quel contesto specifico ma ben al di là se (come sostenuto nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia) gli Stati membri, anche nelle materie di loro competenza esclusiva, hanno comunque il dovere di rispettare i principi generali del diritto comunitario. In tal modo, questi contribuiscono ad arricchire gli ordinamenti interni di nuovi principi generali, o a consolidare quelli esistenti, facilitando anche per tale via una loro integrazione.

Da notarsi, per inciso, che anche per altro versante è interessante la giurisprudenza inaugurata con la sentenza *Mangold*: essa può comportare l'ulteriore rilevante conseguenza, foriera di proficui sviluppi per la tutela dei singoli, che i principi generali dell'ordinamento comunitario possono spiegare i loro effetti anche nei confronti dell'operato delle istituzioni nell'ambito del terzo e anche del secondo pilastro dell'Unione, normalmente sottratti, al momento almeno, al controllo della Corte di giustizia: non solo gli atti delle istituzioni ma anche gli atti interni emanati per dare loro esecuzione dovranno rispettare i diritti fondamentali.

8. Dunque resta ancora molto da fare nel cammino verso uno spazio giuridico europeo armonizzato, dato che l'ampiezza e l'incidenza dei limiti di applicabilità dei principi generali del diritto comunitario negli ordinamenti statali non sono ben definiti, specie con riferimento alle situazioni puramente interne, e neanche può dirsi del tutto chiarito il processo di armonizzazione con i principi fondamentali interni.

Comunque questo è il delicato compito che spetta alla Corte di giustizia e la strada da seguire passa attraverso la sua attività giurisprudenziale, mentre non può essere quella di consentire a ogni ordinamento statale di avanzare propri controlimiti all'applicazione del diritto comunitario in nome di una ormai datata esigenza di tutela della sovranità statale: una sovranità che, per espressa e consapevole accettazione degli Stati membri, ha subito un'erosione anche nei con-

²³ R. MASTROIANNI, *Efficacia "orizzontale" del principio di eguaglianza e mancata attuazione nazionale delle direttive comunitarie*, in *Diritti, lavori, mercato*, 2006, p. 442 ss.

fronti del sistema di controllo giurisdizionale, affidato al giudice comunitario; pertanto non è ammissibile che uno Stato possa riappropriarsene, a seconda dei casi, pretendendo di verificare per proprio conto il corretto esercizio delle competenze comunitarie e stabilire aprioristicamente la prevalenza di propri principi interni, per quanto fondamentali, su quelli comunitari, prima ancora di avere verificato la possibilità di una loro armonizzazione a livello comunitario a seguito dell'intervento della Corte di giustizia. Questa è, piaccia o meno, la conseguenza di un ordinamento europeo integrato.

Se mai l'attenzione, la vigilanza vanno rivolte nei confronti della Corte, al fine di incentivare il suo ruolo in materia di rilevazione e tutela dei principi fondamentali, di sollecitarla a farsi carico del grave compito che le spetta di costruire un sistema armonizzato ove principi fondamentali interni e comunitari possano convivere se non immedesimarsi, senza confliggere né creare fratture insanabili, di tendere a uniformare, o far convergere, i valori costituzionali e fondamentali "sparsi" nei vari ordinamenti statali sui quali si basa l'ordinamento sopranazionale, di precisare il contenuto e la portata dei principi generali operanti nel sistema integrato.

La difficoltà di questa "armonizzazione deriva non tanto da un conflitto di natura sostanziale, ossia di contenuti, tra i diritti fondamentali interni e quelli comunitari, ma piuttosto da una diversa interpretazione o ampiezza di applicazione che essi possono ricevere quando chiamati a operare nell'uno o nell'altro contesto: nell'ordinamento comunitario possono trovare una peculiare rilevanza alla luce delle specifiche esigenze e finalità che caratterizzano la Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi²⁴ – non necessariamente un affievolimento, anche una possibile loro valorizzazione²⁵ – come però anche nell'ordinamento interno possono trovare condizionamenti e limitazioni in altri diritti o esigenze che non hanno invece rilevanza nell'ordinamento comunitario. Il bilanciamento riguarderà dunque soprattutto questi aspetti ermeneutici. Ora, nell'ambito delle materie trasferite ove si esercita la competenza comunitaria, sembra logico che la "lettura" dei principi fondamentali avvenga in armonia innanzitutto con i principi dell'ordinamento giuridico comunitario (pur tenendo conto, nei limiti del possibile, anche delle Costituzioni interne). Ciò sarà tanto più vero quanto maggiore è l'esclusività delle competenze comunitarie a disciplinare il settore nel quale vengono a incidere determinati diritti fondamentali.

E certamente la Corte ha a sua disposizione vari strumenti interpretativi per conciliare, come già le è accaduto, eventuali contrastanti esigenze nazionali e comunitarie, dando, ove occorra, necessario spazio e rilievo a valori e diritti peculiari insiti nella "struttura costituzionale" di uno Stato membro senza rinnegare i diritti e le libertà fondamentali dell'Unione, attraverso un loro contempe-

²⁴ Così la Corte di giustizia nella sentenza del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, *Raccolta*, p. 491.

²⁵ Come nel caso *Tania Kreil*, dell'11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Raccolta*, p. I-69; cfr. U. VILLANI, *op. cit.*, p. 1317.

ramento, delicato quanto indispensabile, che tenga al contempo conto dei valori nazionali e delle esigenze più vaste dell'ordinamento comunitario, nel quale essa è chiamata a svolgere la sua funzione istituzionale ed esclusiva e nel quale anche i primi possano trovare analoga o equivalente tutela sostanziale.

Ma in questa direzione un ruolo utile, anzi essenziale potrà essere svolto proprio dalle corti costituzionali interne, alle quali spetterà il compito di dialogare con la Corte europea facendo presente il proprio punto di vista su rischi potenziali, o effettivi, di conflittualità tra certi principi fondamentali interni e quelli comunitari, al fine di sollecitare uno sforzo di temperamento da entrambe le posizioni, come interlocutori altrettanto autorevoli del dialogo teso a definire valori fondamentali comuni. Questo dialogo è il solo che “possa favorire una convergente sensibilità sulla tutela dei valori condivisi”²⁶.

Proprio per questo deve accogliersi con grande favore la presa di posizione della nostra Corte costituzionale che finalmente, mutando il suo precedente orientamento, ha recentemente operato il suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: essa riconosce che, al pari del giudice comune, è legittimata a sollevare davanti alla Corte di giustizia questione pregiudiziale poiché, pur nella sua particolare posizione di organo di garanzia costituzionale, ha natura di giudice di ultima istanza nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale: in tali giudizi infatti la Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi in ordine al loro oggetto, in quanto “manca un giudice *a quo* (...) abilitato ad applicare o disapplicare direttamente la norma interna non conforme al diritto comunitario”; pertanto “il rinvio pregiudiziale (...) appare opportuno al fine di evitare il pericolo di contrasti ermeneutici tra la giurisdizione comunitaria e quella costituzionale nazionale che non giova alla certezza e all'uniforme applicazione del diritto comunitario”²⁷.

In tale ottica di cooperazione la dottrina dei controlimiti ha ancora una funzione positiva da svolgere, non al fine di un rigetto drastico e radicale di certo diritto comunitario, ma come “avvertimento” del potenziale conflitto, o meglio per fornire orientamenti nello sforzo comune di giungere ad una armonizzazione, o trovare comunque punti di convergenza. In fondo, la sentenza del Consiglio costituzionale francese del 19 novembre 2004 deve essere valutata proprio in questa ottica: il Consiglio costituzionale non ha “bloccato” il Trattato costituzionale, né contestato la supremazia del diritto comunitario, ma ha fornito un orientamento sui possibili contrasti che potrebbero sorgere, dal suo punto di vista, in caso prevalesse una certa interpretazione di certi diritti fondamentali comunitari o, se si vuole, in caso che la Corte di giustizia non tenesse conto di

²⁶ Così U. VILLANI, *op. cit.*, p. 1319.

²⁷ Sentenza n. 102 del 13 febbraio 2008 che ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale, sulla base dell'art. 117 Cost., di alcune disposizioni della legge della Regione Sardegna dell'11 maggio 2006, per asserita violazione degli articoli 49 e 87 del Trattato CE. Con successiva ordinanza n. 103 del 13 febbraio 2008 la Corte costituzionale ha disposto di sottoporre alla Corte di giustizia le questioni di interpretazione degli articoli 49 e 87 del Trattato CE al fine di valutare la conformità ad essi delle contestate norme della legge regionale.

tali orientamenti e non cercasse di conciliare quelle specifiche esigenze interne con quelle comunitarie.

In sostanza, il Consiglio costituzionale ha avanzato un controlimite interpretativo e preventivo fornendo la sua interpretazione di alcune norme costituzionali europee al fine di evitare che nel futuro esse possano trovare applicazione in senso inaccettabile per la Costituzione francese.

È comunque solo all'interno di questo dialogo dialettico, "circolare", che potranno trovare soluzione le eventuali divergenze tra principi fondamentali degli ordinamenti nazionali e comunitario e non sulla base di imposizioni unilaterali di questa o quella corte suprema interna, con la conseguente assunzione di posizioni conflittuali, se non si voglia minare la sopravvivenza e il compimento del processo di integrazione.

In sostanza, le alternative sono solo due: la composizione, l'armonizzazione interpretativa, la sintesi dei principi fondamentali (interni e comunitari) in un'ottica sopranazionale sulla base della collaborazione di tutti gli organi giudiziari chiamati ad applicare il diritto comunitario – in ultima istanza la Corte di giustizia; oppure, in caso di contrasto radicale con principi irrinunciabili dell'ordinamento nazionale, la revisione da parte dello Stato membro interessato della propria Costituzione per certi profili configgenti in termini insanabili, in modo da adeguarla alle esigenze superiori sopranazionali: come già paventato, prospettato, richiesto da singole corti costituzionali interne (e in alcuni casi realizzato). Non ci sembra invece corretta né percorribile (anche se astrattamente possibile) la terza via, cioè quella di elevare la dottrina dei controlimiti avanzata da alcune corti costituzionali a principio regolatore del conflitto, imponendo in modo unilaterale la propria posizione, ma al contempo rischiando di rompere l'uniformità di regolamentazione e bloccare o comunque dissociarsi da quel processo teso alla costruzione di uno spazio giuridico europeo veramente integrato. Una soluzione le cui conseguenze potranno risultare più o meno devastanti o irreversibili, ma comunque sempre traumatiche e alterative nei confronti del progetto europeo. "Unita nella diversità" è il motto dell'Unione: diversità che giustamente deve consentire di emergere alle specificità di ogni singolo Stato membro e di preservare la loro identità nazionale, ma che non può intaccare il quadro giuridico unitario dell'ordinamento europeo, nel quale anche i principi fondamentali interni devono confluire e trovare collocazione attraverso il processo di sintesi e di osmosi sopra delineato (e auspicato).

Abstract

Limits and Constitutional Counter-limits in the Application of the European Union Law

The principle of supremacy of the EU law over the national law of the member States in accordance with the well settled case-law of the Court of Justice – a "corner-

stone principle” of the Community law that strongly enforced the European integration process – has been sometimes challenged by the Constitutional courts of some Member States, when the EC law was argued to be in conflict with one or more domestic constitutional provisions and for such reason overridden by the latter (“counter-limits”). The theory of constitutional counter-limits was convincing when the Court of Justice did not yet developed and improved its case-law regarding the protection of fundamental rights and until it had proved to be able to take the fundamental principles of domestic legal systems into consideration and to consider them worthy of being protected also at European level, but no more allowable in a legal framework of a really integrated European legal system.

Therefore, when a conflict of Community law with domestic fundamental principles arises, the solution must be not to charge the national Supreme Courts with the task of refusing the implementation of the Community law in their national legal system, but rather they have to address the Court of Justice in order to evaluate the significance of those national principles and to balance them with the European values in order to preserve the specific features of EU law.

Of course, there is no question of supremacy principle when the case falls outside the Community competences, but this restriction is no longer so conclusive considering the evolution of the integration process, increasingly more wide and pervasive, and following the recent case-law of the Court of Justice which emphasizes the significance for the Community legal system of several cases even if they remain with the Member States exclusive competences, for instance when the implementation of national rules involves in whatever way fundamental rights or freedoms that the EC law grant to all European citizens.

Luigi Daniele

Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Parlamento europeo, Consiglio e procedure legislative. – 3. Parlamento europeo e procedure di nomina. – 4. Parlamento europeo e azione esterna dell'Unione. – 5. Il Consiglio europeo. – 6. I parlamenti nazionali e il controllo del principio di sussidiarietà. – 7. Conclusioni.

1. La questione che mi propongo di affrontare nel presente scritto è la seguente: le riforme che il Trattato di Lisbona¹ introduce per quanto riguarda le istituzioni politiche dell'Unione europea sono tali da delineare un nuovo equilibrio tra di esse ovvero si limitano ad apportare piccole modifiche ad un quadro istituzionale che, in linea di massima, resta lo stesso dell'attuale?

* Il presente lavoro è destinato anche agli Studi in onore di Pierfrancesco Grossi.

¹ Trattato che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, *GUUE* C 306, 17 dicembre 2007, p. 1 ss. La numerazione degli articoli modificati dal Trattato di Lisbona, è quella della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea pubblicata in *GUUE* C 115, 9 maggio 2008, p. 1 ss. Sul Trattato di Lisbona v., in generale, E. TRIGGIANI, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008; J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 21 ss.; P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon: Process, Architecture and Substance*, in *ELR*, 2008, p. 137; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, in *CML Rev.*, 2008, p. 617 ss. V. anche il fascicolo speciale di *Sud in Europa*, 2008, n. 1, interamente dedicato al Trattato con scritti di U. VILLANI, G. STROZZI, L. DANIELE, R. MASTROIANNI, E. CANNIZZARO, L. S. ROSSI, F. MUNARI, R. CAFARI PANICO, C. MORVIDUCCI, M. C. BARUFFI, P. PUOTI, G. CAGGIANO, C. GABRIELLI. In generale, v. anche i manuali di diritto dell'Unione europea aggiornati al Trattato di Lisbona, in particolare R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, III ed.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008. Come è noto il Trattato di Lisbona non è ancora entrato in vigore. L'autorizzazione alla ratifica e l'ordine d'esecuzione della Repubblica italiana sono contenuti nella l. 2 agosto 2008 n. 130.

Cercare di risolvere una questione del genere è, in verità, assai arduo. Le riforme da prendere in esame sono numerosissime. Esse sono sparse nei due Trattati su cui, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione si fonderà: il Trattato sull'Unione europea come modificato (TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Occorre inoltre tenere conto anche di molti degli infiniti protocolli allegati ai due Trattati, senza dimenticare alcune delle numerosissime dichiarazioni allegate all'Atto finale.

In alcuni casi, si tratta della pura e semplice riproposizione di modifiche o innovazioni che già figuravano del Trattato costituzionale². Gli studiosi, me compreso, avevano pertanto già avuto modo di esaminarle e di soppesarne l'importanza. Più spesso, invece, si tratta, se non di vere e proprie novità, tirate fuori dal cappello della breve Conferenza intergovernativa, costretta dal mandato impartito dal Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007, di aggiustamenti, di integrazioni, di precisazioni, di piccole modifiche innestate sulle riforme contenute nel Trattato costituzionale che nondimeno ne causano, talvolta, un notevole cambiamento di portata o di significato.

Peraltro domandarsi se le riforme istituzionali del Trattato di Lisbona siano in grado o meno di delineare un nuovo equilibrio istituzionale all'interno dell'Unione richiede che ci si ponga in una duplice prospettiva.

Si deve anzitutto esaminare il problema da un angolo visuale puramente interno all'Unione e domandarsi se il Trattato di Lisbona, con le sue riforme, abbia inciso sui rapporti di forza tra le varie istituzioni, portando ad un assetto che, almeno tendenzialmente, sia diverso dall'attuale.

Si deve inoltre affrontare il medesimo problema dal punto di vista dei rapporti tra l'Unione e i suoi Stati membri. Sebbene il tema possa sembrare estraneo a quello delle riforme istituzionali occorre ricordare che uno dei tratti caratteristici del Trattato di Lisbona è di aver creato o rafforzato una serie di strumenti che consentono agli Stati membri o ad alcuni loro organi, in particolare i parlamenti nazionali, di inserirsi nel dialogo tra le istituzioni politiche dell'Unione e di condizionarne l'azione. Seppure non riguardino le istituzioni in quanto tali né i loro rapporti reciproci, gli strumenti di cui abbiamo detto hanno grande rilevanza ai fini della nostra indagine perché rischiano di determinare un ridimensionamento delle caratteristiche di sovranazionalità dei processi decisionali all'interno dell'Unione e di rafforzare, indirettamente, la posizione delle istituzioni che rappresentano le istanze nazionali, cioè il Consiglio europeo e il Consiglio.

2. Cominciando dalle modifiche che riguardano le istituzioni in quanto tali e influiscono sul reciproco rapporto di forza, due sembrano i tratti più meritevoli di attenzione. Da un lato, in seguito al Trattato di Lisbona, il sistema istituzionale va sempre più orientandosi verso una sorta di bicameralismo, in cui il

² Firmato a Roma il 14 ottobre 2004, *GUUE* C 310, 16 dicembre 2004, p. 1 ss. La bibliografia sul Trattato costituzionale è numerosissima. Ci sia consentito rinviare a quella riportata in L. DANIELE, *op. cit.*, p. 365.

Consiglio e il Parlamento europeo condividono alcune delle funzioni di maggiore importanza a livello di Unione: la funzione legislativa e la funzione di bilancio. Dall'altro, la formalizzazione del ruolo del Consiglio europeo, attraverso la sua trasformazione in istituzione vera e propria, la creazione di una presidenza permanente, nonché il suo inserimento a pieno titolo nel gioco dei rapporti tra istituzioni, mostra che le tendenze verso il ritorno al metodo intergovernativo, lungi dall'essersi attenuate, si stanno inesorabilmente rafforzando.

Come si è detto, il progressivo riequilibrio di poteri tra il Parlamento europeo e il Consiglio compie un ulteriore passo in avanti con il Trattato di Lisbona.

Si vedano in proposito l'art. 14, par. 1, TUE, per quanto riguarda i compiti del Parlamento europeo, e l'art. 16, par. 1, stesso Trattato, per quanto riguarda le funzioni del Consiglio. Entrambe le disposizioni, esprimono in maniera chiarissima l'idea di un esercizio congiunto di funzioni, in un sistema ove non vi è possibilità che l'una o l'altra istituzione sia in grado di imporre all'altra il proprio volere³.

L'idea di un potere condiviso si realizza, in particolare, per quanto riguarda l'adozione di atti di natura legislativa. Il campo d'applicazione della procedura di co-decisione, leggermente modificata e ridenominata "procedura legislativa ordinaria" (articoli 289 e 294 TFUE) è notevolmente ampliato. Attualmente soltanto circa il 60% delle basi giuridiche che consentono alle istituzioni di adottare atti di tipo legislativo prevedono la procedura di co-decisione. Dopo il Trattato di Lisbona, la procedura legislativa ordinaria sarà prescritta per circa il 90% delle basi giuridiche⁴.

Ciò è dovuto soprattutto all'abolizione del terzo pilastro e alla sua assimilazione alla disciplina che, in precedenza, era riservata al solo pilastro comunitario. Si veda, ad esempio, l'art. 82, par 1, 2° comma, TFUE, ai sensi del quale il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano misure nel campo della cooperazione giudiziaria in materia penale⁵.

Anche alcune basi giuridiche previste dall'attuale TCE sono state modificate nel TFUE, nel senso di sostituire la procedura legislativa ordinaria a quella di consultazione. Questo accade, ad esempio, nel settore dell'agricoltura (art. 43, par. 2), del diritto di stabilimento (art. 51, 2° comma), dei servizi (articoli 53, par. 2, e 59, par. 1), dei capitali (art. 64, par. 2), dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione (articoli 77, par. 2, 78, par. 2, e 79, par. 4). Perfino la costituzione dei tribunali speciali (nuova denominazione delle camere giurisdizionali previste dall'attuale art. 225 A) è decisa in base alla procedura legislativa ordinaria (art. 257). Caso a sé costituisce la sostituzione della procedura

³ Art. 14, par. 1: "Il Parlamento europeo esercita, congiuntamente con il Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio". Art. 16, par. 1: "Il Consiglio, esercita, congiuntamente con il Parlamento europeo, la funzione legislativa e la funzione di bilancio".

⁴ J. ZILLIER, *op. cit.*, p. 75 ss.

⁵ V. anche, nello stesso campo, gli articoli 83 e 84, par. 1, 2° comma, e, in quello della cooperazione di polizia, gli articoli 87, par. 2, 1° comma, e 88, par. 2, 1° comma.

legislativa ordinaria per quanto riguarda la materia dei fondi a finalità strutturale. L'art. 161, 1° comma, attualmente in vigore, infatti già prevede un ampio potere per il Parlamento, richiedendosi il suo parere conforme. Tuttavia il passaggio anche in questo caso alla procedura legislativa ordinaria prevista dal nuovo art. 177, 1° comma, costituisce senz'altro un progresso come meglio si chiarirà più avanti, quando parleremo della partecipazione del Parlamento europeo alla conclusioni degli accordi internazionali dell'Unione.

Certo, permane un certo numero di basi giuridiche che, al posto della procedura legislativa ordinaria, prescrivono l'applicazione di una procedura legislativa speciale, il che, in generale, significa che è necessaria una deliberazione all'unanimità da parte del Consiglio, con semplice consultazione del Parlamento europeo. Si veda, per esempio, l'art. 87, par. 3, che in deroga al par. 2, prevede una siffatta procedura per l'adozione di misure riguardanti la cooperazione operativa tra le autorità di polizia. Tuttavia anche in questi casi non si tratta di atti legislativi approvati dal solo Consiglio, ma, come precisa l'art. 289, par. 2, di atti adottati dal Consiglio "con la partecipazione del Parlamento europeo".

Il riequilibrio di poteri tra Parlamento europeo e Consiglio in merito alla funzione legislativa si avverte anche per quanto riguarda la delega alla Commissione del potere di adottare "atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano elementi non essenziali dell'atto legislativo" (art. 290, par. 1, TFUE). L'istituto della delega di poteri normativi alla Commissione, benché già noto nella prassi e avallato dalla giurisprudenza⁶, non era finora previsto a livello di Trattato. Esso costituisce pertanto un'importante novità introdotta dal Trattato di Lisbona. A sottolineare che la delega alla Commissione trova la sua origine in un potere condiviso del Parlamento europeo e del Consiglio, il par. 2 dell'art. 290 prevede che l'atto legislativo di delega possa stabilire che tanto il Parlamento europeo quanto il Consiglio possono revocare la delega stessa (lett. a) ovvero possono opporsi, entro un determinato termine, all'entrata in vigore dell'atto delegato (lett. b). L'esercizio del potere delegato alla Commissione rimane pertanto soggetto al controllo di ciascuna delle due istituzioni deleganti, senza che sia necessario in proposito l'accordo dell'altra.

In questa ottica mette conto richiamare anche il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo nelle procedure di revisione dei Trattati di cui al nuovo art. 48 TUE. In particolare nella procedura di revisione ordinaria, oltre ai poteri già previsti dall'attuale versione dell'art. 48, il Parlamento europeo può esso stesso formulare progetti intesi a modificare i Trattati (par. 1); è rappresentato in seno alla convenzione convocata per esaminare i progetti di modifica e adottare una raccomandazione per la conferenza intergovernativa (par. 3, 1° comma); deve approvare la decisione del Consiglio europeo di non convocare la convenzione di cui sopra (par. 3, 1° comma).

⁶ V. in proposito L. DANIELE, *op. cit.*, p. 126 ss., e R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 102 ss.

3. Al di fuori della funzione legislativa (e di quella di bilancio⁷), il ruolo del Parlamento europeo rimane invece meno incisivo rispetto a quello del Consiglio o, se del caso, a quello del Consiglio europeo.

Ciò vale, ad esempio, per quanto riguarda la nomina dei membri delle altre istituzioni o la designazione dei titolari delle nuove cariche monocratiche previste dal Trattato di Lisbona.

Sotto questo aspetto, l'unica eccezione è rappresentata dalla nomina della Commissione. Già attualmente, il Parlamento europeo esercita poteri molto rilevanti. Ai sensi dell'art. 214 TCE vigente, infatti, il Parlamento europeo interviene tanto nella fase della designazione del Presidente della Commissione da parte del Consiglio nella composizione di capi di Stato e di governo, designazione che il Parlamento europeo deve approvare, quanto nella fase della nomina dell'intero collegio, che, senza l'approvazione del Parlamento, non può essere definitivamente nominato dal Consiglio. Rispetto a questo quadro, il nuovo art. 14, par. 7, TUE apporta alcune piccole modifiche, tutte nel senso di rafforzare l'influenza parlamentare. Il Consiglio europeo non designa, ma si limita a proporre un candidato alla carica di Presidente della Commissione. La proposta inoltre deve tener conto "delle elezioni del Parlamento europeo". Infine il candidato è "eletto" (e non soltanto approvato) dal Parlamento europeo.

Si tratta, è vero, di modesti ritocchi, alcuni di carattere meramente terminologico e dunque privi di conseguenze sul piano strettamente giuridico. Essi nondimeno costituiscono una conferma di quel legame tra Parlamento europeo e Commissione, che è stato talvolta paragonato all'istituto della fiducia parlamentare nei confronti del potere esecutivo quale previsto da numerose costituzioni nazionali.

Quanto alla nomina dei membri della Corte di giustizia e del Tribunale (non più di primo grado), l'unica novità è costituita dal comitato di cui all'art. 255 TFUE, incaricato di "fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di avvocato generale" prima delle nomine, di comune accordo, da parte dei governi degli Stati membri. I sette membri del comitato sono a loro volta nominati dal Consiglio, su proposta del Presidente della Corte, ma uno di loro è proposto dal Parlamento europeo. Questa novità non corrisponde al modello degli Stati Uniti d'America, dove il Senato può porre il veto sui candidati alla carica di giudice della Corte suprema designati dal Presidente, ma costituisce pur sempre una prima forma di coinvolgimento del Parlamento europeo in una procedura rispetto alla quale esso era rimasto finora del tutto estraneo.

Il Parlamento europeo, invece, non interviene affatto sulla nomina del Presidente del Consiglio europeo, che è affidata esclusivamente allo stesso Consiglio europeo (art. 15, par. 5, TUE). Contrariamente ad alcune proposte, il

⁷ Anche nell'ambito della procedura di bilancio, la nuova disciplina vedrà un riequilibrio tra Parlamento e Consiglio, in particolare attraverso l'abolizione della discussa distinzione tra spese obbligatorie e non obbligatorie. V. art. 314 TFUE.

titolare di tale carica non rivestirà dunque alcun mandato di tipo popolare, essendo privo di legittimazione anche indirettamente democratica.

Quanto alla nomina dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza, la fase iniziale della procedura non coinvolge il Parlamento europeo. L'Alto rappresentante, infatti è nominato dal Consiglio europeo "con l'accordo del Presidente della Commissione" (art. 18, par. 1, TUE). Vero è che l'Alto rappresentante, come vicepresidente della Commissione, è soggetto al pari del Presidente e degli altri membri dell'istituzione all'approvazione collettiva da parte del Parlamento europeo ai sensi dell'art. 17, par. 7, 3° comma, TUE. Tuttavia l'impressione è che il potere del Parlamento europeo nei confronti dell'Alto rappresentante abbia portata limitata. Ciò è confermato dal par. 8 del citato art. 17, a proposito della mozione parlamentare di censura. L'approvazione di una mozione del genere comporta le dimissioni collettive dei membri della Commissione, dimissioni che per l'Alto rappresentante riguarderanno soltanto le "funzioni che esercita in seno alla Commissione". Per pervenire alla rimozione completa dell'Alto rappresentante occorrerà una deliberazione in questo senso del Consiglio europeo (art. 18, par. 1, seconda frase)⁸.

4. L'area in cui la posizione del Parlamento europeo resta molto più debole di quella del Consiglio europeo e del Consiglio è quella dell'azione esterna dell'Unione.

Per quanto riguarda la conclusione degli accordi internazionali dell'Unione, in verità, continua la lenta marcia verso un ampliamento del coinvolgimento parlamentare. L'art. 218 TFUE conferma l'esistenza di un gruppo di accordi, per la cui conclusione è necessaria l'approvazione (corrispondente all'attuale parere conforme) del Parlamento europeo, mentre per la conclusione di tutti gli altri accordi è sufficiente la semplice consultazione. Tra gli accordi per cui si richiede l'approvazione parlamentare sono stati inseriti anche l'accordo sull'adesione dell'Unione alla CEDU (art. 6, par. 3, TUE), nonché quelli relativi a settori ai quali, sul piano interno, si applica la procedura legislativa ordinaria o anche una procedura legislativa speciale, a condizione, in questo secondo caso, che sia richiesta l'approvazione parlamentare (art. 218, par. 6, 2° comma, - ii e v). Da notare è inoltre il fatto che, implicitamente, la consultazione del Parlamento europeo è stata estesa anche agli accordi commerciali ai sensi dell'attuale art. 133 TCE (ora art. 207 TFUE), che invece, in base all'art. 300, par. 3, 1° comma, TCE sono attualmente esclusi da ogni partecipazione parlamentare.

La posizione del Parlamento europeo in questo campo mantiene pertanto le sue caratteristiche di asimmetria rispetto ai poteri del Consiglio. In realtà, nemmeno per gli accordi per i quali è prescritta l'approvazione parlamentare si può parlare di vera e propria equiparazione tra le due istituzioni: il contenuto dell'accordo è infatti unilateralmente definito dal Consiglio e al Parlamento è

⁸ Non è chiaro se anche in questo caso sia necessario il comune accordo del Presidente della Commissione, considerata la sua posizione di dimissionario.

lasciata soltanto la scelta tra accettare e rifiutare quanto deciso dal Consiglio. Non è pertanto possibile parlare di potere condiviso, come nel caso in cui si applica la procedura legislativa ordinaria.

Ancora più squilibrata permane la situazione nei settori rientranti nella PESC.

L'art. 24, par. 1, 2° comma, TUE, nel precisare che la PESC “è soggetta a norme e procedure specifiche”, cioè diverse da quelle applicabili a qualsiasi altro settore di competenza dell'Unione, si limita a menzionare “il ruolo specifico del Parlamento europeo” quale è definito dai Trattati.

In realtà l'unica disposizione che si riferisce ad un ruolo del Parlamento nell'ambito della PESC è l'art. 36 TUE, corrispondente al vecchio art. 21 leggermente modificato rispetto al testo attuale. La modifica maggiore riguarda il fatto che il dialogo con il Parlamento europeo ricade nelle attribuzioni dell'Alto rappresentante e non della Presidenza del Consiglio, come è previsto ora. Va altresì ricordato che il nuovo Presidente del Consiglio europeo presenta al Parlamento europeo una relazione dopo ciascuna riunione del Consiglio europeo (art. 15, par. 6, lett. d). Posto che nel corso di tali riunioni largo spazio occupano proprio le questioni PESC, è da supporre che anche la relazione di cui sopra e il relativo dibattito parlamentare potranno offrire un'utile occasione di dialogo tra Parlamento e Consiglio europeo.

Viene invece espressamente esclusa ogni partecipazione del Parlamento europeo alla conclusione degli accordi internazionali che riguardino “esclusivamente la politica estera e di sicurezza comune” (art. 218, par. 6, 2° comma).

Nel complesso, pertanto, il Parlamento è tenuto fuori dalla PESC. In particolare esso non interviene in occasione dell'adozione di singole misure, nemmeno sotto forma di consultazione.

5. Passando ora a considerare il Consiglio europeo, le novità introdotte dal Trattato di Lisbona sono numerose e capaci di rafforzarne ulteriormente il ruolo nel quadro istituzionale dell'Unione.

Il Trattato di Lisbona anzitutto porta a compimento il processo di assimilazione del Consiglio europeo alle altre istituzioni. Il nuovo art. 13, par. 1, TUE, inserirà il Consiglio europeo tra le istituzioni dell'Unione. Questa posizione maggiormente integrata nel meccanismo istituzionale si rifletterà anche in un parziale allineamento delle modalità di funzionamento e delle procedure decisionali del Consiglio europeo su quelle del Consiglio, ammettendosi che, in taluni casi, le delibere possano essere adottate a maggioranza qualificata (v. articoli 235 e 236 TFUE), con l'applicazione delle stesse regole di calcolo che valgono per il Consiglio (art. 235, par. 1, 2° comma). Il Consiglio europeo sarà inoltre soggetto al controllo giurisdizionale della Corte: si vedano i nuovi articoli 263, 1° comma, e 265, 1° comma, TFUE corrispondenti, rispettivamente, agli articoli 230, 1° comma, e 232, 1° comma, TCE, nonché l'art. 269, 1° comma, TFUE.

Il Consiglio europeo resta, nondimeno, un organo ibrido. Da un lato si delinea sempre di più come una sorta di presidenza collegiale dell'Unione, interprete dell'interesse generale, quale espresso dai massimi livelli politici di ciascuno

Stato membro. Ad esempio, al Consiglio europeo sono affidate le nomine di quegli organi unipersonali di cui abbiamo già parlato nel par. 4: il proprio presidente permanente, l'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza (di comune accordo con il Presidente della Commissione) e lo stesso Presidente della Commissione (con l'approvazione del Parlamento europeo) (articoli 15, par. 5, 18, par. 1, e 18, par. 7). Compiti del genere potrebbero far pensare ad una funzione di garanzia analoga a quella svolta, in taluni ordinamenti costituzionali, dal capo dello Stato.

D'altra parte, il Consiglio europeo si atteggia, in molte ipotesi, come organo dotato di poteri di tipo costituzionale, essendo chiamato ad assumere decisioni che integrano o danno attuazione a talune disposizioni dei Trattati e, in altri casi, hanno addirittura l'effetto di sostituirsi alla disciplina contenuta nei Trattati. Si pensi, per alcuni esempi del primo tipo, alla "decisione che stabilisce l'elenco delle formazioni del Consiglio" diverse da quelle "Affari generali" e "Affari esteri" (art. 16, par. 6, 1° comma, TUE), alla decisione con la quale viene stabilito il "sistema di rotazione paritaria" della presidenza (art. 16, par. 9, TUE), o ancora alla "decisione che stabilisce la composizione del Parlamento europeo" (art. 14, par. 2, 2° comma, TUE). Si pensi inoltre, per un esempio del secondo tipo, al ruolo del Consiglio europeo nella procedura di revisione ordinaria dei Trattati di cui ai paragrafi 2 e 3 del nuovo art. 48 TUE, ma soprattutto nelle procedure semplificate di revisione dette anche "passerelle", di cui ai paragrafi 6 e 7 dello stesso articolo. Si veda anche il nuovo art. 31 TUE, relativo alla PESC, che consente al Consiglio europeo, con decisione unanime, di aumentare i casi in cui il Consiglio può deliberare, sempre in ambito PESC, a maggioranza qualificata.

Il Trattato di Lisbona, infine, moltiplica rispetto alla situazione attuale le ipotesi in cui il Consiglio europeo opera come una sorta di istanza d'appello rispetto al Consiglio, istanza che può essere attivata qualora si verifichi un grave dissenso in sede di Consiglio. In genere si tratta di ipotesi in cui il Consiglio potrebbe deliberare a maggioranza qualificata ma uno Stato membro non è disposto ad accettare di essere messo in minoranza. In casi del genere lo Stato membro in questione può ottenere che la decisione sia deferita al Consiglio europeo, che deciderà per consenso. Un meccanismo siffatto è attualmente previsto dall'art. 23 TUE (che diviene l'art. 31, par. 2, 2° comma) e si riferisce alle decisioni che il Consiglio potrebbe assumere a maggioranza qualificata nell'ambito PESC.

Il Trattato di Lisbona riproduce un meccanismo simile nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e nel settore della cooperazione di polizia, cioè nelle materie che attualmente compongono il terzo pilastro. L'art. 82, par. 3, e l'art. 83, par. 3, TFUE, prevedono quella che è stata definita la procedura di "*emergency brake*". Entrambe le norme permettono ad uno Stato membro di ottenere la sospensione della procedura legislativa ordinaria, resa applicabile, come si è visto, anche in questi settori, e il deferimento della questione al Consiglio europeo, che dovrà decidere per consenso, cioè senza l'opposizione di alcuno Stato membro. In caso di mancato raggiungimento del consenso, una

volta decorsi quattro mesi, un gruppo di almeno nove Stati membri può richiedere di instaurare una cooperazione rafforzata ai sensi dell'art. 20, par. 2, TUE e la relativa autorizzazione si deve intendere automaticamente accordata.

Meno chiara è la natura della funzione del Consiglio europeo nell'ambito della procedura per l'istituzione di una Procura europea come estensione di Eurojust. L'art. 85, par. 1, TFUE, prevede un meccanismo simile a quello discusso più sopra, ma in un certo senso invertito. Occorre infatti considerare che, per istituire la Procura europea si segue una procedura legislativa speciale, che richiede l'unanimità del Consiglio e l'approvazione del Parlamento europeo. In questo contesto, il deferimento della questione al Consiglio europeo può essere chiesto da un gruppo di almeno nove Stati membri che intendano procedere nonostante l'assenza di unanimità. L'intervento del Consiglio europeo allora serve come estrema possibilità per lo Stato membro contrario di impedire o almeno ritardare di quattro mesi l'instaurazione della Procura europea sotto forma di cooperazione rafforzata da parte degli Stati membri che la desiderano.

Ma naturalmente è nell'ambito della PESC e, in generale, dell'azione esterna dell'Unione che il ruolo del Consiglio europeo risalta particolarmente. La riunione dei capi di Stato e di governo assume la configurazione di un organo di politica attiva, chiamato ad esprimere, seppure al massimo livello, vere e proprie decisioni (mai atti legislativi⁹) che definiscono obiettivi e strategie dell'azione dell'Unione. Si pensi all'art. 22, par. 1, TUE, a norma del quale il Consiglio europeo individua gli interessi e gli obiettivi strategici dell'Unione attraverso le decisioni di cui al 2° comma. Si vedano anche, nello stesso senso, il nuovo art. 26, par. 1, TUE (corrispondente, con alcune variazioni, all'attuale art. 13, par. 1), che menziona espressamente il potere del Consiglio europeo di adottare decisioni con le quali vengono fissati anche gli "orientamenti generali" della PESC.

Alla luce dell'esame che precede sembra che le riforme introdotte dal Trattato di Lisbona esaltino ulteriormente il ruolo del Consiglio europeo, moltiplicando gli spazi e le modalità di intervento di questa istituzione nell'operare dell'Unione e facendone il punto di riferimento e di mediazione per l'intero sistema istituzionale.

Questa tendenza è confermata dal peso accordato nella riforma ai meccanismi che permettono di migliorare l'efficienza e la stessa immagine del Consiglio europeo. Mi riferisco in particolare al Presidente permanente previsto dall'art. 14, par. 6, TUE. Avendo espresso in altra occasione il mio pensiero in proposito¹⁰, mi limiterò qui a sottolineare che, ammesso che l'istituzione della carica avrà successo e non si rivelerà l'ennesimo "specchietto per allodole", la presenza di un Presidente permanente e di grande prestigio potrebbe di fatto, se non di diritto, ricondurre a livello di Consiglio europeo poteri ancora maggiori di quelli espressamente previsti dai Trattati riformati.

⁹ Art. 15, par. 1, TUE.

¹⁰ L. DANIELE, *Costituzione europea e riforme istituzionali*, in *DUE*, 2006, p. 1.

6. Resta infine da dire brevemente delle “incursioni” nel sistema istituzionale dell’Unione e nelle procedure decisionali che la riforma del Trattato di Lisbona consentirà ai parlamenti nazionali.

Il termine “incursioni” sembra appropriato perché si tratta dell’inserimento di organi interni degli Stati membri nel lavoro delle istituzioni dell’Unione. Un tale fenomeno è privo di precedenti specifici ed è molto significativo in quanto segna il formale superamento di quella rigida “separatezza” che aveva caratterizzato fino ad ora i rapporti tra l’apparato istituzionale dell’Unione e quello di ciascuno Stato membro. Con il Trattato di Lisbona, in altri termini, comincia a venire meno quella visione di tipo internazionalistico e perciò stesso difficilmente comprensibile in un contesto integrato come quello dell’Unione, per cui, almeno in teoria, l’Unione e prima di essa la Comunità non conoscevano altro interlocutore che lo Stato membro rappresentato, nella sua unitarietà, dal governo nazionale e si rifiutavano di tenere conto dell’articolazione interna di ciascuna struttura nazionale¹¹.

Il ruolo affidato dal Trattato di Lisbona ai parlamenti nazionali, com’è noto, riguarda la salvaguardia delle competenze nazionali. Esso si esprime anzitutto nella procedura di revisione dei Trattati. Già nell’attuale art. 48 TUE, l’entrata in vigore del Trattato contenente gli emendamenti è condizionata alla ratifica da parte di tutti gli Stati membri secondo le rispettive procedure costituzionali. Con il Trattato di Lisbona, l’intervento dei parlamenti nazionali è esteso anche alle procedure di revisione semplificata. In particolare si consideri l’art. 48, par. 7, TUE che riguarda il passaggio alla maggioranza qualificata per i casi in cui sia prevista una delibera del Consiglio all’unanimità, ovvero il passaggio alla procedura legislativa ordinaria (art. 289 TFUE) per i casi in cui sia prevista una procedura legislativa speciale. Il 3° comma del nuovo art. 48 prevede per i parlamenti nazionali il diritto di essere informati di ogni iniziativa al riguardo da parte del Consiglio europeo, con possibilità per ciascuno di essi di notificare, entro sei mesi, la propria opposizione e di impedire così l’adozione della modifica. Si noti che l’intervento dei parlamenti nazionali in questi casi si aggiunge a quello del Parlamento europeo, il quale, ai sensi dell’ultimo comma della disposizione, deve approvare l’iniziativa.

Come è noto, tuttavia, l’esempio più eclatante del nuovo potere di ingerenza da parte dei parlamenti nazionali è costituito dal meccanismo di controllo e opposizione disciplinato dal Protocollo n. 2 sull’applicazione dei principi di

¹¹ Basti pensare alla imputazione allo Stato membro nell’ambito del ricorso per infrazione di cui all’art. 226 ss. TCE di comportamenti contrari al diritto comunitario delle regioni e al rifiuto di riconoscere alle regioni un *locus standi* privilegiato nell’ambito del ricorso per annullamento ai sensi dell’art. 230, 1° comma, TCE, pur quando l’oggetto della causa riguardava materie di competenza esclusiva regionale. Per alcune affermazioni giurisprudenziali v. L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea*, cit., pp. 265 e 277. Il punto è oggetto di approfondimento in O. PORCHIA, *Indifferenza dell’Unione nei confronti degli Stati membri e degli enti territoriali: momenti di crisi del principio*, in L. DANIELE (a cura di), *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006, pp. 269-286; Id., *Principi dell’ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, p. 17 ss.

sussidiarietà e di proporzionalità. Il meccanismo è troppo noto perché sia necessario descriverlo in questa sede¹². Basterà osservare che, a differenza di quanto previsto dall'art. 47, par. 7, appena descritto, il Protocollo n. 2 crea un embrione di assemblea dei parlamenti nazionali o meglio delle camere dei parlamenti nazionali, nel cui ambito ciascuna camera dispone di un voto (con l'eccezione dei parlamenti unicamerale che godono di due voti) con i seguenti possibili effetti:

- nel caso di parere contrario (nel senso che il principio di sussidiarietà non sarebbe rispettato) che rappresenti almeno 1/3 del totale dei voti, l'autore della proposta di atto è tenuto a riesaminarla e, se decide di non modificarla o ritirarla ma di mantenerla, deve motivare tale decisione;
- nel caso invece di parere contrario che rappresenti almeno la maggioranza semplice dei voti, la procedura legislativa ordinaria di cui all'art. 289 TFUE, se applicabile, segue un percorso diverso dal solito; è prevista una fase preliminare, non dissimile dalla pregiudiziale di costituzionalità del nostro ordinamento parlamentare, in cui Parlamento europeo e Consiglio devono pronunciarsi sul se la proposta di atto rispetti il principio di sussidiarietà; è sufficiente che l'una o l'altra istituzione si pronuncino in senso negativo, il Consiglio a maggioranza del 55% dei suoi membri, il Parlamento a maggioranza dei voti espressi, perché la procedura sia definitivamente interrotta.

Il descritto meccanismo, lo si vede, appare alquanto laborioso e complesso. È nondimeno interessante nella misura in cui incita i parlamenti nazionali ad attrezzarsi per esercitare in concreto i poteri previsti dal Protocollo n. 2 e, d'altro canto, rende le istituzioni dell'Unione più attente al rispetto delle esigenze di cui i parlamenti nazionali dovrebbero essere la migliore e più autorevole espressione.

7. Volendo ora tentare di dare una risposta all'interrogativo con cui questo scritto si è aperto, sembra di poter dire che, non diversamente dalle riforme istituzionali introdotte dai precedenti Trattati di revisione, anche quelle previste dal Trattato di Lisbona si muovono in due direzioni diverse, se non addirittura contraddittorie.

Da un lato esse portano ad un indubbio rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo e di un ampio (seppure non integrale) riequilibrio di poteri rispetto al Consiglio, nel senso di un esercizio congiunto delle funzioni più importanti, in particolare di quella legislativa. Da questo punto di vista, il Trattato di Lisbona segna un ulteriore passo in avanti nella direzione dell'adozione, per l'Unione europea, di una forma di governo vicina al modello della democrazia rappresentativa¹³.

¹² Per una sintesi v. L. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 345 s.

¹³ V., in proposito, l'art. 10, par. 1, TUE: "Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa".

D'altro lato, il notevole rafforzamento della posizione del Consiglio europeo conferisce al disegno di riforma una caratterizzazione marcatamente verticistica, largamente basata sul principio dell'unanimità e perciò stesso lontana dal metodo sovranazionale.

L'attribuzione di un ruolo significativo ai parlamenti nazionali presenta risvolti inquadabili in entrambe queste tendenze. Da un lato, rafforza l'adesione al principio della democrazia rappresentativa, benché espresso attraverso istituzioni parlamentari nazionali e non dell'Unione. Dall'altro, riconoscendo ad organi interni di ciascuno Stato un potere di controllo diretto sull'evoluzione del processo di unificazione europea, esprime una visione meramente interstatale anziché integrazionista del fenomeno.

Abstract

The European Union after the Treaty of Lisbon: Towards a New Institutional Balance?

Do the institutional reforms decided by the Treaty of Lisbon strike a new balance between the institutions of the Union? Or will the allocation of powers between the institutions remain basically the same as it is today? This article argues that the reforms decided in Lisbon are somewhat contradictory. On the one hand, the participation of the European Parliament in the enacting of legislative acts has been considerably strengthened vis-à-vis the Council. On the other hand, the transformation of the European Council in a proper institution has reinforced its pivotal role in running the Union affairs. The conferral onto the National Parliaments of the right to oppose to the adoption of a legislative act for non compliance with the principle of subsidiarity is, in this respect, ambivalent. It may be regarded as a step in the direction of introducing more democracy into the EU institutional system but also as a step which is capable of undermining the supranational status of the Union.

La geografia istituzionale post-Lisbona e la posizione dell'Italia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'accidentato sentiero da Maastricht a Lisbona. – 3. Dal fallimento della Costituzione alle nuove prospettive del Trattato di Lisbona. – 4. Elementi di riflessione sul posizionamento dell'Italia. – 5. Alcune possibili linee-guida. – 6. Il ruolo del Parlamento europeo e la politicizzazione dell'Unione.

1. Sono trascorse poche settimane dal Consiglio europeo di dicembre, l'ultimo sotto Presidenza francese, che ha definito il ruolino di marcia¹ per l'attesa entrata in vigore del Trattato di Lisbona², dopo l'ennesima pausa di riflessione imposta dal "no" irlandese dell'estate scorsa. L'Europa, scossa dalla doppia crisi del conflitto in Georgia e del *crack* finanziario mondiale, ha dimostrato buone capacità di reazione sotto la *leadership* reattiva e volontarista del Presidente Sarkozy. In un'America sotto lo *shock* del fallimento bancario della Lehman Brothers e del crollo di Wall Street, ed assorbita dalla storica transizione elettorale al termine della presidenza Bush, sono scaturiti da Bruxelles gli impulsi e le decisioni che hanno permesso di gestire i colpi della crisi ed impostare le necessarie contromisure a livello interno ed internazionale. Per una fortunata coincidenza storica, legata al calendario delle presidenze a rotazione, l'Europa ha beneficiato di una presidenza unica e di una forte proiezione internazionale. È stato come poter disporre delle nuove istituzioni di Lisbona, senza avere ancora il Trattato: l'anticipazione di un futuro possibile³, il collaudo delle nuove necessarie istituzioni.

¹ Al par. I, punto 4 delle conclusioni del Consiglio europeo viene infatti, per la prima volta, formalizzata una precisa scadenza temporale in quanto Dublino "si impegna a perseguire la ratifica del trattato di Lisbona entro la scadenza del mandato dell'attuale Commissione", ovvero entro il 31 ottobre prossimo. In cambio, gli altri 26 Stati membri garantiscono all'Irlanda di tener in debito conto, con un protocollo giuridicamente vincolante, le sue preoccupazioni (par. I, punto 3) in materia di fiscalità, politica di difesa e diritto di famiglia e si impegnano a rendere permanente la facoltà, offerta dal Trattato di Lisbona, di mantenere un Commissario per ogni Paese membro.

² L'Accordo, noto anche come Trattato di riforma, modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea ed è stato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, cfr. *GUUE* C 306, 17 dicembre 2007. Una versione consolidata dei Trattati sulla base delle modifiche apportate da Lisbona è stata pubblicata nella *GUUE* C 115, 9 maggio 2008.

³ Sull'esigenza di mantener viva, anche in tempi di crisi, la riflessione sul ruolo dell'Europa nel mondo, cfr. da ultimo U. LEANZA, *L'Unione Europea e il ruolo baricentrico dell'Europa*, in *CI*, 2008, p. 421 ss.

Gli ultimi mesi hanno nuovamente dimostrato, al di là di ogni possibile confutazione, che l'Unione ha bisogno dei correttivi istituzionali del Trattato di Lisbona e che la stragrande maggioranza degli Stati membri intende in un modo o nell'altro perseguire sino alla fine del processo l'entrata in vigore del Trattato di riforma⁴. Non ci sono, dovrebbe essere ormai evidente, altri "piani B", perché l'accordo firmato in Portogallo il 13 dicembre 2007 costituisce ancora per i 27 Stati membri il punto irrinunciabile di equilibrio del lunghissimo negoziato istituzionale europeo. Come ha sottolineato a più riprese il Presidente di turno dell'Unione in occasione delle nuove ratifiche successive al "no" dublinese, senza Lisbona non c'è che Nizza, da applicare in tutte le sue parti e senza correttivi: meno Commissari per tutti⁵, meno parlamentari europei per molti⁶, minore efficienza, capacità decisionale e legittimità democratica per tutta l'Unione. Si può discutere sulla giustezza di tale impostazione, si può deplorare il ritardo che non ha consentito di far entrare in vigore il Trattato prima del rinnovo del Parlamento europeo il prossimo giugno⁷, si può rimpiangere il mancato *referendum* europeo che avrebbe potuto sbloccare in via politica la situazione delle ratifiche, ponendo Dublino di fronte alla scelta tra stare dentro o stare fuori. Ma non si può non convenire sulla dura realtà che, sia detto con il dovuto riguardo per tutti, un'Unione con alla sua guida un Paese di ridotte dimensioni e risorse difficilmente avrebbe potuto far fronte con pari efficacia al doppio *shock* degli ultimi mesi.

⁴ Lo ha confermato con forza il Presidente Sarkozy nel suo memorabile discorso al Parlamento europeo il 21 ottobre scorso. È proprio la crisi, ha argomentato Sarkozy, a dimostrare con tutta evidenza quanto essenziale sia per l'Europa mettersi in grado di rispondere alle sfide politiche del momento con unitarietà, efficacia e tempismo almeno pari a quelli degli altri grandi "soggetti mondiali". Ed il Trattato di Lisbona resta la chiave di volta per apportare all'Unione quelle riforme di cui ha assoluto bisogno: un presidente permanente, una politica estera rafforzata, un Parlamento ed istituzioni europee più forti ed autorevoli. Quanto alla posizione del Parlamento europeo essa è stata efficacemente sintetizzata da Alain Lamassoure: "È dal trattato di Lisbona che dipende il seguito dell'avventura europea. O l'UE riuscirà ad avere una direzione politica più forte, oppure rimarrà un'entità politica complicata che sfugge al controllo democratico, condannata ad una vita intermittente tributaria della qualità delle presidenze semestrali", cfr. *Agence Europe* del 9 gennaio 2009, n. 9814.

⁵ Cfr. art. 4, 2° comma, del Protocollo sull'allargamento allegato al Trattato di Nizza (*GUCE* C 80, 10 marzo 2001, p. 1), in base al quale, successivamente all'adesione di Bulgaria e Romania, "Il numero dei membri della Commissione è inferiore al numero degli Stati Membri (...)". Il Trattato di Lisbona, invece, porta il tetto di commissari ad un massimo dei due terzi degli Stati membri, ma prevede anche un'esplicita deroga previa delibera all'unanimità del Consiglio europeo (cfr. art. 17, 5° comma TUE post-Lisbona).

⁶ Con le disposizioni di Nizza il numero dei parlamentari scende a 732 (cfr. art. 2, comma 3°, del Protocollo citato nella nota precedente) rispetto agli attuali 785 e alla soglia di 751 definita dal Trattato di Lisbona, cfr. art. 14, 2° comma TUE post-Lisbona. L'attribuzione di un seggio supplementare all'Italia rispetto alla ripartizione definita dal Parlamento europeo (A6-0351/2007) è contenuta nella dichiarazione n. 4 allegata al Trattato di Lisbona.

⁷ In tal senso vanno diverse recenti dichiarazioni sia del Presidente del Parlamento europeo, Hans Gert Pöttering, sia del Presidente della Commissione affari costituzionali, Jo Leinen, cfr. *Agence Europe* del 23 settembre 2008.

La seconda considerazione riguarda una verità antica, riproposta dall'attualità recente: è in tempi di crisi che si costruisce l'Europa, è nelle congiunture più avverse che si forgiavano le decisioni che determinano il sentiero dei futuri sviluppi istituzionali. Siamo pertanto convinti che sia necessario sviluppare da subito un supplemento di riflessione sul Trattato di Lisbona ancora non ratificato, armarsi di una visione "lunga" dell'evoluzione del panorama istituzionale dell'Unione, che muova dal presupposto dell'approvazione del Trattato, ma che sappia anche iniziare a guardare oltre. Né atto di fede, né manifestazione di avventato coraggio, ragionare sul "dopo-Lisbona" serve oggi a superare la fascia acuta di turbolenza della doppia crisi; e, soprattutto, ci consente di riavvicinarsi all'Europa, al suo sogno e al suo progetto, cercando di immaginare in concreto l'Unione come potrebbe essere e come sarà, e definendo in questo contesto le linee di una possibile posizione italiana.

Va altresì riconosciuto che l'auspicata entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁸ non dissiperà, tutto d'un tratto, ogni nube o incertezza sul futuro quadro di funzionamento dell'Unione. Il panorama istituzionale post-Lisbona resta infatti soggetto ad una forte alea in ragione sia delle effettive modalità di attuazione delle nuove disposizioni, sia delle personalità che saranno scelte per occupare e interpretare i nuovi incarichi. Il Trattato potenzia infatti il Consiglio europeo ed il Parlamento, complica la percezione del Consiglio e del ruolo del Paese di presidenza semestrale, pone un interrogativo sul profilo futuro della Commissione e muta significativamente la natura dell'Alto rappresentante, la cui nuova duplice funzione (*double hatting*) si fonda su due distinte linee di legittimità: ancorata alle istruzioni consiliari per gli aspetti della PESC/PESD, sotto l'autorità della Commissione ed il controllo del Parlamento europeo per le materie comunitarizzate.

In un tale contesto ad alta fluidità, l'Italia dovrà accuratamente valutare le sue opzioni ed il suo posizionamento sullo scacchiere europeo, sulla base di una visione strategica di lungo termine che definisca gli obiettivi tattici di breve e medio periodo in coerenza con la sua storia e vocazione europea. Una breve panoramica sugli ultimi due decenni di negoziato istituzionale europeo potrà aiutarci a contestualizzare il giudizio sulle prospettive offerte dal Trattato di Lisbona⁹ allo sviluppo del progetto europeo e, all'interno di questo, del ruolo e delle possibilità offerte dal nostro Paese.

2. I due decenni a cavallo del Terzo millennio hanno visto svilupparsi una fase di negoziato istituzionale europeo particolarmente intensa e variata. Da Maastricht a Lisbona siamo stati testimoni di una linea quasi mai interrotta di revisione delle regole e degli assetti europei. Il rilancio del progetto politico

⁸ Lo scenario attualmente più accreditato prefigura un secondo voto irlandese dopo la prossima estate con l'entrata in vigore del Trattato a partire dal 1° gennaio 2010, con un anno di ritardo rispetto a quanto inizialmente pronosticato.

⁹ F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008.

europeo dopo il crollo del Muro di Berlino ha portato agli europei la moneta unica, la cittadinanza ed un primo disegno dell'Unione politica, un'entità nuova e originale¹⁰, diversa al tempo stesso dalla Comunità delle origini e dalla Federazione.

Il carattere novatore ed embrionale dell'Unione politica e monetaria delineata nel 1992, si intreccia nel successivo quinquennio olandese¹¹ con la possente spinta verso l'allargamento. Con il Trattato di Amsterdam, nel 1997, l'Europa affronta e vince la sfida dell'apertura ad Est e Sud, la quinta e più formidabile tornata di adesioni che ha caratterizzato il processo europeo. La storica e sanguinosa frattura interna all'Europa, lasciato avvelenato del XX secolo, è avviata a ricomposizione: un'Europa già lacerata in due e divisa in un mosaico di Stati, può iniziare a concepirsi come attore geo-politico potenziale¹². Ma alto è il tributo da pagare in termini di coesione e solidità interna del progetto dell'Unione: l'accordo che suggella con successo il grande allargamento dell'Europa conduce ad un compromesso al ribasso (non sarà né il primo, né l'ultimo nella vicenda europea) sui tre punti dell'estensione del voto a maggioranza (ridotta al minimo); della cooperazione rafforzata (limitata essenzialmente al solo primo pilastro); e della ponderazione dei voti e della composizione della Commissione (rimandati a tempi migliori). Sono i cosiddetti "avanzi" (*left-overs*) di Amsterdam, i nodi critici irrisolti da cui sarebbe presto ripartito il negoziato istituzionale.

La procedura di ratifica di Amsterdam non era ancora conclusa che già si riapriva nelle diverse capitali europee il dibattito sui necessari correttivi istituzionali da apportare all'Europa. Non va sottaciuto il significativo ruolo di impulso e di visione politica fornito dall'Italia nei complessi anni che portarono al sia pur insufficiente Trattato di Nizza¹³. Dopo il quinquennio olandese, il nostro Paese spinse con determinazione per far sì che, assieme alla soluzione dei tre *left-overs* di Amsterdam, i negoziati istituzionali fossero estesi per includere sia le cooperazioni rafforzate (d'intesa con la Germania), sia i primi progressi registrati nella PESD (d'intesa con il Benelux), sia un avvio di cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (d'intesa con la Spagna). Ma c'è di più. Fu sempre la stretta collaborazione italo-tedesca, a cui si aggiunsero poi la Francia ed il Benelux, che permise di negoziare la fondamentale dichiarazione sui seguiti di Nizza, in base alla quale si sanciva l'impegno ad avviare un dibat-

¹⁰ L'organizzazione decentratata dell'UE è stata paragonata a quella della rete di gestione delle carte da credito della VISA, cfr. M. LEONARD, *Perpetual Power: Why Europe Will Run the 21st Century*, London, 2005.

¹¹ Con tale espressione sintetica definiamo il quinquennio avviato nella cittadina olandese di Maastricht (dove fu firmato nel 1992 lo storico accordo sull'euro) e conclusosi con il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997, cfr. *GUCE C 340*, 10 novembre 1997.

¹² G. VERHOFSTADT, *Les Etats-Unis d'Europe*, Bruxelles, 2006. Anche senza concordare con le tesi dell'ex-Premier belga che auspica la futura formazione degli "Stati Uniti d'Europa", in tempi di crisi globale risalta anche con maggior evidenza l'interesse per i cittadini europei ad essere rappresentanti sulla scena internazionale da un soggetto coeso e di maggior peso geo-politico potenziale come l'Unione.

¹³ Trattato di Nizza, firmato il 26 febbraio 2001, *GUCE C 80*, 10 marzo 2001.

tito strutturato sul futuro dell'Europa, l'embrione di quel processo costituzionale europeo che avrebbe condotto da Laeken¹⁴ (2001) al Trattato costituzionale firmato a Roma nel 2004¹⁵.

Gli sforzi per superare l'insoddisfacente compromesso di Nizza diedero avvio ad una fase istituzionale di grande interesse. Il lungo e complicato "cantiere" per le riforme europee, che ha generato la Costituzione e si è infine chiuso con l'accordo di Lisbona dell'autunno 2007, può essere diviso in quattro tappe distinte: i) i lavori della Convenzione; ii) la Conferenza intergovernativa (CIG) del 2004 e il progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa; iii) il fallimento delle ratifiche e la susseguente pausa di riflessione nel 2005-2006; iv) e, infine, la ripresa del processo istituzionale con l'accordo nel giugno 2007 sul Trattato di riforma e la rapida CIG "attuativa" per redigere il testo tra il luglio e l'ottobre 2007. In realtà, tra l'avvio dei lavori della Convenzione e l'accordo sul Trattato di Lisbona si è assistito ad una sorta di grande ondata, accompagnata da un forte riflusso, una specie di movimento in due tempi, di azione-reazione.

La prima fase, caratterizzata dall'impronta squisitamente "anti-CIG" dello spirito convenzionale, ha tentato una politicizzazione del progetto europeo tramite il nuovo metodo del negoziato aperto e ibrido (miscela di intergovernativo e sopranazionale), la mobilitazione dei simboli (bandiera, inno e moneta comune), la valorizzazione della Carta dei diritti e la preparazione di un progetto di trattato denominato Costituzione, termine evocatore e ad alta intensità politica. Ma l'ondata di politicizzazione della costruzione europea si è infranta contro il muro elevato dal doppio "no" franco-olandese: l'esercizio della democrazia diretta in due Stati fondatori ha finito per prevalere e ha troncato il progetto di elevare il gradiente politico dell'Unione. L'Europa ha subito un grave contraccolpo ed è stata risospinta all'indietro, mentre la "pausa di riflessione" si accompagnava ad un'ampia ondata di euroscetticismo e marcava il prepotente rientro in scena del metodo intergovernativo e dell'azione diplomatica delle capitali.

Nel marzo 2007, il cinquantennale dei Trattati di Roma ed il semestre di presidenza tedesca offrono l'occasione di un rilancio. La Dichiarazione di Berlino¹⁶, accuratamente preparata dalla Signora Merkel con il forte sostegno dell'Italia e degli "Amici della Costituzione", pone le basi politiche per la successiva ripresa del negoziato istituzionale ed il superamento del grave *impasse* scaturito dal fallimento del progetto costituzionale. A maggio si perfeziona l'intesa con il neo-eletto presidente Sarkozy che schiude la via al decisivo accordo su un mandato dettagliato grazie al quale la nuova CIG ad "autonomia vigilata"

¹⁴ Dichiarazione sul futuro dell'Unione europea, sottoscritta il 15 dicembre 2001 dai 15 Paesi a quel tempo appartenenti all'UE.

¹⁵ Cfr. *GUUE* C 310, 16 dicembre 2004. Per un'analisi giuridica del testo si veda J. C. PIRI, *The Constitution for Europe. A Legal Analysis*, Cambridge, 2006.

¹⁶ La Dichiarazione, firmata a Berlino il 25 marzo 2007 per celebrare i 50 anni dei Trattati di Roma, è stata determinante per raggiungere il consenso politico sul testo del Trattato di Lisbona, concepito per superare la crisi istituzionale innescata dal rigetto franco-olandese della Costituzione nel maggio 2005.

riesce a mettere a punto il Trattato di riforma firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007. Nello sblocco del negoziato sulla riforma delle istituzioni dell'Unione, ha giocato un ruolo di primo piano l'equilibrata ma indefettibile linea europeista di Berlino, unitamente all'impulso proveniente dalla nuova leadership francese. Al Portogallo va ascritto il merito di una competente conduzione della Presidenza che ha finalizzato CIG e Trattato; mentre non va dimenticata la funzione di continuo e responsabile impulso giocata dal Parlamento europeo¹⁷, che si è battuto, da un lato, per salvaguardare la sostanza essenziale delle innovazioni istituzionali della Costituzione; dall'altro, per evitare una pericolosa dilatazione della biennale pausa di riflessione, premendo per la realizzazione di un'intesa entro la scadenza politica dell'elezioni europee del 2009¹⁸.

3. La ricostruzione per rapidi cenni della storia istituzionale dell'Europa negli ultimi due decenni consente di affrontare il quesito ineludibile sulle cause del fallimento del progetto di Trattato costituzionale; una domanda difficile che impone una risposta netta. L'esperimento della Costituzione è fallito perché ha tentato di calare una soluzione politica dall'alto in seno ad un sistema, quello della *governance* europea, imperniato su una logica di legittimazione da risultato (di *output*) essenzialmente tecnocratica e dominata da prevalenti logiche inter-governative¹⁹. La chiamata in causa della politica, con il secco esito negativo dei *referendum* in Francia ed in Olanda, ha generato un cortocircuito che ha fatto saltare il tentativo di riformare l'UE per via istituzionale; un cortocircuito non del tutto inaspettato né imprevedibile, anche alla luce del precedente storico, per certi aspetti analogo, del blocco francese della Comunità europea di difesa nei primi anni '50.

Resta peraltro oggi del tutto intatta, al di là della Costituzione mancata e delle successive vicissitudini negoziali del Trattato di riforma, l'esigenza di favorire un mutamento qualitativo della *governance* dell'Unione in direzione di "un'Europa sempre più unita" e coesa. Solo un tale mutamento potrà fornire una risposta vincente alla duplice sfida interna (dell'allargamento) ed esterna (della globalizzazione) cui è chiamato a rispondere il nostro continente. Una sfida che, come viene a ricordarci la crisi finanziaria dei *subprime* in provenienza dagli Stati Uniti, non può essere vinta, ma neanche combattuta, tramite una visione puramente economicista o mercatista²⁰ dell'Europa. Solo un'Unione in grado di

¹⁷ Sul ruolo del Parlamento europeo nel promuovere le riforme istituzionali e costituzionali europee, cfr. R. CORBETT, F. JACOBS, M. SHACKLETON, *The European Parliament*, London, 2005, p. 333 ss.

¹⁸ L'ennesimo "no" irlandese del maggio 2007 ha rimesso in dubbio l'esito del processo di riforma dell'UE, che resta a forte rischio. Ma, significativamente, nessuno ha parlato di riaprire il cantiere istituzionale europeo, per apportarvi ulteriori modifiche o ritocchi. L'accordo è ormai definito; resta solo da decidere, se, quando e eventualmente con chi farlo entrare in vigore.

¹⁹ Per un'interessante disamina delle fonti e dei processi di legittimazione dell'Unione europea si veda N. VEROLA, *L'Europa legittima*, Firenze, 2006.

²⁰ Sull'elaborazione del concetto di mercatismo, si veda in particolare G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milano, 2008.

adottare incisive politiche pubbliche europee, governare la propria economia e pesare effettivamente nel mondo può marcare la differenza tra il rilancio del progetto politico dei padri fondatori, ed il declino definitivo dell'Europa, risucchiata e tramortita nella nuova geopolitica instabile dei grandi giganti in ascesa (Cina, ma anche India e Brasile) e del superamento dell'unilateralismo statunitense²¹.

Ma, al di là dei fattori endogeni ed esogeni sopra citati, il mutamento qualitativo del progetto di *governance* europea costituisce uno sviluppo naturale della vera e propria “sterzata politica” incompiuta, registrata dall'Europa con il Trattato di Maastricht. È a Maastricht infatti che bisogna tornare se si vogliono collocare nel loro giusto contesto le diverse tornate negoziali istituzionali sviluppatesi nelle numerose CIG dell'ultimo decennio (del 1996, 2000, 2004 e 2007). A parte la moneta comune, l'euro, che ha monopolizzato l'attenzione delle opinioni pubbliche, due altre novità fondamentali venivano introdotte nella piccola cittadina olandese: la definizione di una cittadinanza europea; l'impegno a sviluppare una politica estera e di difesa comune. La “triade” di Maastricht (moneta, cittadinanza e difesa) ha lentamente ma irrevocabilmente fatto entrare l'Europa in una fase *qualitativamente* differente rispetto al periodo della formazione del mercato unico: una fase potenzialmente ad alto gradiente politico e certo non più governabile tramite soluzioni di (presunta) eccellenza tecnocratica, da convalidare con la ricerca del massimo consenso tra gli Stati membri, in un approccio unanimistico e, quindi, strutturalmente inidoneo a dirimere tra opzioni politiche contrapposte.

Una nuova “Europa della politica” governata con le istituzioni e la logica ancora apolitica (se non anti-politica) dell'Europa del mercato comune: il paradosso insito in tale proposizione ha caratterizzato le contraddizioni e generato i blocchi e le sconfitte delle diverse fasi di negoziato istituzionale che ci hanno portato, dopo il varo dell'Unione monetaria, ad immaginare prima, e disfare poi, la tela della prima Costituzione europea, salvo recuperarla *in extremis* con il compromesso del Trattato di Lisbona. Ai tre temi fortemente politici della cittadinanza, della politica estera e della direzione dell'economia in uno spazio valutario comune, si sono poi aggiunti, dopo lo *shock* dell'11 settembre, le due aree altrettanto, se non maggiormente “sensibili”, della sicurezza interna e della lotta al terrorismo. Uno scossone che è stato, per certi aspetti, benefico per la coesione della costruzione europea, in quanto ha favorito l'accordo sulla rapida eliminazione del terzo pilastro, che con Lisbona è stato comunitarizzato e ricondotto alla codecisione con il Parlamento europeo.

Abbiamo dunque assistito, tra fine anni '90 e inizio del nuovo millennio, all'irrompere nell'agenda politica europea, di una serie corposa di temi di alta caratura politica (moneta, sicurezza interna, politica estera, difesa, ecc.) che, in una sorta di inerziale automatismo, gli Stati membri hanno continuato ad affrontare con la solita ricetta: negoziati tecnici, accordi al minimo comune denomina-

²¹ F. MAZZEI, *Relazioni internazionali. Teorie e problemi*, Napoli, 2005.

tore, compromessi continui. Anche il tentativo (nobile) di fondare sul Trattato costituzionale il possibile rilancio politico della nuova Europa si è scontrato sui veti incrociati dei rigurgiti inter-governativi vecchi e nuovi e si è in prevalenza concentrato su una motivazione asseritamente simil-funzionalista: l'esigenza di far meglio funzionare la macchina della nuova Unione allargata a 27, di contenere una deriva quasi onusiana²² verso strutture consiliari tanto più numerose quanto più inefficienti. Nuove istituzioni, una più forte efficienza, maggiori risultati: è la sequenza argomentativa privilegiata, durante la lunga crisi/pausa di riflessione, dei pur abili traghettatori dell'Europa, di cui Barroso ha rappresentato il campione più eloquente, seppur in chiave di accentuato (e a volte riduttivo) pragmatismo.

Si apre dunque, con la fine dell'*impasse* costituzionale sancita dal compromesso di Lisbona, una nuova fase dell'evoluzione europea caratterizzata da un percorso che potremmo definire di "necessaria politicizzazione". La natura delle decisioni da prendere, il profilo delle questioni in discussione è infatti tale da richiedere un vero e proprio arbitraggio politico europeo che affianchi, attualizzi e completi le mutevoli maggioranze registrate dai raggruppamenti degli Stati membri in Consiglio. In tale prospettiva, risulteranno determinanti le decisioni, altamente politiche (e, in quanto tali, irriducibili ad ogni previsione di natura tecnico-diplomatica), sulle nuove cariche apicali dell'Unione, dalle quali dipenderà in parte il futuro assetto dei nuovi equilibri interistituzionali, mentre giocherà inevitabilmente un ruolo di primo piano il Parlamento europeo, anche alle luce degli esiti politici della prossima scadenza elettorale nel giugno 2009.

4. Dopo un ventennio di quasi ininterrotto negoziato istituzionale, da Maastricht ai *left-overs* di Amsterdam, sino a Nizza, a Laeken e alla Costituzione, il Trattato di riforma firmato sotto presidenza portoghese non getta ponti, né visibili "passerelle" istituzionali verso il futuro. Lisbona chiude un "ciclo lungo" di riforme dell'Europa per via istituzionale e segnerebbe, dunque, l'avvio, per la maggioranza degli osservatori, di un periodo di consolidamento ed assestamento dell'Unione.

È senz'altro vero che il Trattato, riprendendo in gran parte gli *acquis* costituzionali, fornisce una sistemazione organica e complessiva dei molteplici aspetti in discussione nell'agenda istituzionale degli ultimi anni: tramite l'estensione del voto a maggioranza qualificata e la ponderazione dei voti; tramite la ridefinizione del quadro delle istituzioni e la personalità giuridica; tramite il conferimento di valore vincolante alla Carta dei diritti. Ma è anche vero che, alla ripresa del dibattito sul "Futuro dell'Europa", che tanto ha segnato la storia degli ultimi anni, contribuiscono, oltre alle clausole tecniche di *rendez-vous* istituzionale, le dinamiche politiche all'opera all'interno e all'esterno dell'Unione che spingono, come abbiamo visto sopra, verso una sempre maggiore politicizzazione del momento decisionale europeo.

²² J. McCLINTOCK, *The Uniting of Nations*, Bruxelles, 2007.

Le innovazioni istituzionali di Lisbona schiudono inoltre prospettive di difficile prevedibilità e rendono urgente ragionare sui diversi scenari applicativi che potranno marcare il cammino dell'Unione negli anni a venire. L'alea che circonda l'applicazione delle nuove disposizioni ed i nuovi equilibri interistituzionali è infatti particolarmente alta. Non solo perché con il Trattato di riforma vedranno la luce un nuovo Presidente, nuove istituzioni e nuovi organismi. Ma anche perché l'attuazione, in un senso o nell'altro, delle disposizioni del Trattato di Lisbona è fortemente legata a due elementi principali.

In primo luogo, l'evoluzione del panorama istituzionale dell'Unione, oltre alle effettive modalità di attuazione delle nuove disposizioni, dipenderà dalla scelta, di difficile prevedibilità, delle personalità che saranno selezionate per occupare e "interpretare" i nuovi incarichi. Siamo stati testimoni, d'altra parte, già prima dell'interruzione imposta dal *referendum* irlandese²³, della "corsa" ai nomi (Blair, Juncker, Barroso, Ramsussen, Verhofstadt, Solana, Amato, ecc.), per identificare e proporre con anticipo il candidato vincente per la futura Presidenza dell'Europa. È un'accelerazione che, al di là delle scadenze di calendario e delle legittime ambizioni personali e nazionali, abbiamo tutto l'interesse a rintuzzare, con l'obiettivo di ricondurre la partita delle nomine all'interno di un disegno di medio-lungo periodo, di una visione precisa dell'Europa che vogliamo costruire nei prossimi decenni e, di conseguenza, dei nuovi futuri equilibri interistituzionali.

Mai, come in questo caso, la scelta di una candidatura piuttosto che di un'altra appare strettamente connessa al modello di Europa al quale aspiriamo²⁴. È da questo che dobbiamo partire prima di selezionare le persone e, dietro loro, le bandiere e le visioni nazionali cui restano in parte legate. Dovremo dunque al momento opportuno convincere i nostri *partner* europei dell'assoluta necessità di impostare su un metodo ed una visione europea condivisa la selezione delle nuove, numerose figure apicali dell'Europa: quattro se, accanto ai tre presidenti delle istituzioni (Consiglio europeo, Commissione e Parlamento), si tiene conto anche del mandato speciale ("doppio cappello") del Sig. PESCE/Vice-Presidente della Commissione.

Il secondo fattore cui dovremo prestare la massima attenzione è il rischio che la prossima tornata di nomine apicali europee sia risucchiata dalle sirene della "flessibilità permanente". È un dibattito questo che viene da lontano perché, sin dai tempi di Delors – che, allora, aveva in mente fiscalità, difesa ed energia –, le cooperazioni rafforzate sono state concepite come un utile strumento per rivitalizzare il cammino dell'Unione e spingere in avanti l'integrazione europea. Ne è derivato l'approfondimento di una ricca gamma concettuale, dall'*Europe à la*

²³ Sugli scenari per superare il blocco di Lisbona, si vedano tra gli atti H. BRADY, *Will the Irish Guillotine Lisbona?*, in *Centre for European Reform, Briefing Note*, giugno 2008; C. GRANT, *Three Scenarios for the Lisbon Treaty*, in *Centre for European Reform, CER Bulletin*, n. 61, agosto-settembre 2008; E. GREPPI, *Il trattato di Lisbona e il Referendum irlandese*, in *ISPI – Policy Brief*, n. 87, giugno 2008.

²⁴ A. PRETO, *L'Europa che vorrei*, Catanzaro, 2006.

carte alle geometrie variabili; dalla *Kerneuropa* (nocciolo duro) alle integrazioni differenziate in funzione di diversi livelli di *opting in* e *opting out*. Ai margini dei negoziati sul Trattato di Amsterdam venne anche evocata la teoria (seducente) di un'Europa "frattale", impiantata su configurazioni frazionarie e irregolari, e fondata su regole di funzionamento interno differenziate per l'intero e le sue parti, o il modello di un'Europa "stellare", unione policentrica a rete, sempre meno gerarchica e sempre più relazionale.

Ma l'ancoraggio cui riferirsi per evitare illusorie derive speculative è la necessità che la configurazione parziale dell'Unione su alcune materie ad alto gradiente politico (politica estera e di difesa, giustizia e affari interni) non approdi a forme di progressivo consolidamento suscettibili di stabilizzarsi nella durata. È un aspetto di estrema attualità e delicatezza, se si vuole salvaguardare l'impianto politico unitario di un'Europa che, nelle sue diverse articolazioni (verso l'Est, i Balcani, il Mediterraneo e la Turchia), resta soggetta a rilevanti forze centripete ed incognite destabilizzatrici. Tanto più che, come insegna la scienza politica, la vulnerabilità di un sistema, ed il rischio di un suo disfacimento, raggiunge il suo punto più alto proprio nelle fasi di riforma; come quella, che si aprirà appunto a seguito dell'auspicata entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tale impostazione, occorre sottolinearlo, non si fonda su alcuna preconcetta avversione per iniziative specifiche di cooperazione rafforzata: queste sono anzi benvenute purché siano aperte ed inclusive, si sviluppino all'interno del quadro istituzionale dell'Unione ed utilizzino, nel loro concreto dispiegarsi il meccanismo del voto a maggioranza qualificata.

5. Contrastare accelerazioni dall'esito imprevedibile nella partita delle nomine apicali; definire prioritariamente il tipo di equilibri interistituzionali cui dovrà condurci il nuovo Trattato; costruire un consenso sullo *status* finale delle istituzioni (Consiglio europeo) e degli organismi previsti dalle nuove disposizioni (Servizio europeo per l'azione esterna); partecipare attivamente ai gruppi pionieri e alle cooperazioni rafforzate concepite in funzione di rilancio del progetto europeo, evitando il rischio di affioranti *enclaves* intergovernative extra-istituzionali: sono alcune delle linee-guida da tener presente nei mesi cruciali che ci avvicinano alla scadenza della ratifica, auspicabilmente nel corso del 2009.

Su una tale base negoziale, la politica estera italiana dovrà potersi sviluppare lungo una duplice linea. Da un lato occorrerà tenersi pronti, nel breve periodo, a rispondere, in modo conforme ai nostri interessi nazionali, alle sollecitazioni e agli impulsi che verranno all'Unione dagli accordi (mutevoli) tra i principali Paesi europei, quelli che "in Europa hanno stessi diritti (...) ma maggiori responsabilità di tutti gli altri", come argomentato da Sarkozy a Strasburgo, nel dicembre scorso, a chiusura del semestre di Presidenza. È la teorizzazione, per niente dissimulata, dell'esigenza di geometrie variabili, se non di veri e propri direttori, per spingere l'Europa a decidere ed agire, specie nei tempi velocissimi delle crisi. Si tratta di scenari destinati verosimilmente a moltiplicarsi, nella delicata fase di transizione che separa l'Unione dal nuovo assetto politico e istituzionale definito dal Trattato di Lisbona.

All'attenzione a partecipare tempestivamente alla definizione degli arbitraggi informali europei sulle questioni di maggior attualità (crisi finanziaria, politica dell'energia e dell'immigrazione, cooperazioni in materia di difesa e operazioni militari all'estero), occorrerà peraltro affiancare, in una visione di medio-lungo periodo, un convinto sostegno al graduale sviluppo del progetto europeo, sia sotto il profilo politico-istituzionale che sotto quello geografico (prospettiva europea dei Balcani, Turchia e dimensione mediterranea). In una tale prospettiva, l'interlocutore di riferimento non potrà che essere la Germania, alla quale ci legano interessi economici complementari²⁵ ed una comune visione del processo istituzionale europeo²⁶. Allo stretto raccordo con Berlino sarà poi utile affiancare una politica di pronunciata attenzione verso i numerosi *partner* europei di piccole e medie dimensione, che guardano da sempre con diffidenza ad ipotesi di più o meno larvati direttori da parte dei *Big Four*. Una sistematica politica di coinvolgimento degli Stati piccoli e medi (specie nelle aree per noi economicamente strategiche dei Balcani e dell'Est europeo) potrà consentirci di costruire "quei numeri del consenso" necessari ad adottare le grandi decisioni politiche cui l'Unione sarà sempre più chiamata. E contenere al tempo stesso le pulsioni intergovernative emerse a più riprese, con la consueta sponda di Londra, nel pur positivo semestre di Presidenza francese.

Non si tratterà certo per noi di un cammino facile o agevole. Nell'incerta fase attuativa del quadro istituzionale post-Lisbona, l'Italia dovrà innanzitutto combattere e vincere sul piano interno la sfida del nuovo "vincolo ribaltato": non è più l'Europa che ci rende "virtuosi", ma sarà la nostra (recuperata) "virtù" a conferirci un posto di rilievo nell'Unione. Sono i temi noti, ma non per questo di minor attualità nel contesto della grave crisi economica in corso, del contenimento del *deficit* e del rientro dal debito; della produttività e del miglioramento delle infrastrutture visibili ed invisibili del Paese; della riduzione delle infrazioni e del corretto recepimento delle norme europee; della coerenza, infine, del sistema Italia in Europa, con l'organizzazione di un sostegno strategico e di lunga durata degli italiani operanti nelle istituzioni dell'Unione. Una tale azione potrà affiancare – è bene ripeterlo – sia la necessaria attenzione diplomatica nei confronti dei grandi attori globali (Washington, Mosca, Pechino), sia la partecipazione a gruppi pionieri di cooperazioni rafforzate, aperte e particolarmente innovative.

Due aspetti specifici vanno poi considerati per definire una coerente strategia nazionale per incidere negli equilibri interistituzionali post-Lisbona. Da un lato, vi è l'incertezza legata all'applicazione tardiva della fondamentale modifica del sistema di voto in Consiglio, il cui avvio è stato come noto rimandato al 2014²⁷. In

²⁵ Come confermato, di recente, dall'andamento dei negoziati sul pacchetto "clima-energia", perfezionati nel Consiglio europeo del dicembre 2008.

²⁶ Come emerso a più riprese sia nella "pausa di riflessione" succeduta al "no" franco-olandese al progetto di Costituzione per l'Europa nel 2005, sia in sede di negoziato del nuovo Trattato di Lisbona nel 2007.

²⁷ Il Trattato di Lisbona sostituisce il complesso sistema di ponderazione dei voti negoziato a Nizza con il c.d. sistema della "doppia maggioranza", degli Stati (55%) e della popolazione (65%). Tuttavia, a differenza di quanto era previsto dal Trattato costituzionale, il nuovo sistema entrerà in

un approccio ottimistico, ciò potrebbe facilitare la graduale e armonica transizione verso il nuovo sistema. Ma non si possono escludere i rischi di uno snaturamento e di una squilibrata attuazione del Trattato nella sua prima fase, con possibili accentuati conflitti tra il Consiglio ed il secondo co-legislatore, il Parlamento, che esce immediatamente rafforzato dalle riforme. Un secondo punto di preoccupazione, rispetto all'efficienza dei meccanismi consiliari, è costituito dal rischio di una larvata istituzionalizzazione del compromesso di Ioannina, che potrebbe addirittura rimettere in discussione l'essenziale novità del voto a maggioranza qualificata, riportando la *governance* europea indietro ai tempi del Trattato di Nizza. Vi è poi la più generale ambiguità che circonda le nuove istituzioni ed organismi: le disposizioni "aperte" del Trattato di Lisbona lasciano infatti parzialmente indeterminato il profilo che assumeranno nel nuovo equilibrio europeo il Presidente del Consiglio, l'Alto Rappresentante e il Servizio dell'azione esterna.

In un tale contesto, l'interesse "permanente" dell'Italia a mantenere su un sentiero di sviluppo il progetto di un'Europa politica potrebbe tradursi in tre direttive d'azione da perseguire in una visione di medio-lungo termine:

- circoscrivere il ruolo del Presidente permanente del Consiglio europeo;
- difendere la centralità della Commissione e del suo Presidente;
- sostenere l'evoluzione in corso verso un sistema parlamentare.

La logica della prima linea-guida è presto spiegata. Circoscrivere, o meglio contenere, il ruolo del nuovo Presidente permanente del Consiglio europeo nei limiti previsti dalla norme del Trattato presenta almeno tre vantaggi dal punto di vista dei futuri equilibri interistituzionali: evita una tendenziale equiparazione *de facto* della nuova figura apicale a Presidente dell'Unione, tutelando il ruolo del Presidente della Commissione; garantisce che il Consiglio rimanga il co-legislatore unico assieme al Parlamento (prevenendo eventuali derive legislative del nuovo Consiglio europeo); e preserva un ruolo politicamente importante al *leader* del Paese di presidenza semestrale. Un Presidente-coordinatore, con consolidata esperienza di governo, costituirebbe una preziosa risorsa politica per l'Europa, esercitando all'interno un necessario ruolo di tessitore e costruttore del consenso tra gli Stati membri nell'alternarsi tra i diversi semestri. Sul piano internazionale, svolgerebbe invece funzioni protocollari e di alta rappresentanza esterna, piuttosto che presentarsi come un nuovo super-Presidente dell'Europa, ciò che consentirebbe altresì di evitare la possibile sovrapposizione e confusione di ruolo con il nuovo Sig. PESC rafforzato, che deve restare l'unico titolare della politica estera dell'Unione²⁸.

vigore a decorrere dal 1° novembre 2014, restando fino a tale data in vigore il sistema attuale (art. 9 C, par. 4 TUE post-Lisbona, non rinumerato). In via transitoria, il sistema di voto di Nizza potrà altresì essere applicato fino al 31 marzo 2017, su richiesta di uno Stato membro (art. 3, par. 2 del Protocollo sulle disposizioni transitorie). Nell'Europa a 27, una maggioranza necessita di almeno 15 Stati membri, mentre le "minoranze di blocco" dovranno essere composte da almeno 4 Stati membri onde evitare che i tre Paesi più grandi dell'Unione possano impedire l'adozione delle decisioni sulla base del fattore popolazione.

²⁸ Verrebbe altrimenti vanificato l'obiettivo di una maggiore coesione esterna dell'UE, una delle principali migliorie previste dal Trattato. Ed il numero dei famosi... telefoni da chiamare in Europa salirebbe, invece di diminuire.

Una tale visione avrebbe anche un altro fondamentale vantaggio: essa consentirebbe di preservare l'obiettivo di medio termine della riunificazione in un'unica persona delle cariche di Presidente del Consiglio europeo e della Commissione. È un'opzione, questa, che il Trattato di Lisbona, salvaguardando uno dei lasciti più importanti della Convenzione, non esclude, che il Parlamento europeo approvarebbe pienamente e che, inoltre, garantirebbe di superare, in modo strutturale, i timori di una deriva intergovernativa e di un conseguente depotenziamento (prima) ed un'atrofizzazione (poi) della Commissione. È il modo, anche, per stroncare "super candidature" nazionali, foriere di destabilizzanti fughe in avanti e difficilmente qualificabili come genuine avanguardie filo europee.

La *reductio ad unum* al vertice dell'Europa²⁹ non è naturalmente una prospettiva facile, né scontata: sarebbe d'altronde politicamente inopportuno e arduo "disfarsi", nel brevissimo tempo, di un nuovo Presidente stabile del Consiglio appena insediato. Essa appare tuttavia compatibile, più di altre, con due importanti obiettivi complementari: rafforzare il ruolo di coordinamento politico del Consiglio affari generali, per non sovraccaricare il Coreper e, soprattutto, per evitare i rischi di un'eccessiva intrusione tecnocratica da parte del Segretariato generale; difendere l'*ownership* rispetto al progetto europeo dei leader politici degli Stati membri derivante dal coinvolgimento, sia pur a turno, nei meccanismi semestrali di Presidenza dell'Unione. Mantenere per il futuro la prospettiva di una "Presidenza unica" offre anche la garanzia di poter rilanciare, in un momento politicamente più propizio³⁰, il dibattito pubblico sul "futuro dell'Europa", utilizzando una "opzione politica dirimente" da poter sottoporre al vaglio dei cittadini europei.

Ciò che occorre, in definitiva, è un'efficace azione preventiva in grado di disinnescare, in fase di attuazione, l'inevitabile potenziale di ambiguità contenuto nel nuovo Trattato di riforma. Va soprattutto evitato che l'istituzionalizzazione del Consiglio europeo e del suo nuovo Presidente permanente finiscano per destabilizzare il rapporto tra le tre istituzioni tradizionali (Consiglio, Commissione e Parlamento), nuocendo alla funzionalità complessiva dell'Unione³¹. Il Trattato di Lisbona consolida l'equilibrio istituzionale dell'Unione nella misura in cui, come

²⁹ Su una tale possibilità si veda di recente: *Quel président pour l'Europe?*, in *Le figaro*, 30 dicembre 2008.

³⁰ Magari sull'onda positiva di un forte successo europeista in occasione del prossimo *referendum* irlandese, ciò che potrebbe generare un forte riallineamento delle forze politiche europee e scompaginare le tradizionali alleanze e schieramenti tra gli Stati membri.

³¹ È questo un rischio già messo ben in evidenza nei lavori preparatori della relazione sugli equilibri interistituzionali dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a cura dell'ex premier belga, attualmente europarlamentare, J. L. DEHAENE (PE 2008/2073 INI): "(...) the aim of the new treaty is to simplify and to enhance the coherence of the Presidency of the European Council and of the Council, but the coexistence of a separate Presidency of the Council (...) and of the Eurogroup with the continuation of the rotating system for the presidencies (...) may induce less functionality (...)" (corsivo nostro). L'*iter* di approvazione della relazione è stato sospeso in attesa del *referendum* irlandese.

osserva l'ex premier belga Dehaene, rafforza le funzioni chiave delle diverse istituzioni politiche europee “thus strengthening their role in an institutional framework in which cooperation between the institutions is key to the success of the Union's integration process (...)”³². In altri termini, l'elemento imprescindibile per un equilibrato sviluppo dell'Unione riposa sulla solidità e sulla lealtà della cooperazione interistituzionale, che è a sua volta dipendente dal profilo e dalle caratteristiche delle personalità politiche che saranno chiamate alla loro guida. Tra queste un impatto particolare avrà la scelta del primo Presidente permanente del Consiglio europeo, che dovrà essere effettivamente in grado di cooperare in modo ottimale e senza sovrapposizioni con gli altri tre presidenti (del Consiglio a rotazione semestrale, della Commissione e del Parlamento) oltre che con il nuovo Sig. PESC³³.

La seconda linea-guida rispetto al futuro panorama interistituzionale dell'Unione riguarda l'esigenza di difendere la centralità ed il ruolo propulsore della Commissione nel processo europeo. A tal fine non basterà certo (né sarebbe opportuna) perseguire una linea di mera difesa del monopolio legislativo di Berlaymont: sia perché lo escludono su un piano strettamente formale le nuove norme di Lisbona, che la attribuiscono anche ai cittadini europei; sia perché la raggiunta parità di poteri del Parlamento in materia di bilancio, con l'estensione delle codecisione a circa cinquanta nuovi settori, schiude una prospettiva di naturale condivisione, tra i due co-legislatori, del potere di iniziativa. Alla possibile perdita “a termine” del monopolio legislativo da parte della Commissione, occorrerà dunque rispondere piuttosto sul piano politico ed interistituzionale. In tal senso, occorrerà accentuare il ruolo di Berlaymont nella sua qualità di “Esecutivo unico” dell'Unione sotto il controllo politico del Parlamento e sulla base delle linee guida definite dal Consiglio europeo. Andrà altresì evitato che lo sviluppo come istituzione *sui generis* del Servizio dell'azione esterna si traduca in una eccessiva lesione e *diminutio* delle competenze esterne della Commissione. E andrà soprattutto conservata la prospettiva di giungere, nel medio termine, ad una Presidenza unica di Consiglio europeo e Commissione.

6. Una terza direttiva d'azione potrebbe consistere nel sostenere l'evoluzione in corso del sistema politico europeo verso un regime parlamentare (con controllo ed elezione del Presidente della Commissione), piuttosto che verso un sistema presidenziale, incentrato su un Presidente del Consiglio europeo non eletto e non responsabile verso il Parlamento³⁴. In tale prospettiva, la crescita

³² Un altro punto evidenziato nel progetto di relazione Dehaene riguarda l'opportunità di fare in modo che le prossime nomine, nel 2014, una volta entrate a regime le riforme, siano realizzate “in un pacchetto” al fine di rispettare al meglio gli equilibri interistituzionali, cfr. su questo punto *Agence Europe*, del 7 giugno 2008.

³³ Il Presidente del Parlamento H. G. Pöttering ha già avuto modo di commentare pubblicamente che solo un vero “gioco di squadra a quattro” tra i vertici delle nuove istituzioni, potrà evitare pericolosi conflitti di competenze e inefficienti duplicazioni.

³⁴ Cfr. progetto di relazione Dehaene, cit.

costante dei poteri dell'assise di Strasburgo, vera "variabile indipendente" del processo istituzionale europeo, dovrebbe condurre ad un significativo riposizionamento e alla valorizzazione del ruolo del Parlamento nella *governance* dell'Unione.

Un tale sviluppo sarebbe in armonia sia con l'ipotesi di una graduale condivisione del potere di iniziativa tra i due co-legislatori europei; sia con l'esigenza di far maturare e approfondire il gradiente politico del Parlamento europeo, le cui elezioni potrebbero essere abbinate alla designazione (diretta o indiretta) di un Presidente dell'Europa³⁵. Si tratterebbe di scommettere su quello che, malgrado le sue limitazioni e difetti, resta il "laboratorio naturale" della democrazia sopranazionale in una fase storica in cui il "mercato" è diventato globale mentre la "politica" che dovrebbe controllarlo resta confinata dentro gli spazi nazionali.

Conforta questa analisi il convincimento che la risposta istituzionale ai due grandi mutamenti degli ultimi decenni (Maastricht ed il grande allargamento) abbia ormai incontrato il suo "limite naturale": ulteriori mutamenti di assetto nell'organizzazione dell'Unione dovranno giocoforza richiedere una più accentuata "politicizzazione" del meccanismo decisionale e di funzionamento dell'Europa. La vera scommessa è dunque portare la "politica" al cuore del processo di costruzione dell'UE, dando visibilità alle grandi opzioni programmatiche, ricercando e costruendo maggioranze politiche nell'arena europea, sostenendo l'azione dei gruppi e dei partiti continentali e operando per recuperare consenso e attrattiva popolare alle elezioni dell'Europarlamento, anche con modifiche *ad hoc* delle disposizioni elettorali europee (voto trasferibile e preferenze, dimensione delle circoscrizioni, liste trans-nazionali su *dossier* europei, disposizioni a favore di minoranze, donne e giovani, ecc.). Per l'Italia, che soffre di frammentazione partitica e del più alto *turn-over* di europarlamentari in Europa³⁶ è una sfida particolarmente difficile da giocare: si tratterebbe di usare sistematicamente l'arena politica del Parlamento di Strasburgo per ricercare possibili maggioranze politiche conformi ai nostri interessi, superando il tradizionale "strabismo bipolare" che ci condanna ad un'azione ad impatto limitato, ancora principalmente indirizzata su due (Consiglio e Commissione) dei tre lati del triangolo istituzionale.

Altri due aspetti andrebbero ben valutati in questa visione a forte impronta "parlamentarista". In primo luogo, l'esigenza di prevedere, per bilanciare il raf-

³⁵ Per una stimolante simulazione riguardante i possibili scenari politici alle elezioni europee del 2009, cfr. S. Hix, *What's Wrong with The European Union and How to Fix It*, Cambridge, 2008.

³⁶ Dall'inizio della legislatura, nel luglio 2004, il 44% degli eletti ha rinunciato al seggio al Parlamento europeo per ricoprire incarichi europei, nazionali o locali incompatibili oppure per dedicarsi ad un'altra attività. La maggior parte delle rinunce è coincisa con le elezioni politiche e amministrative del 2006 e del 2008. I dati diffusi dal Parlamento europeo a fine ottobre 2008, al termine del lungo processo di sostituzione dei deputati italiani avviato dopo le ultime elezioni politiche e amministrative, fanno stato di un totale complessivo di 34 avvicendamenti su 78 membri della delegazione italiana.

forzamento del Parlamento, opportune misure correttive in forma di *checks and balances*: si può immaginare una clausola di dissoluzione in caso di voto di sfiducia o forme più morbide di limitazione del voto e dell'ordine del giorno parlamentare. Andrebbe poi approfondito, senza pregiudiziali preclusioni, l'inserimento dei parlamenti nazionali nel processo della *governance* europea, accogliendo l'ipotesi di una verifica non solo formalistica ma anche di sostanza, del controllo di sussidiarietà sui principali progetti legislativi europei³⁷.

Un'osservazione può essere utile per rispondere ai prevedibili scetticismi circa la centralità del Parlamento nel disegno istituzionale europeo. Anche a tralasciare la retorica, in parte ingiustificata, della legittimità democratica "esclusiva" del Parlamento europeo (sono in effetti pienamente "legittimi" anche i rappresentanti presso il Consiglio dei governi degli Stati membri), una rinnovata enfasi sul Parlamento europeo³⁸ negli assetti post-Lisbona si giustifica pienamente anche sulla base di un approccio simil-funzionalista. Lo spostamento di asse dell'UE, dai temi del mercato, del commercio e della crescita, a quelli della sicurezza (interna ed esterna), della giustizia e delle relazioni esterne, schiude un sentiero inedito, caratterizzato da un "gradiente" politico in forte crescita. Nella nuova fase di "necessaria politicizzazione" della vicenda europea, appare pertanto sensato far pieno ricorso alla "strumento" istituzionale più adeguato a disposizione che, per le sue caratteristiche intrinseche, è proprio il "laboratorio politico naturale" costituito dall'assise di Strasburgo.

Un chiaro insegnamento emerge dalla recente storia europea: sottovalutare i parlamenti e le opinioni pubbliche nazionali è un rischio che i sostenitori di una visione politica dell'Unione non possono permettersi di correre nuovamente a cuor leggero. Il più avanzato progetto politico per l'Europa, la Costituzione, è clamorosamente fallito nella primavera del 2005, proprio per il voto ostile dei *referendum* in Francia ed Olanda. E ancora oggi, attendiamo con una certa trepidazione che si termini positivamente, dopo l'ennesimo colpo di scena del "no" irlandese della scorsa estate, l'iter delle ratifiche del Trattato di Lisbona (siamo a 23 ratifiche depositate su 27³⁹). Più che passione visionaria è dunque un prudente realismo ad ispirare la tesi secondo cui è proprio dai parlamenti, sia nazionali che europeo, che occorrerà ripartire se si vuole ridare respiro e stabilità alla vocazione federatrice e unitaria del progetto europeo.

Un'ultima considerazione si impone: la flessibilizzazione dei meccanismi comunitari richiesti a gran voce in concomitanza con la grande crisi finanziaria

³⁷ In questa direzione andrebbero del resto gli orientamenti di diversi parlamenti nazionali, incluso il Senato italiano, interessati a valorizzare tutte le potenzialità offerte dall'innovativo il meccanismo di controllo politico *ex ante* (c.d. *early warning*, o allerta precoce) previsto nel Protocollo sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà (art. 3 *ter*, par. 1 TUE) allegato al Trattato di Lisbona.

³⁸ Cfr. G. TREMONTI, *op. cit.*

³⁹ A parte il caso dell'Irlanda, per la quale si attende un nuovo *referendum*, devono ancora completare il processo di ratifica Polonia, Germania e Repubblica Ceca. Quest'ultima dovrebbe completare la ratifica parlamentare entro febbraio 2009, anche se sussistono incertezze sulla successiva controfirma da parte del suo Presidente, l'euroscettico Klaus.

necessita di esser incanalata nell'alveo di regole certe e di un processo ben definito. Il ruolo della Banca centrale europea e la fondamentale funzione della Commissione in materia di aiuti e rispetto delle regole di concorrenza non potranno restare soggette ad interpretazioni oscillanti e legate ad esigenze del momento. Un corretto gioco ed equilibrio istituzionale ed il rispetto delle regole di diritto sono state alla base del successo dell'integrazione europea. Ove queste venissero scardinate dalla tirannia del presente, un grave *vulnus* verrebbe portato a cinquanta anni di storia europea, mettendo a repentaglio il mercato unico e pregiudicando ogni futura prospettiva di evoluzione verso un'Unione politica.

Abstract

The post-Lisbon European Institutional Landscape: Some Preliminary Remarks on the Italian Position

Following the European Council agreement reached last December on a time framework for the ratification of the Lisbon Treaty, this paper attempts to identify some guidelines concerning the future implementation of the Treaty. It argues that a proper assessment of the future European inter-institutional balance is needed before rushing to designate the potential candidates for the new posts created by the Treaty. It calls for avoiding intergovernmental enclaves; and it recommends building a strong consensus among the Member States on the "end-state" of the new institutions created by the Lisbon Treaty. On the basis of a bird view recapitulation of the recent European institutional history, from Maastricht to the Lisbon Treaty, passing by the project of a Constitution for Europe, the authors outline three recommendations for a possible Italian position: "containing" the role of the new permanent President of the European Council; safeguarding the central role of the Commission in the inter-institutional balance; supporting the ongoing power build-up of the European Parliament in the light of the impending politicisation of the Union.

Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*

SOMMARIO: 1. Il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali. – 2. La prima concretizzazione del principio: la decisione quadro sul mandato d’arresto europeo. – 3. Le successive applicazioni del principio: la decisione quadro relativa all’esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio e le decisioni quadro relative all’applicazione del principio alle sanzioni pecuniarie e alle decisioni di confisca. – 4. I futuri ambiti di operatività del principio: le proposte di decisione quadro relative al mandato europeo di ricerca delle prove, all’ordinanza cautelare nel corso delle indagini preliminari, all’ordine di esecuzione europeo e al trasferimento delle persone condannate, al riconoscimento delle decisioni inerenti la sospensione condizionale della pena, le sanzioni sostitutive e le condanne condizionali. L’applicazione del principio alle interdizioni. – 5. La codificazione del principio a livello pattizio. – 6. Il rafforzamento dei meccanismi di tutela giurisdizionale rispetto all’operatività del principio.

1. L’espressa configurazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni delle autorità giudiziarie nazionali quale fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale si deve, come noto, al Consiglio europeo di Tampere dell’ottobre 1999¹. Già nel dicembre 1998, peraltro, Consiglio e Commissione, in risposta all’invito formulato dal Consiglio europeo di Cardiff del giugno precedente a determinare in quale misura avrebbe dovuto estendersi l’operatività del principio rispetto alle decisioni dei tribunali degli Stati membri, avevano previsto l’avvio, entro due anni dall’entrata in vigore del Trattato di

* Il presente studio è stato condotto nell’ambito del progetto di ricerca nazionale PRIN 2005 “Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell’Unione europea. Esperienze a confronto, risultati e prospettive”. Responsabile nazionale, prof. Sergio M. Carbone (prot. 2005121959). Si noti che, nelle more della pubblicazione di tale lavoro, tre delle quattro decisioni quadro di cui *infra* al par. 4 sono state adottate dal Consiglio, con un testo sostanzialmente invariato rispetto a quello delle versioni più aggiornate ivi analizzate. Nel prosieguo si indicheranno, pertanto, solo i riferimenti alla *GUUE* in cui esse sono pubblicate.

¹ Cfr. sessione straordinaria sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell’Unione europea, 15 e 16 ottobre 1999, conclusioni della Presidenza (reperibile *on line* all’indirizzo europa.eu), punto 33.

Amsterdam, di “un processo inteso a facilitare [appunto] il reciproco riconoscimento delle decisioni e l’esecuzione delle sentenze in materia penale”².

Un primo passo in tale direzione si è compiuto con la comunicazione della Commissione del luglio 2000 sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale³, cui ha fatto seguito, nel novembre 2000, il programma di misure per l’attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali⁴ (poi integrato nel 2004⁵), in “ottemperanza” del quale sono state adottate numerose decisioni quadro: queste, come quelle ancora in corso di elaborazione, saranno oggetto di studio nel presente lavoro.

Benché la citata comunicazione sia relativa, come si evince dal suo stesso titolo, alle sole decisioni penali definitive e quindi sia *ratione materiae* circoscritta, dovendo invece attribuirsi al principio in parola una sfera di operatività ben più ampia, secondo quanto evidenziato peraltro dalla stessa Commissione e poi confermato dal programma di misure, ad essa va il merito di aver chiarito, tra l’altro, cosa deve intendersi per reciproco riconoscimento delle decisioni e quali sono le forme attraverso cui esso può manifestarsi.

Così, secondo la Commissione, riconoscere una decisione straniera in virtù del principio in questione significa correlare ad essa “effetti al di fuori dello Stato in cui è stata adottata, sia attribuendole gli effetti giuridici stabiliti dal

² Cfr. piano d’azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (testo adottato dal Consiglio Giustizia e Affari interni del 3 dicembre 1998, *GUCE* C 19, 23 gennaio 1999, p. 1 ss.), punto 45, lett. f), e Consiglio europeo di Cardiff, 15 e 16 giugno 1998, conclusioni della Presidenza (anch’esse consultabili all’indirizzo di cui alla nota precedente), punto 39.

³ Cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, COM(2000)495 def., del 26 luglio 2000.

⁴ *GUCE* C 12, 15 gennaio 2001, p. 10 ss. Tale programma, adottato da Consiglio e Commissione in base all’invito formulato dal Consiglio europeo di Tampere (cfr. punto 37 delle citate conclusioni della Presidenza), è privo di carattere vincolante e ha lo scopo di esplorare le prospettive di evoluzione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, individuando i diversi settori in cui gli Stati membri dovranno concentrare i propri sforzi per pervenire alla creazione di uno spazio dove le decisioni adottate dal giudice di un Paese dell’Unione siano accettate automaticamente, qualora abbiano implicazioni transnazionali, negli altri Paesi membri, esplicando effetti identici o almeno analoghi a quelle ivi pronunciate. Si noti che l’attuazione delle misure previste (che, per evitare inutili doppioni, potrà basarsi su soluzioni individuate in strumenti normativi già esistenti, benché non sempre operativi) non è rigidamente scadenzata dal rispetto di termini precisi che, se troppo ravvicinati, sarebbero illusori e, se troppo remoti, scoraggerebbero gli Stati membri. Così, nell’elaborazione di tale programma, come nel suo equivalente in materia civile (cfr. *GUCE* C 12, 15 gennaio 2001, p. 1 ss.), accogliendo il suggerimento della Commissione, si è preferito fissare per ogni misura un grado di priorità (da 1 a 6) della sua attuazione, predisponendo un meccanismo di valutazione reciproca per la verifica dei progressi compiuti dagli Stati membri nella realizzazione degli obiettivi perseguiti.

⁵ Cfr. programma dell’Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell’Unione europea, allegato I alle conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 5 novembre 2004, *GUUE* C 53, 3 marzo 2005, p. 1 ss., nonché piano d’azione del Consiglio e della Commissione sull’attuazione del programma dell’Aja inteso a rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia dell’Unione europea, *GUUE* C 198, 12 agosto 2005, p. 1 ss., spec. punto 4.2.

diritto penale dello Stato estero, sia tenendone conto affinché espliciti gli effetti stabiliti dal diritto penale dello Stato che ha riconosciuto tale decisione”⁶, senza che rilevi, a tal fine, un’effettiva coincidenza dei precetti normativi nazionali sotto il profilo sostanziale e processuale, ma essendo sufficiente una mera corrispondenza (equivalenza) delle garanzie procedurali e dei principi cardine propri dei diversi sistemi repressivi statali, nel cui rispetto le decisioni sono adottate. Ciò in virtù dell’apertura al modo di essere e di operare della legislazione straniera, che trova la propria ragione giustificativa nella fiducia reciproca che esiste (o si presume esistere) nei rapporti tra gli Stati membri dell’Unione⁷. Tale fiducia, investendo non solo l’adeguatezza della normativa straniera, ma anche la sua corretta applicazione, comporta la piena fungibilità delle decisioni adottate dalle autorità nazionali, anche se nello Stato di esecuzione “non esist[e] un’autorità analoga [a quella che ha pronunciato la decisione nello Stato di emissione], o in grado di adottare [le stesse] decisioni, oppure nel caso in cui tale autorità av[rebbe] adottato una decisione totalmente differente in un caso comparabile”⁸.

Quanto poi alle forme in cui il principio si estrinseca, la Commissione ne individua tre⁹. Il riconoscimento di una decisione straniera implica, innanzi-

⁶ Cfr. comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 5.

⁷ Oltre alla comunicazione oggetto di analisi, sul(rafforzamento del)la fiducia reciproca come base indispensabile della cooperazione giudiziaria tra Stati membri e dell’operatività del reciproco riconoscimento cfr., in particolare, comunicazione della Commissione su un progetto per l’Unione europea, COM(2002)247 def., del 22 maggio 2002, p. 10; programma di misure, cit., p. 10; programma dell’Aja, cit., punto 3.2; comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri, COM(2005)195 def., del 19 maggio 2005, p. 6. Nel senso dell’esistenza di “una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale” si è pronunciata anche la Corte di giustizia in relazione all’operatività del principio del *ne bis in idem* quale estrinsecazione del reciproco riconoscimento (v. *infra* nel testo), affermando che ogni Stato “accetta l’applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse”, così consentendo la libera circolazione dei giudicati: cfr., per tutte, sentenza dell’11 febbraio 2003, cause riunite C-187 e 385/01, *Procedimento penale a carico di H. Gözütok e Procedimento penale a carico di K. Brügge*, Raccolta, p. I-1345 ss., punto 33. In dottrina, sulla fiducia reciproca nei rapporti tra gli Stati dell’Unione cfr., per tutti, G. STESENS, *The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *L’espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, p. 93 ss.; D. FLORE, *Réflexions sur l’idée de la “confiance mutuelle”*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l’Union européenne*, Bruxelles, 2003, p. 133 ss.; ID., *La notion de confiance mutuelle: l’“alpha” ou l’“omega” d’une justice pénale européenne*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *La confiance mutuelle dans l’espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, 2005, p. 17 ss. Sulla rilevanza ed esistenza, effettiva o presunta, della fiducia reciproca nei rapporti tra Stati comunitari v. anche *infra*, par. 5.

⁸ Cfr. comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 4.

⁹ Cfr. comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 8 ss.

tutto, (i) il darle attuazione, ovvero eseguirla, in uno Stato diverso da quello in cui è stata adottata, ma anche (ii) il correlare ad essa, al di fuori dei confini nazionali, l'efficacia preclusiva del giudicato, e quindi sia il divieto di instaurare nuovi giudizi a carico dello stesso soggetto e per gli stessi fatti oggetto della decisione, sia l'obbligo di interrompere i procedimenti pendenti *in idem*, nonché, ancora, (iii) il prenderla in considerazione in un nuovo giudizio instaurato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata pronunciata, ai fini, in particolare, dell'individualizzazione della sanzione.

Se nel secondo caso l'operatività del principio del *ne bis in idem* determina l'attribuzione alla decisione straniera di effetti diretti negativi, nel primo caso alla decisione straniera si attribuiscono effetti diretti ma positivi, sia che si tratti di portare ad esecuzione una condanna principale che infligge una pena detentiva, o pecuniaria, o alternativa o una interdizione, sia che si tratti di eseguire pene accessorie che derivano dalla pena principale secondo la legislazione dello Stato di condanna. Nel terzo caso, invece, dalla decisione straniera discendono effetti positivi, ma indiretti, che possono essere occasionali o supplementari. I primi si riscontrano quando, nell'ambito di un nuovo giudizio sugli stessi fatti o su fatti nuovi o connessi a quelli giudicati all'estero, si verifica la presa in considerazione della condanna straniera, ad esempio, per dedurre dalla nuova sanzione inflitta dal giudice nazionale, in applicazione del principio del *ne bis in idem* esecutivo, la pena già scontata in base alla decisione straniera o per garantire il cumulo giuridico delle pene o, eventualmente, per disporre la recidiva; i secondi scaturiscono direttamente dalle previsioni normative dello Stato, diverso da quello di condanna, in cui si trova il reo e si manifestano, quindi, a prescindere dall'instaurazione di un nuovo procedimento nei suoi confronti, essendo correlati per legge ad un illecito commesso e giudicato all'estero, quali conseguenze (supplemento, appunto) della condanna straniera (si pensi alle pene interdittive o impeditive dell'esercizio di determinati diritti o attività a seconda del reato oggetto della decisione straniera).

La piena operatività del principio del reciproco riconoscimento assicura dunque, in primo luogo, la non duplicità o pluralità di giudizi a carico dello stesso soggetto e per gli stessi fatti, così soddisfacendo esigenze di giustizia sostanziale e di stabilità dei rapporti giuridici in nome della pace sociale e della tutela del singolo¹⁰. Oltre che "fattore di certezza del diritto in seno all'Unione [in quanto] garantisce che una sentenza pronunciata in uno Stato membro non verrà rimessa in discussione in un altro Stato membro"¹¹, il principio, consentendo l'esecuzione della sentenza in uno Stato diverso da quello in cui è stata adottata, tende quindi ad evitare l'impunità del reo (che si potrebbe verificare laddove questi fuggisse dallo Stato del foro dopo la condanna), ma anche a favorirne un miglior reinserimento dopo l'espiazione della pena, essendo questa scontata in uno Stato

¹⁰ In questo senso cfr. già la risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1984 sull'applicazione nella Comunità europea del principio del *ne bis in idem* in materia penale (GUCE C 104, 16 aprile 1984, p. 133 ss.).

¹¹ Cfr. programma di misure, cit., p. 10.

in cui si presume il reo abbia i più stretti legami familiari e, appunto, sociali. Infine, nella terza forma in cui si manifesta, ovvero con la presa in considerazione, esso mira a fornire al reo la stessa tutela che gli sarebbe accordata se la pluralità di illeciti commessi in Stati diversi fosse invece localizzata nello stesso Stato (si pensi al cumulo giuridico delle pene), al contempo assicurando alla comunità la garanzia di una sanzione adeguata alla gravità dei reati e alla personalità del reo (si pensi all'aggravamento di pena che può derivare dalla recidiva o dalla pericolosità sociale di quest'ultimo o anche all'inflizione di pene interdittive).

L'attenzione sarà tuttavia focalizzata, nelle pagine che seguono, solo sulla prima forma di riconoscimento delle decisioni straniere e quindi, sostanzialmente, sulla loro possibile esecuzione in uno Stato diverso da quello in cui sono state adottate, restando esclusa dalla sfera di indagine sia l'operatività rispetto ad esse del *ne bis in idem*¹², sia la loro presa in considerazione¹³.

¹² In proposito ci si limita a ricordare l'iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio *ne bis in idem* (GUUE C 100, 26 aprile 2003, p. 24 ss.), cui ha fatto seguito il libro verde della Commissione sui conflitti di giurisdizione e il principio *ne bis in idem* nei procedimenti penali, COM(2005)696 def., del 23 dicembre 2005, e che ad oggi si contano nove pronunce della Corte di giustizia in relazione al principio in parola, quale sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (resa esecutiva in Italia con legge 30 settembre 1993 n. 388, GURI, suppl. ord. al n. 232, 2 ottobre 1993), configurabile, a seguito dell'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nell'Unione europea (ad opera del Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Amsterdam, quale integrato dalle decisioni del Consiglio nn. 435 e 436 che lo definiscono, specificando la base giuridica dei singoli atti che lo compongono: cfr. GUCE L 176, 10 luglio 1999, p. 1 ss. e p. 17 ss.), come misura applicativa delle disposizioni del titolo VI TUE, su cui la Corte è legittimata a pronunciarsi ex art. 35 TUE. Si tratta delle sentenze dell'11 febbraio 2003, cit.; del 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Procedimento penale a carico di Filomeno Mario Miraglia*, Raccolta, p. I-2009 ss.; del 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Léopold Henri Van Esbroeck c. Openbaar Ministerie*, ivi, p. I-2333 ss.; del 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Procedimento Jean Leon Van Straaten c. Stato dei Paesi Bassi e Repubblica italiana*, ivi, p. I-9327 ss.; del 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini e altri contro ordinanza di avvio del procedimento abbreviato 21 novembre 2003*, ivi, p. I-9199 ss.; del 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Procedimento penale contro Jürgen Kretzinger*, ivi, p. I-6441 ss.; del 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Procedimento penale a carico di Kraaijenbrink*, ivi, p. I-6619 ss.; dell'11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Procedimento penale a carico di Klaus Bourquain*, non ancora pubblicata in Raccolta; del 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Procedimento penale a carico di Vladimir Turansky*, non ancora pubblicata in Raccolta. Per una rassegna di tali pronunce cfr. T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in Riv. dir. proc., 2007, p. 621 ss.; A. WIEDMANN, *The Principle of ne bis in idem According to Article 54 of the Convention Implementing Schengen Agreement: The Beginning of a Corpus Iuris Criminalis?*, in ELF, 2007, p. 230 ss.

¹³ Con riguardo a questa espressione del principio del reciproco riconoscimento cfr. il libro bianco della Commissione relativo allo scambio di informazioni sulle condanne penali e sull'effetto di queste ultime nell'Unione europea, COM(2005)10 def., del 25 gennaio 2005 e, "da ultimo", la decisione quadro del Consiglio del 24 luglio 2008 relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale (GUUE L 220, 15 agosto 2008, p. 32 ss., adottata su proposta della Commissione, COM(2005)91 def., del 17 marzo 2005).

Sotto il profilo annunciato, il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali è stato reso operativo o si vuole rendere tale, in virtù di progetti di decisione quadro oggi in corso di approvazione, con riguardo a tutte le tipologie di decisioni adottate dalle autorità giurisdizionali degli Stati membri: non solo quindi in relazione alle decisioni definitive, conclusive di procedimenti penali con l'applicazione di una pena detentiva o pecuniaria (come si assiste nelle forme di cooperazione instaurate in base a strumenti convenzionali) o alternativa o interdittiva, ma anche a quelle *pré-sentencielles*, aventi natura cautelare, provvisoria o istruttoria¹⁴, e, ancora, a quelle pronunciate in un momento successivo alla condanna e di c.d. controllo post-processo.

Se infatti, come accennato, nella menzionata comunicazione del 2000 la Commissione ha prospettato l'operatività del principio solo rispetto alle decisioni "definitive sostanziali", proponendo di renderlo applicabile (innanzitutto) alle "decisioni adottate sul merito in un procedimento penale che non s[ia]no più impugnabili tramite un mezzo ordinario di ricorso, oppure, nel caso in cui tale ricorso sia ancora proponibile, qualora esso non abbia effetto sospensivo"¹⁵, alla luce della genericità delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere¹⁶ e in virtù di quanto evidenziato dalla stessa Commissione nella comunicazione citata¹⁷, si è deciso di estendere progressivamente tale operatività a tutti i tipi di decisioni (non solo definitive), sia sostanziali sia procedurali. E proprio in tale prospettiva e nell'ottica di una politica dei *petits pas*¹⁸, si muove il programma

¹⁴ Si noti l'analogia con quanto avviene nel settore della cooperazione giudiziaria civile, dove beneficiano della "libertà di circolazione" negli Stati membri non soltanto le decisioni definitive, ma anche i provvedimenti interinali, provvisori e cautelari, purché evidentemente dotati (come accade nel settore penale) del carattere esecutivo: cfr., in particolare, l'art. 32 del regolamento (CE) n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (*GUCE* L 12, 16 gennaio 2001, p. 1 ss.), che prevede che "per decisione si intende, a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione resa da un organo giurisdizionale di uno Stato contraente, quale ad esempio decreto, sentenza, ordinanza o mandato di esecuzione, nonché la determinazione da parte del cancelliere delle spese giudiziali" e, sul carattere esecutivo delle decisioni, l'art. 38, par. 1, del regolamento 44/2001, cit.

¹⁵ Cfr. comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 5. Per un'identica definizione cfr. risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale (*GUCE* C 34 E, 7 febbraio 2002, p. 385 ss.), dove l'istituzione "chiede che si consideri 'definitiva' una decisione (...) non (...) più impugnabile con un mezzo ordinario di ricorso o tale ricorso, seppur proponibile, non abbia effetto sospensivo".

¹⁶ Cfr. Consiglio europeo di Tampere, conclusioni della Presidenza, cit., punto 33, dove si afferma che "il principio del reciproco riconoscimento (...) dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie"; punto 36, dove si dichiara che questo principio dovrebbe applicarsi anche "alle ordinanze preliminari, in particolare a quelle che permettono alle autorità competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili".

¹⁷ Cfr. comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 4.

¹⁸ In tal senso si esprime A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne: mise en perspective*, in G.

di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, che infatti, soltanto indicando il grado di priorità delle misure da adottare¹⁹, afferma che questo principio “deve essere perseguito in tutte le fasi del procedimento penale, prima, durante o dopo la sentenza di condanna”, variando solo le modalità della sua “attuazione” a seconda della natura della decisione rispetto a cui opera o della pena da essa inflitta²⁰.

2. I primi lavori intrapresi in seno all'Unione per dare applicazione al principio del reciproco riconoscimento hanno condotto all'adozione, nel giugno 2002, della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri²¹.

DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001, p. 25 ss., spec. p. 49, che evidenzia anche come questa politica, già intrapresa nel settore della cooperazione giudiziaria civile, deve a maggior ragione essere perseguita nel settore della cooperazione giudiziaria penale, incidendo essa in tale caso sul “cuore” della sovranità statale.

¹⁹ Prima nei settori in cui appare più facile predisporre (con successo) l'operatività del principio, poi nei settori più “delicati”.

²⁰ Cfr. programma di misure, cit., p. 11 (corsivo aggiunto). A favore del completamento del “programma (...) di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, che comprende [appunto] le decisioni giudiziarie prese in tutte le fasi dei procedimenti penali o ad essi altrimenti pertinenti, quali la raccolta e l'ammissibilità dei mezzi di prova, i conflitti di giurisdizione e il principio *ne bis in idem* e l'esecuzione delle sentenze definitive di detenzione o altre sanzioni (alternative)”, (corsivi aggiunti) cfr. anche programma dell'Aja, cit., punto 3.3.1.

²¹ Cfr. la decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, *GUCE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1 ss. (adottata su proposta della Commissione, COM(2001)522 def., del 19 settembre 2001, *GUCE* C 332 E, 27 novembre 2001, p. 305, ss. ed oggi oggetto di una proposta di modifica, che investe anche le decisioni quadro sull'applicazione del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, alle decisioni di confisca e alle decisioni che infliggono sanzioni detentive – per tutte v. *infra*, paragrafi 3 e 4 – quanto all'esecuzione delle sentenze pronunciate in contumacia: cfr. *GUUE* C 52, 26 febbraio 2008, p. 1 ss.). Nell'ormai amplissima bibliografia su tale decisione quadro cfr., per tutti, E. BARBE, *Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne. Mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust*, in *RMCUE*, 2002, p. 5 ss.; ID., *Le mandat d'arrêt européen: en tirera-t-on toutes les conséquences*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen*, cit., p. 113 ss.; D. FLORE, *Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, in *J. trib.*, 2002, p. 273 ss.; L. SALAZAR, *Il mandato di arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1041 ss.; M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *RDI*, 2003, p. 27 ss.; nonché i contributi in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004. Sulla legge italiana (22 aprile 2005, n. 69, *GURI* n. 98, 29 aprile 2005) di attuazione di tale decisione quadro cfr. A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *DUE*, 2005, p. 21 ss. e p. 203 ss., nonché i commenti in *Guida al diritto*, 2005, n. 19, e i contributi in L. KALB (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna. Commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69*, Milano, 2005, e in M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI (diretto da), *Il mandato d'arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Torino, 2006.

Essa è stata adottata, secondo quanto previsto dall'art. 31, par. 1, lett. a) e b) TUE²², recependo l'invito formulato al punto 35 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere²³ ed in attuazione del menzionato programma di misure che individua infatti, tra gli obiettivi da perseguire, (i) l'agevolazione dell'"esecuzione dei mandati d'arresto ai fini delle azioni penali", attraverso la predisposizione di "un regime di consegna fondato sul riconoscimento e sull'esecuzione immediata del mandato d'arresto emesso dall'autorità giudiziaria richiedente (...), in vista della creazione di un unico spazio giuridico europeo per l'extradizione" (misura n. 8), e (ii) la "semplificazione delle procedure [di trasferimento] nell'ipotesi in cui una persona condannata definitivamente tenti di sottrarsi alla giustizia", mediante l'"adozione di uno strumento che sopprima la procedura formale di estradizione consentendo di trasferire nello Stato che ha pronunciato la condanna una persona che tenti di sottrarsi alla giustizia dopo essere stata oggetto di una condanna definitiva in conformità con l'articolo 6 del TUE" e la previsione dei "casi in cui la prosecuzione dell'esecuzione della pena potrebbe sostituirsi alla procedura di trasferimento" (misura n. 15).

La disciplina dettata dalla decisione quadro mira, quindi, alla soppressione dei meccanismi estradizionali nei rapporti tra Stati membri²⁴, sostituendo alle formali procedure di consegna del soggetto sospettato o condannato uno strumento più snello e rapido idoneo a garantire la libera "circolazione di decisioni che possono intervenire in un momento anteriore alla conclusione del giudizio penale" o essere, invece, "definitive". E se il mandato d'arresto conserva la stessa duplice natura (processuale ed esecutiva) propria dell'extradizione, come è evidente dalla lettura dell'art. 1 della decisione quadro che definisce lo strumento come "decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata

²² Tale disposizione comprende nell'azione comune dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale "la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri (...) in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni" (lett. a) e "la facilitazione dell'extradizione fra Stati membri" (lett. b).

²³ Secondo cui "la procedura formale di estradizione [deve] essere abolita tra gli Stati membri per quanto riguarda le persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente ed essere sostituita dal semplice trasferimento di tali persone, in conformità all'art. 6 del TUE. Occorre inoltre prendere in considerazione procedure di estradizione accelerate, fatto salvo il principio di un equo processo".

²⁴ Cfr. art. 31, par. 1, della decisione quadro che elenca tutti gli strumenti pattizi disciplinanti l'extradizione che essa sostituisce a partire dal 1° gennaio 2004 (ovvero, ex art. 34 della decisione quadro stessa, dal giorno successivo a quello in cui scade il termine per la sua trasposizione negli ordinamenti degli Stati membri). Cfr., peraltro, anche il par. 2 della disposizione in parola, secondo cui "[g]li Stati membri possono continuare ad applicare gli accordi o intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della presente decisione quadro [e così concluderne di nuovi dopo la sua entrata in vigore] nella misura in cui questi consentono di *approfondire o di andare oltre gli obiettivi di quest'ultima e contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato*" (corsivo aggiunto).

ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o misura di sicurezza privative della libertà" (corsivo aggiunto), numerosi sono i profili di semplificazione che la normativa oggetto di analisi apporta al più classico degli strumenti di cooperazione giudiziaria.

Le novità più rilevanti consistono (a) nella c.d. giurisdizionalizzazione della procedura, ovvero nel suo svolgimento in virtù di un rapporto diretto tra l'autorità giudiziaria emittente e quella "richiesta" (*rectius*, dello Stato di esecuzione; cfr. art. 9 della decisione quadro)²⁵, con eliminazione della fase discrezionale, amministrativa o politica, che caratterizza l'extradizione; (b) nella riduzione dei poteri di controllo che l'autorità dell'esecuzione esercita sulla decisione straniera, limitandosi essi ormai alla verifica della mera sussistenza dei requisiti formali che tale decisione deve rispettare (compresa la sua adozione da parte di un'autorità a tal fine competente)²⁶, con possibilità di rifiutare l'esecuzione solo qualora si riscontri l'esistenza di uno dei motivi, obbligatori o facoltativi, di non esecuzione di cui agli articoli 3 e 4 della decisione quadro²⁷; (c) nella previsione di limiti temporali entro cui il mandato d'arresto deve essere eseguito (cfr. articoli 17 e 23 della decisione quadro); (d) nell'applicabilità dell'istituto, nella prospettiva della cittadinanza dell'Unione, anche ai cittadini dello Stato membro

²⁵ Cfr., comunque, anche l'art. 7 della decisione quadro che lascia agli Stati membri la *facoltà* di "designare un'autorità centrale o, quando il [loro] ordinamento giuridico lo prevede, delle autorità centrali per assistere le autorità giudiziarie competenti" e, ancora, "se l'organizzazione del [loro] sistema giudiziario interno lo rende necessario, [la *facoltà* di] affidare alla (alle) propria (proprie) autorità centrale (centrali) la trasmissione e la ricezione amministrativa dei mandati d'arresto europei e della corrispondenza ufficiale ad essi relativa", dovendo, laddove si avvalgano di tali facoltà, "comunica[re] al Segretariato generale del Consiglio le informazioni relative all'autorità centrale (alle autorità centrali) designata(e)" ed essendo queste "indicazioni vincolanti per tutte le autorità dello Stato membro emittente".

²⁶ Cfr. l'art. 8 della decisione quadro che elenca le informazioni che il mandato d'arresto deve contenere, secondo quanto risulta dal modello allegato alla decisione quadro stessa, che deve essere compilato dall'autorità emittente e inviato a quella dell'esecuzione nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dello Stato di esecuzione (potendo, peraltro, sempre *ex art.* 8, "[c]iascuno Stato membro (...) al momento dell'adozione della presente decisione quadro, o successivamente, attestare in una dichiarazione depositata presso il Segretariato generale del Consiglio che accetterà una traduzione in una o più lingue ufficiali delle istituzioni delle Comunità europee").

²⁷ Si tratta, in realtà, di un'elencazione non esaustiva che può essere completata in sede di trasposizione della normativa europea da motivi inerenti la violazione dei diritti fondamentali dell'individuo (nonché dei principi sanciti dall'art. 6 TUE e di quelli contenuti, in particolare, nel capo VI della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione), in virtù del combinato disposto delle previsioni di cui ai "considerando" 12° e 13° e dell'art. 1, par. 3, della decisione quadro: la stessa Commissione, nella prima relazione sull'attuazione della decisione quadro nei diversi ordinamenti nazionali, ha infatti ritenuto legittima un'integrazione di tal fatta, seppur evidenziando il "carattere" del tutto "eccezionale" delle "circostanze" in cui può "ricorrersi" a motivi di questo tenore (cfr. relazione della Commissione, a norma dell'art. 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri del 23 febbraio 2005, COM(2005)63 def., p. 5 s., nonché la versione riveduta di tale relazione, successiva all'avvenuta trasposizione della decisione quadro in tutti gli Stati membri, del 24 gennaio 2006, COM(2006)8 def., p. 5).

di esecuzione²⁸; (e), nonché, infine, nel parziale superamento dell'operatività della regola della doppia incriminazione per i trentadue reati elencati all'art. 2, par. 2, a condizione che nello Stato di emissione "il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati [sia] pari o superiore a tre anni"²⁹.

Quest'ultima innovazione è stata, come noto, la più controversa in sede di adozione della decisione quadro, non concordando tutti gli Stati membri sull'abbandono di siffatta regola, tradizionale presupposto operativo di tutti i precedenti sistemi di cooperazione giudiziaria: tuttavia, l'esigenza di semplificazione e la fiducia reciproca su cui la nuova procedura si basa³⁰, giustificata, come visto, dall'idea di una equivalenza dei principi fondamentali e delle garanzie procedurali posti a tutela dell'individuo nelle legislazioni di tutti gli Stati membri, hanno consentito di raggiungere, anche in assenza di una preventiva attività di armonizzazione delle normative nazionali quanto alle fattispecie criminose di cui alla disposizione in parola³¹, la soluzione di compromesso di cui si è detto, configurandosi infatti il superamento della regola soltanto per una lista definita di reati (benché comunque suscettibile di estensione³²) e purché essi soddisfino una certa soglia edittale. Del resto, le fattispecie rispetto alle quali deve operare il

²⁸ Così superandosi la prassi esistente rispetto al meccanismo estradizionale che non opera, appunto, con riguardo ai cittadini. Peraltro, quale attenuazione a tale nuova regola cfr. l'art. 4, punto 6, della decisione quadro, che configura tra i motivi facoltativi di non esecuzione del mandato di arresto il fatto che esso sia "stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora *la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire* esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno" (corsivi aggiunti). Proprio relativamente a tale previsione della decisione quadro cfr. la recente pronuncia della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Procedimento penale a carico di Szymon Kozłowski*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, e la questione pregiudiziale interpretativa pendente in causa C-123/08, *Procedimento penale contro D. Wolzenburg*, *GUUE* C 116, 9 maggio 2008, p. 18.

²⁹ Tale parziale superamento implica che solo per i reati non contemplati dall'art. 2, par. 2, la consegna del soggetto sospettato/condannato può essere subordinata alla condizione che i fatti per i quali è stato emesso il mandato d'arresto costituiscano reato anche ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione (indipendentemente, comunque, dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso, non essendo cioè necessaria la loro coincidenza in base alle legislazioni degli Stati volta a volta coinvolti nella procedura): in tal senso cfr. art. 2, par. 4, e art. 4, punto 1, che configura l'assenza di doppia incriminazione per i reati non elencati al par. 2 dell'art. 2 come motivo facoltativo di non esecuzione del mandato d'arresto.

³⁰ Cfr. 10° "considerando" della decisione quadro.

³¹ Peraltro, per la volontà di procedere al ravvicinamento delle legislazioni nazionali in relazione alle fattispecie di cui al citato art. 2, par. 2, cfr. la dichiarazione del Consiglio dell'Unione europea adottata un mese dopo l'approvazione della decisione quadro, dove appunto si legge che "[i]l Consiglio conviene di continuare, conformemente all'articolo 31 lettera e) del Trattato UE, i lavori sull'armonizzazione relativa ai reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2 della decisione quadro, al fine di giungere ad un'intesa giuridica reciproca tra gli Stati membri" (cfr. doc. 9958/02 ADD 1 REV 1, 16 luglio 2002).

³² Cfr. art. 2, par. 3, della decisione quadro. Tale estensione può essere disposta con deliberazione unanime del Consiglio, previa consultazione del Parlamento ex art. 39, par. 1, TUE. Così, alla luce della relazione che la Commissione è tenuta a presentare sull'attuazione negli Stati mem-

reciproco riconoscimento a prescindere dall'incriminazione nello Stato di esecuzione sono *di fatto* punite, data la loro gravità, nella pressoché totalità degli ordinamenti degli Stati membri³³. Sotto il profilo del rispetto dei principi di legalità in materia penale, di uguaglianza e di non discriminazione, garantiti dall'art. 6, par. 2, TUE, la questione della soppressione del controllo della doppia incriminazione per i reati enumerati all'art. 2, par. 2, è stata sottoposta al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia, che non ha ravvisato alcun profilo di invalidità della normativa in parola³⁴.

3. Il processo di integrazione perseguito mediante l'estensione della sfera di operatività del principio del reciproco riconoscimento ha prodotto, negli ultimi sei anni, ovvero dall'approvazione della decisione quadro appena analizzata, altri tre "risultati": il Consiglio ha infatti adottato³⁵, nel luglio 2003, la decisione quadro relativa all'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio³⁶, nel febbraio 2005, la decisione quadro relativa all'applicazione

bri della decisione quadro (ai sensi del suo art. 34, par. 3), il Consiglio può valutare l'opportunità di estendere o modificare la lista di reati.

³³ Nel senso che "i reati di cui all'art. 2, par. 2 [rispetto ai quali il reciproco riconoscimento opera a prescindere dalla doppia incriminazione] sono avvertiti come particolarmente gravi e meritevoli di sanzioni penali da tutti gli Stati; di modo che in relazione ad essi l'abbandono del principio di doppia incriminazione non sembra invece possa avere conseguenze rilevanti sul piano pratico" cfr. I. VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 137 ss., spec. p. 141. Così, nel senso che la lista di cui all'art. 2, par. 2, comprende ipotesi di reato oggetto di riprovazione in tutti gli Stati membri, trattandosi infatti dei "reati più gravi e per i quali gli Stati dell'Unione europea riconoscono che di fatto, pur nella diversità, vi è una raggiunta compatibilità tra i loro sistemi penali" cfr. E. BRUTI LIBERATI, I. J. PATRONE, *Il mandato di arresto europeo*, in *QG*, 2002, p. 70 ss., spec. p. 75. Analogamente, nel senso che rispetto ai reati da ultimo menzionati la doppia incriminazione "si presume sussistere, fino a prova contraria" cfr. A. LANG, *Il mandato d'arresto europeo nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 19 ss., spec. p. 39.

³⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *v.z.w. Advocaten voor de Wereld c. Ministerraad*, Raccolta, p. I-3633 ss., su cui cfr. U. DRAETTA, *Il mandato d'arresto europeo al vaglio della Corte di giustizia*, in *RDIPP*, 2007, p. 995 ss.; G. GATTINARA, *Il mandato d'arresto europeo supera l'esame della Corte di giustizia*, in *DUE*, 2008, p. 183 ss. Si ricorda che il giudice del rinvio (Corte di arbitrato belga) chiese alla Corte di giustizia di verificare l'eventuale invalidità della decisione quadro anche sotto altro profilo, prospettando l'erroneità dello strumento impiegato dal legislatore dell'Unione per assicurare il riconoscimento reciproco delle decisioni penali, in considerazione del fatto che, ai sensi dell'art. 34, par. 2, lett. b) TUE, la decisione quadro è finalizzata al solo ravvicinamento delle legislazioni nazionali: anche con riguardo a tale differente profilo la Corte ha sancito la validità della decisione quadro.

³⁵ Sempre sulla base di quanto stabilito dall'art. 31, par. 1, lett. a) che, come visto, comprende nell'azione comune dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale "la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri (...) in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni".

³⁶ Cfr. la decisione quadro del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, *GUUE* L 196, 2 agosto 2003, p. 45 ss. Sul progetto di decisione quadro (iniziativa di Repubblica francese, Regno di Svezia e Re-

del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie³⁷ e, nell'ottobre 2006, quella relativa all'applicazione di tale principio alle decisioni di confisca³⁸.

I primi due strumenti rappresentano il *projet pilot* per l'applicabilità del principio, rispettivamente, alle *décisions pré-sentencielles*, ovvero alle decisioni adottate durante la pendenza del procedimento penale (aventi, nel caso di specie, natura provvisoria e cautelare), e alle *décisions sentencielles*³⁹ e la loro struttura,

gno del Belgio, *GUCE C 75*, 7 marzo 2001, p. 3 ss.) cfr. E. BARBE, *Une présentation du projet de décision-cadre relatif à la reconnaissance des décisions de gel des avoirs et des preuves*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *La reconnaissance mutuelle*, cit., p. 81 ss.; G. STESSENS, *The Joint Initiative of France, Sweden and Belgium for the Adoption of a Council Framework Decision on the Execution in the European Union of Orders Freezing Assets or Evidence*, *ivi*, p. 91 ss. (che compie anche un'analisi "in parallelo" del reciproco riconoscimento di tali provvedimenti e di quelli cautelari e monitori di cui all'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968, cui corrisponde l'art. 31 del regolamento 44/2001, cit.); J. SCHUTTE, *Commentaires sur le projet de décision-cadre relatif à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des avoirs ou des preuves*, *ivi*, p. 101 ss. Sulla delega al Governo italiano per l'adozione del decreto legislativo contenente le necessarie disposizioni attuative della decisione quadro cfr. art. 30 della legge 25 febbraio 2008, n. 34 ("legge comunitaria 2007", *GURI* n. 56, 6 marzo 2008), e il commento di A. PERDUCA, *Niente controllo sulla doppia incriminabilità*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 4, p. 102 ss. Si noti, peraltro, che a norma del suo art. 14, par. 1, gli Stati membri devono (avrebbero dovuto) adottare "le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni della presente decisione quadro entro il 2 agosto 2005".

³⁷ Cfr. la decisione quadro del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, *GUUE L 76*, 22 marzo 2005, p. 16 ss. (adottata sulla base dell'iniziativa presentata dal Regno Unito, dalla Repubblica francese e dal Regno di Svezia, *GUCE C 278*, 2 ottobre 2001, p. 4 ss.). Su tale strumento normativo cfr. A. PERDUCA, *Un passo verso l'armonizzazione dei sistemi che rafforza la fiducia reciproca tra Stati*; ID., *Così il certificato favorisce l'esecuzione*; M. CASTELLANETA, *Esclusa la doppia punibilità per molti reati*; A. BALSAMO, G. DE AMICIS, *Passa la procedura senza formalità*, in *Guida al diritto, Diritto Comunitario e Internazionale*, 2005, n. 3, rispettivamente p. 17 ss., p. 21 ss., p. 23 ss., p. 26 ss.; G. IUZZOLINO, *La applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p. 123 ss.; P. DE PASQUALE, *Sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *DUE*, 2007, p. 541 ss. Sul progetto di decisione quadro cfr. R. BRADLEY, *The Joint Initiative of the UK, France and Sweden for the Adoption of a Council Framework Decision on the Application of the Principle of Mutual Recognition to Financial Penalties*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *La reconnaissance mutuelle*, cit., p. 125 ss.; R. GENSON, *Observations personnelles à propos des initiatives récentes relatives aux sanctions pécuniaires*, *ivi*, p. 141 ss. Sulla delega al Governo italiano per l'adozione del decreto legislativo contenente le necessarie disposizioni attuative della decisione quadro cfr. art. 32 della legge 25 febbraio 2008, n. 34, cit., e il commento di A. DAMATO, *Sanzioni: esecuzione senza frontiere*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 4, p. 108 ss. Si noti, peraltro, che a norma del suo art. 20, par. 1, gli Stati membri devono (avrebbero dovuto) adottare "le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni della presente decisione quadro entro il 22 marzo 2007".

³⁸ Cfr. la decisione quadro del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, *GUUE L 328*, 24 novembre 2006, p. 59 ss. (adottata su iniziativa del Regno di Danimarca, *GUCE C 184*, 2 agosto 2002, p. 8 ss.). Ai sensi del suo art. 22, par. 1, gli Stati membri devono (avrebbero dovuto) dare attuazione alla decisione quadro entro il 24 novembre 2008.

³⁹ Per l'impiego di tali espressioni cfr. A. WEYEMBERGH, *L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les Etats membres de l'Union européenne*, in G. DE KERCHOVE, A.

come quella del terzo strumento menzionato, è in larga misura ricalcata su quella propria della decisione quadro sul mandato d'arresto.

La prima decisione quadro, quella sull'esecuzione dei "provvedimenti di blocco dei beni" o di "sequestro probatorio"⁴⁰, è stata elaborata in attuazione di quanto previsto dalle misure nn. 6 e 7 del citato programma di misure, che, per perseguire l'obiettivo di "consentire la ricevibilità delle prove, impedirne la scomparsa e agevolare l'esecuzione delle decisioni di perquisizione e sequestro per ottenere rapidamente elementi di prova nel quadro di una causa penale" e quello di "consentire il riconoscimento e l'esecuzione immediati delle decisioni in materia di sequestro dei beni in vista della confisca o della restituzione alla vittima di un reato", richiedono l'elaborazione di strumenti, rispettivamente, (i) "sul riconoscimento delle decisioni di blocco degli elementi di prova per impedire la dispersione delle prove che si trovano in un altro Stato membro" e (ii) "sul riconoscimento reciproco delle decisioni in materia di sequestro dei beni [così da] sequestrar[li] provvisoriamente (...) in casi urgenti"⁴¹. Come dichiarato nel programma, il nuovo meccanismo di cooperazione garantisce quindi (il riconoscimento e) l'esecuzione immediata di provvedimenti adottati dall'autorità di emissione⁴² (alla stessa stregua di un provvedimento di analogo tenore emanato

WEYEMBERGH (dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000, p. 141 ss., spec. p. 164 ss.; ID., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires*, cit., p. 39 e p. 42 dove si afferma che "[s]'il est incontestable qu[e] la reconnaissance mutuelle] est nettement plus 'révolutionnaire' en matière pré-sentencielle, la démarche qui tend à consacrer la reconnaissance mutuelle se veut malgré tout également novatrice en ce qui concerne la phase sentencielle. Elle se fonde, en effet, sur l'insuccès des instruments préexistants et vise à dépasser les obstacles et entraves qu'ils n'ont pas pu surmonter, tout en modernisant et en actualisant les mécanismes au vu de l'évolution qui s'est produite et au vu des nécessités de la pratique en la matière, qui exige une efficacité et une rapidité accrues".

⁴⁰ Nel senso che il "gel des avoirs" è stato il "primo" (in effetti, benché la prima decisione quadro adottata sia stata quella sul mandato d'arresto, la prima proposta presentata al Consiglio è stata quella da cui è scaturito lo strumento in esame) "sujet à traiter dans le cadre de la reconnaissance mutuelle" perché "une lutte efficace contre la criminalité implique de priver les criminels de leur profits financiers. Or, cette privation implique la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires relatives au gel des avoirs. Les décisions judiciaires en matière de confiscation sont, en effet, inefficaces si les avoirs résultant d'activités criminelles ne sont pas gelés puisqu'ils peuvent alors être placés hors d'atteinte par les délinquants" cfr. A. WEYEMBERGH, *L'avenir des mécanismes de coopération*, cit., p. 164 s.

⁴¹ Nel senso che il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe "applicarsi alle ordinanze preliminari, in particolare a quelle che permettono alle autorità competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili" cfr. anche, come detto, Consiglio europeo di Tampere, conclusioni della Presidenza, cit., punto 36.

⁴² Le lett. a) e b) dell'art. 2 della decisione quadro definiscono, rispettivamente, "Stato di emissione", "lo Stato membro nel quale un'autorità giudiziaria, quale definita nel diritto interno [di tale Stato], ha preso, convalidato o comunque confermato un provvedimento di blocco o di sequestro nell'ambito di un procedimento penale", e "Stato di esecuzione", "lo Stato membro nel cui territorio si trova il bene o la prova". L'art. 4 prevede (come già la decisione quadro sul mandato d'arresto) il rapporto diretto tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati coinvolti, riconoscendo solo a Regno Unito e Irlanda la facoltà di depositare presso il Segretariato generale del Consiglio (prima della data di scadenza di attuazione della decisione quadro) una dichiarazione (successivamen-

nello Stato di esecuzione: cfr. art. 5⁴³), senza che sia più necessario ricorrere all'assistenza giudiziaria "tecnica" (ovvero, sostanzialmente, ad una commissione rogatoria). Le finalità del tradizionale strumento collaborativo sono egualmente soddisfatte, ma con una semplificazione quanto alle modalità di "blocco o sequestro probatorio", che possono essere rifiutati solo in presenza di uno dei motivi ostativi di cui all'art. 7⁴⁴ o rinviati nei casi contemplati dall'art. 8, nonché con una forte contrazione dei tempi procedurali, proprio come accaduto, come visto, per il mandato d'arresto rispetto all'extradizione⁴⁵. Sempre analogamente a quanto disposto rispetto al mandato d'arresto, i provvedimenti in questione, definiti quali provvedimenti adottati "da un'autorità giudiziaria competente dello Stato di emissione per impedire provvisoriamente ogni operazione volta a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni che potrebbero essere oggetto di confisca o costituire una prova" (art. 2, lett. c)⁴⁶, devono essere

te modificabile) con cui si individua un'autorità centrale per il cui tramite dovranno essere trasmessi i provvedimenti di cui si chiede il riconoscimento e l'esecuzione. Sempre analogamente a quanto previsto dalla decisione quadro sul mandato d'arresto, se il provvedimento da eseguire è indirizzato ad un'autorità non competente, essa lo trasmette d'ufficio a quella competente, informando l'autorità emittente.

⁴³ La regola sancita dall'art. 5 è quella per cui l'esecuzione avviene secondo le modalità fissate dalla *lex fori*, ovvero dalla legge dello Stato di esecuzione. Peraltro, "[o]gniquale volta sia necessario garantire che la prova ottenuta sia valida e sempre che le formalità e le procedure indicate non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione osserva [anche] le formalità e procedure espressamente indicate dall'autorità giudiziaria competente dello Stato di emissione per l'esecuzione del provvedimento di blocco o di sequestro".

⁴⁴ I motivi ostativi all'esecuzione di cui all'art. 7 hanno tutti natura facoltativa (benché, con riguardo al motivo fondato sulla possibile violazione del principio del *ne bis in idem*, ex lett. c, sarebbe stata preferibile una sua operatività obbligatoria). Il rifiuto dell'esecuzione sembra comunque potersi fondare, benché del tutto *eccezionalmente* come si è visto accade in relazione al mandato d'arresto, *anche* sulla violazione dei diritti fondamentali dell'individuo e dei principi di cui all'art. 6 TUE, alla luce di quanto prescritto dal 6° "considerando" della decisione quadro e dal suo art. 1.

⁴⁵ Ai sensi del par. 1 dell'art. 5, le misure necessarie per l'esecuzione del provvedimento dello Stato di emissione devono essere adottate dall'autorità dello Stato di esecuzione "senza indugio". Così, il par. 3 di tale articolo prevede che "[l]e autorità giudiziarie competenti dello Stato di esecuzione decidono e comunicano *al più presto* la decisione relativa ad un provvedimento di blocco o di sequestro e, *quando possibile, entro 24 ore* dal [suo] ricevimento" (corsivi aggiunti). Anche il rifiuto dell'esecuzione e l'impossibilità pratica di eseguire il provvedimento di blocco o sequestro (cfr. art. 7), così come il rinvio dell'esecuzione (cfr. art. 8) devono essere notificati "senza indugio" all'autorità competente dello Stato di emissione. Quest'ultima disposizione prevede anche che "[n]on appena sia venuto meno il motivo del rinvio, l'autorità giudiziaria competente dello Stato di esecuzione adotta *senza indugio* le misure necessarie per l'esecuzione del provvedimento", informandone l'autorità di emissione (corsivo aggiunto).

⁴⁶ La lett. d) dell'art. 2 della decisione quadro definisce "bene", "ogni bene, in qualsiasi modo descritto, materiale o immateriale, mobile o immobile, nonché atti giuridici o documenti che attestano un titolo o un diritto su tale bene, in merito al quale l'autorità giudiziaria competente dello Stato di emissione ritiene che: - sia il prodotto di uno dei reati di cui all'art. 3 o sia equivalente, in tutto o in parte al valore di tale prodotto, oppure - costituisca lo strumento o l'oggetto di tali reati". Così, la lett. e) di tale disposizione definisce "prova", "gli oggetti e i documenti o i dati che possono essere utilizzati a fini probatori in procedimenti penali riguardanti un reato di cui all'articolo 3".

eseguiti dall'autorità dello Stato di esecuzione senza verifica della regola della doppia incriminazione se sono emessi in procedimenti penali riguardanti i reati ("punibili nello Stato di emissione con una pena privativa della libertà di almeno tre anni") contemplati all'art. 3, par. 2, coincidenti (appunto) a quelli di cui all'art. 2, par. 2, della decisione quadro sul mandato d'arresto⁴⁷. Diversamente dalla disciplina di cui allo strumento da ultimo menzionato, invece, l'autorità emittente deve trasmettere a quella di esecuzione non soltanto il certificato conforme al modello allegato alla decisione quadro con tutte le informazioni in esso indicate (di cui deve essere attestata l'esattezza: cfr. art. 9)⁴⁸, ma anche il provvedimento stesso di blocco e sequestro (art. 4, par. 1); così la decisione quadro in parola detta anche regole *ad hoc* sul trattamento che deve essere riservato al bene bloccato o sotto sequestro in esecuzione del provvedimento straniero (articoli 6 e 10)⁴⁹ e, ancora, dal momento che le decisioni oggetto di esecuzione

⁴⁷ Per i reati non contemplati nella lista lo Stato di esecuzione può decidere di subordinare riconoscimento ed esecuzione alla regola della doppia incriminazione (art. 3, paragrafi 4 e 5), che figura, infatti, tra i motivi facoltativi di non esecuzione (art. 7, lett. d). Come nella decisione quadro sul mandato d'arresto, anche il par. 3 dell'art. 3 riconosce al Consiglio la facoltà di estendere o modificare la lista dei reati di cui all'art. 3, par. 2.

⁴⁸ Ricalcando l'art. 8 della decisione quadro sul mandato d'arresto, l'art. 9 della decisione quadro in parola prescrive comunque che il certificato deve essere tradotto nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dello Stato di esecuzione, contestualmente riconoscendo agli Stati membri la facoltà di indicare, "all'atto dell'adozione della presente decisione quadro, o successivamente, tramite una dichiarazione depositata presso il segretariato generale del Consiglio che accetta una traduzione in un'altra o in altre lingue ufficiali delle istituzioni delle Comunità".

⁴⁹ L'art. 6 dispone che lo Stato di esecuzione mantiene il bene bloccato o sotto sequestro sinché non ha risposto in modo definitivo alla richiesta di cui all'art. 10, lett. a) o b). Così, nel rispetto di determinate condizioni, esso può procedere alla revoca del blocco o del sequestro (o alla limitazione temporale degli stessi) e laddove, invece, la revoca del provvedimento originario sia disposta dallo Stato di emissione, esso deve procedere al più presto a revocare, appunto, il provvedimento di esecuzione. L'art. 10 prevede, quindi, che gli stessi provvedimenti di blocco o sequestro probatorio trasmessi dall'autorità emittente (ai sensi dell'art. 4) o (a) siano accompagnati da una richiesta di trasferimento della fonte della prova nello Stato di emissione, o (b) siano accompagnati da una richiesta di confisca che richieda l'esecuzione di un provvedimento di confisca emesso nello Stato di emissione o una confisca nello Stato di esecuzione e la successiva esecuzione di ciascuno di tali provvedimenti, o (c) contengano un'istruzione nel certificato volta a mantenere il bene nello Stato di esecuzione in attesa della richiesta di cui alle lett. a) o b). La disposizione prevede quindi che le richieste di cui alle lett. a) e b) debbano essere trattate secondo le norme sull'assistenza giudiziaria in materia penale e la cooperazione internazionale in materia di confisca (non operando comunque la regola della doppia incriminazione se le richieste riguardano i reati di cui all'art. 3, par. 2, della decisione quadro): il richiamo a tali norme sembra giustificato in virtù dell'assenza, nel momento in cui la decisione quadro è stata adottata, di una disciplina *ad hoc* sul reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, ma una volta attuata negli Stati membri (e quindi effettivamente operativa) la menzionata decisione quadro del 2006 avente ad oggetto proprio l'applicazione di tale principio alle decisioni in parola l'esecuzione di tali richieste potrà avvenire (anche) sulla base di quanto da quest'ultima previsto. Analoga considerazione vale con riguardo alle richiamate norme sull'assistenza giudiziaria, laddove esse fossero sostituite da una disciplina *ad hoc* contenuta nella decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove (su cui v. *infra*, par. 4) e in un ulteriore strumento di esso integrativo.

secondo la normativa rilevante possono pregiudicare posizioni giuridiche soggettive diverse da quelle del soggetto direttamente coinvolto nel procedimento penale, tale strumento impone agli Stati membri l'adozione di misure necessarie per "consentire ad ogni parte interessata, compresi i terzi in buona fede, di disporre di mezzi di impugnazione senza effetto sospensivo contro [appunto] i provvedimenti di blocco o di sequestro eseguiti in applicazione dell'art. 5, a tutela dei propri legittimi interessi" (art. 11, par. 1)⁵⁰.

Con riguardo poi all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle "sanzioni pecuniarie", essa, come visto, è prefigurata già dalla comunicazione della Commissione del 2000, trattandosi di (riconoscimento ed esecuzione di) sanzioni "comminate con decisione definitiva", oggetto di analisi di tale atto di *soft law*. La decisione quadro concernente l'operatività del principio rispetto a questa categoria di decisioni è stata elaborata in attuazione delle misure nn. 17 e 18 del citato programma di misure, che prescrivono, sostanzialmente, l'"elaborazione di uno strumento che consenta [nei diversi Stati membri] la riscossione [automatica o in virtù di una procedura di convalida semplificata] delle sanzioni pecuniarie inflitte a titolo definitivo ad una persona fisica o giuridica da un altro Stato membro", tenendo conto delle differenze esistenti negli ordinamenti nazionali quanto alla responsabilità (penale) delle persone giuridiche⁵¹ e dei progressi già raggiunti con la Convenzione conclusa tra gli Stati dell'Unione nel 1991 sull'esecuzione delle condanne penali straniere, nonché con l'accordo "elaborato in ambito Schengen sulla cooperazione nella contestazione delle infrazioni stradali e nell'esecuzione delle relative sanzioni pecuniarie"⁵². In linea con le decisioni quadro già adottate, anche questo nuovo strumento garantisce il superamento del sistema tradizionale di cooperazione, non richiedendo più per

⁵⁰ Il par. 1 dell'art. 11 conclude prevedendo che le azioni di cui nel testo possono essere intraprese dinanzi tanto all'autorità dello Stato di emissione quanto a quella dello Stato di esecuzione (che è tenuta ad informare la prima, così che essa possa presentare le proprie osservazioni. Quest'ultima è informata anche dell'esito dell'azione: cfr. art. 11, par. 3). Così il par. 2 prosegue prevedendo che "[i] motivi di merito su cui si basa il provvedimento di blocco o di sequestro possono essere contestati soltanto mediante un'azione dinanzi ad un'autorità giudiziaria dello Stato di emissione", mentre i paragrafi 4 e 5 stabiliscono, rispettivamente, che, nell'adottare le misure atte ad agevolare l'esercizio dell'azione di cui al par. 1, gli Stati membri devono, segnatamente, "forn[ire] le opportune informazioni alle parti interessate", e che "[l]o Stato di emissione assicura che i termini entro i quali promuovere l'azione di cui al paragrafo 1 siano applicati in modo atto a garantire che le parti interessate dispongano di un mezzo giuridico effettivo". Cfr. anche l'art. 12 che sancisce la responsabilità dello Stato membro di esecuzione per eventuali danni causati ad una delle parti di cui all'art. 11 dall'esecuzione di un provvedimento di blocco o sequestro, contestualmente configurando l'obbligo per lo Stato di emissione di rimborsare "gli importi versati a titolo di risarcimento per tale responsabilità alla parte lesa tranne se e nella misura in cui il danno o parte di esso è dovuto esclusivamente alla condotta dello Stato di esecuzione".

⁵¹ Sul punto v. *infra*, nota 53.

⁵² Cfr., rispettivamente, la Convenzione del 13 novembre 1991 (non ratificata né resa esecutiva in Italia, per il cui testo M. PISANI, F. MOSCONI, *Codice delle convenzioni europee di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, Milano, 1996, III ed., p. 724 ss.) e l'accordo del 28 aprile 1999, *GUCE L 239*, 22 settembre 2000, p. 428 ss.

l'esecuzione della decisione straniera l'adozione di un atto nazionale costitutivo degli effetti di tale pronuncia, ma semplicemente una sorta di autenticazione della medesima, a cui viene data immediata esecuzione se soddisfa una serie di requisiti prescritti dalla decisione quadro e riprodotti in un apposito certificato che deve essere trasmesso, insieme con essa, dall'autorità emittente (articoli 4, 6 e 16)⁵³ e purché non sussista uno dei motivi ostativi al riconoscimento/esecuzione di cui all'art. 7 della normativa europea⁵⁴. Tra questi ultimi, aventi tutti carattere facoltativo, come quelli previsti dalla decisione quadro appena analizzata e dalla decisione quadro sull'applicazione del reciproco riconoscimento alle decisioni di confisca, si ricordano, oltre alla mancata presentazione o incompletezza del suddetto certificato o alla sua manifesta non corrispondenza alla decisione oggetto di trasmissione, anche l'esistenza di una decisione in *idem* (a

⁵³ Ai sensi dell'art. 9, par. 1, l'esecuzione della decisione straniera avviene, di regola, in base alla legge dello Stato di esecuzione, secondo le stesse modalità che si applicherebbero per l'esecuzione di una decisione nazionale. Ciò non impedisce che “[l]a sanzione pecuniaria inflitta ad una persona giuridica ricev[a] esecuzione anche se lo Stato di esecuzione non ammette il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche” (cfr. l'art. 9, par. 3, che soddisfa, in tal modo, le prescrizioni di cui alla misura n. 18 del citato programma di misure; cfr. peraltro anche l'art. 20, par. 2, secondo cui, per un periodo non superiore a cinque anni dall'entrata in vigore della decisione quadro, ovvero sino al massimo al 22 marzo 2010, gli Stati membri possono dichiarare di eseguire decisioni riguardanti sanzioni inflitte a persone giuridiche solo se inerenti condotte per le quali “uno strumento europeo prevede l'applicazione del principio della responsabilità” di tali soggetti) e che “[q]ualora risulti totalmente o parzialmente impossibile dare esecuzione alla decisione, lo Stato di esecuzione può applicare sanzioni alternative, tra cui pene privative della libertà, ove la sua legislazione lo preveda in tali casi e lo Stato della decisione abbia consentito l'applicazione di tali sanzioni alternative nel certificato di cui all'art. 4. L'entità della sanzione alternativa è determinata secondo la legislazione dello Stato di esecuzione, ma non può superare il limite massimo indicato nel certificato trasmesso dallo Stato della decisione” (art. 10). Cfr. anche l'art. 11, secondo cui sia lo Stato di emissione, sia quello di esecuzione possono concedere l'amnistia o la grazia, mentre “[f]atto salvo l'articolo 10, solo lo Stato [di emissione] può decidere sulle domande di revisione della decisione”, e così l'art. 12, che stabilisce che eventuali decisioni che privino di carattere esecutivo la decisione che infligge la sanzione pecuniaria o di ritiro della “richiesta” di esecuzione sono comunicate dallo Stato di emissione a quello di esecuzione, che deve porre fine all'esecuzione non appena riceve dall'autorità competente informazione di tali decisioni. Circostanze in cui lo Stato di emissione riacquista il diritto di procedere all'esecuzione della decisione emessa sono indicate all'art. 15.

⁵⁴ Analogamente a quanto accade relativamente al reciproco riconoscimento disciplinato dalla decisione quadro sul mandato d'arresto e da quella sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco o di sequestro probatorio, anche l'operatività del principio con riguardo alle decisioni che infliggono sanzioni pecuniarie può essere “bloccata” dalla contrarietà di tali decisioni ai diritti fondamentali dell'individuo o ai principi di cui all'art. 6 TUE: pur non trattandosi di motivo ostativo menzionato all'art. 7, in tal senso si esprimono infatti, oltre al 5° “considerando” e all'art. 3 della decisione quadro, anche e in particolare l'art. 20, par. 3, secondo cui, infatti, “[c]iascuno Stato membro può, se il certificato di cui all'articolo 4 solleva la questione di una eventuale violazione dei diritti fondamentali o dei principi giuridici fondamentali enunciati nell'articolo 6 dei trattati, opporsi al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni. Si applica la procedura di cui all'articolo 7, paragrafo 3” (in base al quale, prima di decidere di negare l'esecuzione, l'autorità “richiesta” consulta l'autorità dello Stato di emissione, chiedendole di fornire senza indugio, se del caso, le informazioni necessarie).

carico dello stesso soggetto e per gli stessi fatti) nello Stato di esecuzione (o comunque in altro Stato membro) e la non punibilità ai sensi della legge di quest'ultimo Stato di reati diversi da quelli elencati al par. 1 dell'art. 5, relativamente ai quali il reciproco riconoscimento opera, invece, in assenza della regola della doppia incriminazione. Occorre peraltro notare come sarebbe stato preferibile che, in questa come nelle due decisioni quadro del 2003 e del 2006, il principio del *ne bis in idem* fosse stato previsto come motivo ostativo obbligatorio e non solo facoltativo, alla stregua di quanto disposto nella decisione quadro sul mandato d'arresto, e che la lista di reati di cui all'art. 5, par. 1, è più ampia di quella di cui alle due decisioni quadro già adottate (comprensiva, infatti, di sei fattispecie criminose in più⁵⁵) e l'applicabilità del reciproco riconoscimento rispetto ad essi non richiede che sia soddisfatta una certa soglia edittale, come invece accade nelle altre due decisioni quadro. Un ulteriore profilo di distinzione tra queste due decisioni quadro e quella oggetto di analisi consiste nel fatto che, in base a quest'ultima, le decisioni oggetto di riconoscimento possono essere adottate anche da autorità amministrative (non giudiziarie), purché soddisfino i requisiti indicati alla lett. a) dell'art. 1⁵⁶ e la cui competenza a prendere decisioni

⁵⁵ Si tratta degli ultimi sei reati della lista, ovvero “– infrazioni al codice della strada, comprese quelle relative alle ore di guida e ai periodi di riposo ed infrazioni alle norme sul trasporto di merci pericolose; – contrabbando di merci; – violazione dei diritti di proprietà intellettuale; – minacce e atti di violenza contro le persone anche in occasione di eventi sportivi; – danno penale; – furto”. Ad essi possono essere automaticamente aggiunti, secondo la previsione di chiusura dell'art. 5, par. 1, “reati stabiliti dallo Stato della decisione e contemplati nell'attuazione di obblighi derivanti dagli strumenti adottati a norma del Trattato CE o del titolo VI del Trattato UE”. La lista è estensibile/modificabile dal Consiglio (art. 5, par. 2), analogamente a quanto disposto dalle altre due decisioni quadro analizzate.

⁵⁶ La natura (anche) amministrativa dell'autorità competente è espressamente sancita solo dal 2° “considerando” della decisione quadro, mentre la lett. a) dell'art. 1, nello stabilire che per “decisione” si intende “una decisione definitiva che infligge una sanzione pecuniaria ad una persona fisica o giuridica”, si limita a precisare che tale decisione può essere adottata, oltre che da un'autorità giudiziaria, da “ii) un'autorità (...) diversa da un'autorità giudiziaria a seguito di un reato ai sensi della legislazione [dello Stato di emissione], purché alla persona interessata sia stata data la possibilità di essere giudicata da un'autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale; iii) un'autorità (...) diversa da un'autorità giudiziaria a seguito di atti che sono punibili a norma della legislazione [dello Stato di emissione] a titolo di infrazione a regolamenti, purché alla persona interessata sia stata data la possibilità di essere giudicata da un'autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale; iv) un'autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale, qualora la decisione sia stata resa per quanto riguarda una decisione di cui al punto iii)”. Si noti, peraltro, quanto previsto dal par. 2 dell'art. 20, secondo cui, per un periodo non superiore a cinque anni dall'entrata in vigore della decisione quadro (22 marzo 2005), ogni Stato membro (depositando apposita dichiarazione presso il Segretario generale del Consiglio) può limitare l'applicazione della decisione quadro alle sole decisioni adottate da autorità giudiziarie. Cfr. poi anche la lett. b) dell'art. 1, secondo cui “per ‘sanzione pecuniaria’ si intende l'obbligo di pagare: i) una somma di denaro in seguito a condanna per illecito imposta in una decisione; ii) il risarcimento delle vittime imposto nella stessa decisione, qualora la vittima non sia parte civile nel processo e l'autorità giudiziaria agisca nell'esercizio della sua competenza penale; iii) una somma di denaro in ordine alle spese dei procedimenti giudiziari o amministrativi connessi alla decisione; iv) una somma di denaro da versare a favore di un fondo pubblico o di organizzazioni di assisten-

che possono legittimamente circolare nel territorio dell'Unione in base alla normativa in parola sia stata comunicata dagli Stati membri al Segretario generale del Consiglio (cfr. art. 2)⁵⁷. Si noti, infine, che la decisione quadro tenta di risolvere le difficoltà evidenziate dalla Commissione quanto all'operatività del reciproco riconoscimento, inerenti, in particolare, i costi che devono essere sostenuti per riscuotere la sanzione inflitta all'estero, spesso superiori alla sanzione stessa⁵⁸, l'eventuale disparità intrinseca delle decisioni che infliggono pene pecuniarie e dei metodi di riscossione previsti nei diversi Stati membri⁵⁹ e,

za alle vittime, imposta nella stessa decisione". Essa non include, invece, "gli ordini di confisca degli strumenti o dei proventi di reato [e] le decisioni di natura civilistica scaturite da un'azione di risarcimento di danni e di restituzione, esecutive ai sensi del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000". L'art. 1 definisce anche lo Stato di emissione, come quello che adotta la decisione da eseguire, e lo Stato di esecuzione, come quello cui tale decisione viene trasmessa, essendo in sostanza, *ex art. 4 della decisione quadro*, quello "in cui la persona fisica o giuridica contro la quale è stata emessa la decisione dispone di beni o di un reddito, ha la sua residenza abituale o, nel caso di una persona giuridica, la propria sede statutaria".

⁵⁷ Anche in base alla decisione quadro oggetto di analisi, la regola quanto alla trasmissione della decisione da eseguire è quella del rapporto diretto tra autorità (giudiziarie o amministrative) competenti (cfr. art. 4, par. 2). Ogni Stato membro è però facoltizzato, "se l'organizzazione del proprio sistema interno lo rende necessario, [a] designare una o più autorità centrali quali responsabili della trasmissione e ricezione amministrativa delle decisioni e dell'assistenza da fornire alle autorità competenti" (art. 2, par. 2; cfr. anche art. 4, par. 7, per la posizione particolare riconosciuta a Regno Unito e Irlanda). Così, sempre analogamente a quanto già visto rispetto alle altre decisioni quadro, la trasmissione all'autorità non competente obbliga quest'ultima alla trasmissione d'ufficio della decisione da eseguire all'autorità competente, informandone l'autorità dello Stato di emissione (art. 4, par. 6).

⁵⁸ Cfr. comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 15. La decisione quadro, in una "logica di mutua compensazione (...) assai coerente con l'idea stessa dello spazio giudiziario comune" (in tal senso cfr. A. PERDUCA, *Così il certificato favorisce l'esecuzione*, cit., p. 22), risolve tale questione prevedendo, all'art. 17, che "[g]li Stati membri rinunciano a reclamare il rimborso delle spese risultanti dall'applicazione della presente decisione quadro".

⁵⁹ La comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 15, evidenzia anche l'esigenza di risolvere la questione inerente la necessità (o meno) di convertire la sanzione pecuniaria irrogata quando essa eccede il massimo previsto per lo stesso reato nello Stato di esecuzione, dovendosi stabilire se "la parità di trattamento tra i soggetti che hanno commesso il reato nello stesso Stato membro debba prevalere sulla parità di trattamento tra i condannati aventi la stessa cittadinanza o residenti nello stesso Stato membro". Con riferimento alla "determinazione dell'importo da pagare", l'art. 8, par. 1, della decisione quadro prevede che "[o]ve risulti che la decisione si riferisce ad atti non compiuti nel territorio dello Stato della decisione, lo Stato di esecuzione può decidere di ridurre l'importo della sanzione inflitta all'importo massimo previsto per atti dello stesso tipo ai sensi della legislazione nazionale dello Stato di esecuzione allorché gli atti rientrano nella competenza di quest'ultimo" (così sembrando garantire la parità di trattamento tra soggetti che "scontano" la sanzione nello stesso Stato e quindi discostandosi dalla soluzione proposta dall'art. 5, par. 2, del progetto, che sembrava risolvere la problematica in questione a favore della parità di trattamento tra i soggetti che hanno commesso il reato nello stesso Stato, stabilendo infatti che "[o]ve risulti che la sentenza si riferisce esclusivamente ad atti compiuti nel territorio dello Stato di esecuzione o di uno Stato membro diverso dallo Stato di esecuzione o dallo Stato della sentenza, lo Stato di esecuzione può decidere di ridurre l'impor-

ancora, la ripartizione delle somme riscosse tra gli Stati membri volta a volta interessati⁶⁰.

Quanto all'ultima decisione quadro ad oggi adottata, quella sull'applicazione del reciproco riconoscimento alle decisioni di confisca, essa, nell'ottica di una lotta efficace alla criminalità economica, completa la normativa inerente l'operatività del principio ai provvedimenti di blocco e di sequestro probatorio⁶¹ e semplifica i meccanismi di cooperazione di cui alla Convenzione del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, di cui tutti gli Stati membri sono parte⁶², in particolare riducendo le cause di rifiuto dell'esecuzione ed eliminando i sistemi di conversione delle decisioni di confisca in decisioni nazionali (cfr. 4° "considerando"). Pertanto, analogamente a quanto disposto dalle normative già analizzate, anche questa decisione quadro prevede il riconoscimento e l'esecuzione immediata delle "decisioni di confisca" (cfr. art. 7, par. 1), definite ex art. 2, lett. c), quali "sanzion[i] o misur[e] final[i] impost[e] da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati, che consiste nel privare definitivamente di un bene"⁶³, ed aventi "natura definitiva", in linea con quanto già dichiarato dalla Commissione nella sua

to della sanzione inflitta all'importo massimo previsto per atti dello stesso tipo ai sensi della legislazione nazionale dello Stato in cui gli atti sono stati compiuti").

⁶⁰ Su tali difficoltà connesse all'operatività del reciproco riconoscimento rispetto alle decisioni che infliggono pene pecuniarie cfr. comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 15 s. L'art. 13 della decisione quadro, in parte discostandosi dalla soluzione accolta nell'art. 10 del progetto, risolve la problematica in questione stabilendo che "[I]e somme ottenute in seguito all'esecuzione delle decisioni spettano allo Stato di esecuzione, salvo diverso accordo tra quest'ultimo e lo Stato della decisione, in particolare nei casi di cui all'articolo 1, lettera b), punto ii)".

⁶¹ Tale decisione quadro può quindi considerarsi elaborata alla luce di quanto disposto dalle misure nn. 6 e 7 del citato programma di misure (per il cui contenuto v. *supra*, in relazione alla decisione quadro sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco o di sequestro probatorio) e secondo quanto previsto dalla misura n. 19, di cui al punto 3.3 del programma, dove si individua l'obiettivo di migliorare, conformemente al principio del reciproco riconoscimento, l'esecuzione in uno Stato membro di una decisione di confisca presa in un altro Stato membro, tra l'altro ai fini della restituzione alla vittima di un reato. Tale strumento è anche legato (cfr. 8° "considerando") alla decisione quadro del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (*GUUE* L 68, 15 marzo 2005, p. 49 ss.), che mira, sotto i profili indicati, all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri.

⁶² Si tratta della Convenzione (elaborata in seno al Consiglio d'Europa) dell'8 novembre 1990 (resa esecutiva in Italia con legge 9 agosto 1993, n. 328, *GURI*, suppl. ord. al n. 202, 28 agosto 1993, ed entrata in vigore sul piano internazionale il 1° settembre 1993).

⁶³ L'art. 2 contiene anche la definizione, tra l'altro, di "Stato di emissione", "Stato di esecuzione", "bene", "provento" di reato. La "richiesta" di esecuzione è trasmessa, sulla base di quanto previsto dall'art. 4, "allo Stato membro in cui l'autorità competente dello Stato di emissione ha fondati motivi per ritenere che la persona fisica o giuridica contro la quale è stata emessa la decisione disponga di beni o di un reddito, qualora la decisione di confisca concerna una somma di denaro" o, se essa concerne beni specifici, allo Stato in cui si hanno fondati motivi di ritenere che "siano ubicati i beni oggetto della confisca". Ancora, "[s]e non sussistono fondati motivi che permettono (...) di determinare lo Stato membro a cui può essere trasmessa la decisione di confisca, quest'ultima può essere trasmessa all'autorità competente dello Stato membro in cui la persona

comunicazione del luglio 2000⁶⁴. Tali decisioni, verosimilmente suscettibili di essere adottate anche da autorità non giudiziarie⁶⁵, sono trasmesse insieme con un certificato contenente i requisiti indicati nell'allegato della decisione quadro⁶⁶, e la loro esecuzione (disciplinata dalla legislazione dello Stato di esecuzione⁶⁷) può essere rifiutata solo quando sussista uno dei motivi ostativi (tutti facoltativi) di cui all'art. 8⁶⁸, oltre che rinviata nei casi contemplati dall'art. 10. Tra tali motivi si annoverano, come sempre, l'esecuzione della decisione di con-

fisica o giuridica contro la quale è stata emessa la decisione stessa risiede abitualmente o, nel caso di una persona giuridica, in cui ha la sede sociale”.

⁶⁴ Cfr., tra l'altro, p. 16 della comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., dove si afferma che relativamente alla confisca “dovrebbero essere applicabili i principi stabiliti per il riconoscimento e l'esecuzione delle pene pecuniarie, quanto meno per la confisca di somme di denaro, siano esse costituite da contanti o da conti bancari. Per la confisca di altri beni, sarà probabilmente necessario adattare tali principi, pur conservandone le linee fondamentali”.

⁶⁵ Se infatti l'art. 1 della decisione quadro si esprime nel senso che “[s]copo della [medesima] è stabilire le norme secondo le quali uno Stato membro riconosce ed esegue nel suo territorio una decisione di confisca emessa da un' *autorità giudiziaria competente in materia penale* di un altro Stato membro” (corsivo aggiunto), l'art. 3 impone ad ogni Stato membro di informare il segretario generale del Consiglio in merito alle “autorità” che “secondo la propria legislazione nazionale sono competenti a prendere decisioni di confisca” ai sensi della decisione quadro, sembrando quindi possibile un'interpretazione ampia della nozione di “autorità competente”, tale per cui anche autorità diverse da quelle giudiziarie (se, come visto, competenti in base alla propria legislazione nazionale) possono adottare decisioni eseguibili negli Stati membri. Così, se l'art. 4 pone quale regola generale (alla stessa stregua delle altre decisioni quadro analizzate) quella del rapporto diretto tra autorità competenti degli Stati membri (stabilendo, anche qui analogamente a quanto disposto dalle altre normative in vigore, che se la decisione di confisca è trasmessa ad un'autorità non competente questa la trasmette d'ufficio a quella competente, informandone l'autorità di emissione), l'art. 3 legittima comunque gli Stati membri ad individuare autorità centrali “responsabili della trasmissione e della ricezione amministrativa delle decisioni di confisca e dell'assistenza da fornire alle autorità competenti”.

⁶⁶ Sulla possibilità di trasmettere la decisione di confisca a più di uno Stato di esecuzione cfr. l'art. 5 della decisione quadro.

⁶⁷ Cfr. l'art. 9, il cui par. 3 precisa che “[u]na decisione di confisca relativa a una persona giuridica è eseguita anche se lo Stato di esecuzione non riconosce il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche”. Cfr. anche l'art. 13 secondo cui l'amnistia e la grazia possono essere concesse sia dallo Stato di esecuzione che da quello di emissione, l'unico invece che può decidere in merito ad un'eventuale domanda di riesame della decisione di confisca. Così, l'art. 14 disciplina le conseguenze della trasmissione delle decisioni di confisca e l'art. 15 stabilisce che se lo Stato di emissione adotta una decisione che ha l'effetto di privare la decisione di confisca del suo carattere esecutivo o di ritiro della “richiesta” allo Stato di esecuzione, ne dà immediata comunicazione ad esso, così che questi ponga fine all'esecuzione non appena riceve le informazioni in parola.

⁶⁸ Anche il riconoscimento delle decisioni di confisca (come quello delle altre decisioni che, come visto, sulla base delle normative ad oggi adottate possono circolare liberamente nel territorio dell'Unione) può essere “eccezionalmente” rifiutato qualora esso comporti la violazione dei diritti fondamentali dell'individuo o dei principi generali di cui all'art. 6 TUE o al capo VI della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, benché tale circostanza non compaia tra i motivi ostativi di cui all'art. 8 della decisione quadro, ma militando in tal senso il 13° “considerando” della decisione quadro e il suo art. 1, par. 2.

fisca in violazione del principio del *ne bis in idem* e la non punibilità ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione dei fatti che danno luogo alla confisca, purché si tratti di reati diversi da quelli elencati all'art. 6, par. 1⁶⁹, relativamente ai quali, invece, se puniti nello Stato di emissione con una pena privativa della libertà della durata massima di almeno tre anni, il reciproco riconoscimento opera senza verifica della doppia incriminazione. Così, come già previsto nella decisione quadro sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco o di sequestro probatorio, anche lo strumento in esame impone agli Stati membri l'adozione di misure idonee a consentire, ad ogni soggetto interessato, l'impugnazione del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di confisca (art. 9)⁷⁰, e contiene regole specifiche sulla destinazione dei beni confiscati (art. 16). Infine, analogamente alla decisione quadro sul riconoscimento reciproco delle sanzioni pecuniarie, la normativa in parola prescrive agli Stati di rinunciare reciprocamente al rimborso delle spese derivanti dalla procedura che essa disciplina (art. 20)⁷¹.

4. Abbandonando la prospettiva *de iure condito*, ed affacciandosi a quella *de iure condendo*, si contano oggi quattro proposte di decisione quadro, due delle quali regolano l'operatività del reciproco riconoscimento rispetto a decisioni *pré-sentencielles*, una che la disciplina in relazione a decisioni definitive, ed una ancora rispetto a quelle (anche) di c.d. controllo post-processo⁷².

⁶⁹ Si tratta delle stesse trentadue fattispecie criminose rispetto alle quali, anche secondo la decisione quadro sul mandato d'arresto e quella sui provvedimenti di blocco e sequestro probatorio, il reciproco riconoscimento opera anche se punite soltanto dalla legislazione dello Stato di emissione. Anche tale lista di reati è estensibile/modificabile ad opera del Consiglio.

⁷⁰ Le autorità dello Stato di esecuzione possono conoscere solo dell'impugnazione del riconoscimento/esecuzione della decisione di confisca, ma non anche delle ragioni di merito su cui tale decisione si basa. Cfr. anche l'art. 18 della decisione quadro che (analogamente all'art. 12 della decisione quadro sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco o di sequestro probatorio) configura la responsabilità dello Stato membro di esecuzione per il "danno causato ad una delle parti interessate di cui all'articolo 9 dall'esecuzione di una decisione di confisca", con obbligo per lo Stato di emissione di rimborsare "gli importi versati a titolo di risarcimento per tale responsabilità alla parte lesa, tranne se e nella misura in cui il danno o parte di esso è dovuto esclusivamente alla condotta dello Stato di esecuzione".

⁷¹ Si noti, peraltro, quanto dispone il par. 2 della disposizione in esame (che non trova un corrispondente nella decisione quadro sul riconoscimento reciproco delle sanzioni pecuniarie): "[q]ualora lo Stato di esecuzione abbia sostenuto spese da esso ritenute ingenti o eccezionali, può formulare una proposta allo Stato di emissione sulla loro ripartizione. Lo Stato di emissione prende in considerazione tale proposta sulla base di specifiche dettagliate fornite dallo Stato di esecuzione".

⁷² Cfr., rispettivamente, la proposta della Commissione di decisione quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare a fini probatori nei procedimenti penali (COM(2003)688 def., del 14 novembre 2003) e la proposta della Commissione di decisione quadro sull'ordinanza cautelare nel corso delle indagini preliminari tra gli Stati membri dell'Unione europea (COM(2006)468 def., del 29 agosto 2006, che è seguita alla presentazione del libro verde, Reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive, COM(2004)562 def., del 17 agosto 2004); l'iniziativa della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia in vista dell'adozione di una decisione quadro relativa all'ordine di esecuzione europeo e al trasferimento delle persone condannate tra gli Stati

La più risalente di tali proposte è quella presentata dalla Commissione nel novembre 2003 e relativa al mandato europeo di ricerca delle prove, definito quale “decisione giudiziaria resa da un’ autorità competente [giudice, giudice istruttore, pubblico ministero] di uno Stato membro allo scopo di acquisire oggetti, documenti e dati che si trovano in un altro Stato membro ai fini del loro utilizzo in un procedimento” penale o amministrativo (purché la decisione che ne scaturisce possa dar luogo ad un procedimento dinanzi ad una giurisdizione competente in materia penale), anche eventualmente promosso a carico di una persona giuridica (articoli 1, 2 e 4)⁷³. Elaborata in attuazione delle misure nn. 5 e 6, nonché della misura n. 3 del citato programma di misure⁷⁴, allo scopo, sostanzialmente, di “consentire la ricevibilità delle prove, impedirne la scomparsa e (...) ottenere rapidamente elementi di prova nel quadro di una causa penale”, rendendo inopponibili le cause di rifiuto di assistenza giudiziaria previste dalla Convenzione europea del 1959 e dalla Convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen⁷⁵, e di “introdurre un modello uniforme di richiesta dei precedenti giudiziari”, tale proposta disciplina il riconoscimento e l’esecuzione di “misure istruttorie” volte all’acquisizione di materiale probatorio in uno Stato diverso da quello del foro (Stato di emissione) e, completando il meccanismo semplificato di cooperazione instaurato dalla decisione quadro sull’esecuzione dei provvedimenti di blocco di beni o di sequestro probatorio⁷⁶, è finaliz-

membri dell’Unione europea (*GUUE* C 150, 21 giugno 2005, p. 1 ss.); e, da ultimo, l’iniziativa della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese in vista dell’adozione di una decisione quadro del Consiglio relativa al riconoscimento e alla sorveglianza della sospensione condizionale della pena, delle sanzioni sostitutive e delle condanne condizionali (*GUUE* C 147, 30 giugno 2007, p. 1 ss.).

⁷³ Cfr. articoli 1, 2 e 5 dell’ultima versione di tale decisione quadro riveduta dal Consiglio, del 21 dicembre 2007, COPEN 132, 13076/07 (su cui, in data 10 luglio 2008, si è deciso di nuovamente consultare il Parlamento europeo: cfr. COPEN 141, 11725/08. La decisione quadro è stata quindi adottata dal Consiglio il 18 dicembre 2008, ed ai sensi del suo art. 23, par. 1, gli Stati membri sono tenuti a darvi attuazione entro il 19 gennaio 2011: cfr. *GUUE* L 350, 30 dicembre 2008, p. 72 ss.), che fanno riferimento, tra l’altro, anziché al “giudice istruttore”, al “magistrato inquirente”.

⁷⁴ La base giuridica della proposta è individuata, oltre che evidentemente nell’art. 34, par. 2, lett. b), nell’art. 31, par. 1, lett. a) e c), che tra le azioni comuni dell’Unione nel settore della cooperazione giudiziaria penale comprendono, rispettivamente, “la facilitazione e l’accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri, (...), in relazione ai procedimenti e all’esecuzione delle decisioni” e “la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione”.

⁷⁵ Cfr. la Convenzione (elaborata in seno al Consiglio d’Europa) di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (resa esecutiva in Italia con legge 23 febbraio 1961, n. 215, *GURI* n. 92, 13 aprile 1961, ed in vigore sul piano internazionale dal 12 giugno 1962). Per la Convenzione applicativa dell’accordo di Schengen v. *supra*, nota 12.

⁷⁶ Come si ricorderà (v. *supra*, par. 3), tale decisione quadro già semplifica il meccanismo tradizionale di assistenza giudiziaria tecnica che di regola si realizza attraverso il ricorso a commissioni rogatorie. La proposta in esame mira a ulteriormente semplificare il sistema di cooperazione instaurato con la decisione quadro del 2003, in particolare riducendo le difficoltà e i ritardi che

zata a sostituire, seppur parzialmente, i corrispondenti strumenti di assistenza giudiziaria tecnica⁷⁷. Si tratta, infatti, solo del primo passo verso una sostituzione integrale dell'attuale sistema di assistenza giudiziaria⁷⁸, risultando circoscritto l'ambito applicativo della decisione quadro in virtù di quanto prescritto dal suo art. 3, che elenca, appunto, i provvedimenti istruttori in relazione ai quali il mandato non potrà essere emesso⁷⁹. La semplificazione delle modalità di cooperazione si realizza, oltre che (a) mediante una rigida scansione temporale inerente esecuzione del mandato e trasferimento del materiale probatorio acquisito (art. 17), (b) in virtù di un contatto diretto tra autorità competenti dello Stato di emissione e di esecuzione (un'autorità centrale viene designata solo per la trasmissione degli estratti del casellario giudiziario: articoli 7 e 8)⁸⁰, e (c) di una riduzione dei motivi ostativi all'esecuzione, che, laddove non si riscontrino, deve avvenire immediatamente dopo la trasmissione del mandato, "nello stesso modo

possono derivare dal trasferimento del bene a seguito del blocco/sequestro, regolato dalle tradizionali norme applicabili all'assistenza giudiziaria. Nel senso che la decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove "integra la decisione quadro relativa ai provvedimenti di blocco di beni e di sequestro probatorio [istituendo] un meccanismo unico, efficace e rapido per la ricerca delle prove ed il loro trasferimento allo Stato di emissione [senza che sia più] necessario un preliminare provvedimento di blocco o sequestro" cfr. relazione alla proposta di decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove, p. 8.

⁷⁷ In tal senso, con riferimento per l'appunto ai provvedimenti che saranno oggetto di disciplina della decisione quadro, cfr. art. 23 della proposta di decisione quadro e il suo 5° "considerando", nonché relazione alla proposta di decisione quadro, p. 2 e p. 9 ss. Sull'ambito applicativo della decisione quadro cfr. quindi anche l'art. 4 della versione riveduta dal Consiglio, COPEN 132, cit. La sostituzione riguarderà, in particolare, la citata Convenzione europea del 1959 e la Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati dell'Unione europea, *GUCE C 197*, 12 luglio 2000, p. 3 ss. (in vigore dal 23 agosto 2005).

⁷⁸ In base a quanto previsto dal piano d'azione sull'attuazione del programma dell'Aja, cit., punto 4.2, lett. o), la proposta oggetto di analisi avrebbe dovuto essere completata dalla elaborazione di un nuovo strumento normativo nel 2007, che però, ad oggi, non risulta ancora presentato. Nel senso che "[i]n materia d'assistenza reciproca, uno strumento unico basato (...) sul reciproco riconoscimento dovrebbe, in modo progressivo, sostituire integralmente l'attuale regime di assistenza giudiziaria, in particolare per tutte le questioni relative all'ottenimento della prova" cfr. anche la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e nuovi orientamenti, COM(2004)401 def., del 2 giugno 2004, p. 12.

⁷⁹ Mentre la proposta originaria di decisione quadro stabiliva, in base a quanto previsto, come accennato, nel programma di misure, che il mandato europeo di ricerca delle prove concernesse, tra l'altro, richieste di estratti del casellario giudiziario, la versione riveduta del Consiglio, COPEN 132, cit., stabilisce, alla luce dell'evoluzione normativa nel frattempo intervenuta nel settore, che "[l]o scambio di informazioni sulle condanne penali estratte dai casellari giudiziari è effettuato ai sensi della decisione 2005/876/GAI del Consiglio, del 21 novembre 2005, relativa allo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziario [*GUUE L 322*, 9 dicembre 2005, p. 33 ss.], e di altri strumenti pertinenti" (cfr. art. 4, par. 3).

⁸⁰ Per la scansione temporale di cui *sub (a)* nel testo cfr. art. 15 della proposta nella versione riveduta dal Consiglio, COPEN 132, cit. Per i contatti tra autorità nazionali di cui nel testo *sub (b)* cfr. il solo art. 8 della citata versione riveduta, che conferisce competenza generalizzata alle autorità centrali eventualmente designate dagli Stati membri (e non operando, come visto alla nota precedente, la normativa in parola per la trasmissione degli estratti del casellario giudiziario).

in cui [si] procederebbe se [gli] oggetti, documenti o dati dovessero essere acquisiti” per il loro impiego nell’ambito di un procedimento nazionale (art. 11)⁸¹. I motivi ostativi sono peraltro in numero ridotto anche rispetto alle decisioni quadro già adottate e, analogamente a quanto disposto per il mandato d’arresto, la violazione del *ne bis in idem* opera come causa obbligatoria di non esecuzione della decisione straniera⁸². Ancora, la lista di reati rispetto ai quali la cooperazione deve essere fornita anche in assenza della doppia incriminazione coincide con quella della decisione quadro sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie (ed è quindi più estesa, come visto, della lista contenuta nelle altre decisioni quadro vigenti)⁸³, ma la nuova normativa, innovando rispetto alle

⁸¹ Lo Stato di esecuzione gode di discrezionalità nella scelta del mezzo più idoneo, secondo il proprio diritto nazionale, per acquisire la prova, pur derivando, comunque, in capo ad esso, dall’emissione del mandato un obbligo di ricerca e acquisizione delle prove. Benché la proposta non contenga disposizioni specifiche in tema di ammissibilità reciproca delle prove acquisite in esecuzione di un mandato, vi sono indicazioni della Commissione (cfr. relazione alla proposta, cit., p. 15) secondo cui tale reciproca ammissibilità dovrebbe essere facilitata, oltre che con la previsione di garanzie procedurali a tutela dei diritti fondamentali, “mantenendo e precisando l’approccio definito all’art. 4 della Convenzione [di assistenza giudiziaria in materia penale] del 2000, che stabilisce un nuovo principio secondo il quale *lo Stato richiesto deve fornire assistenza, per quanto possibile, secondo le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente*” (corsivi aggiunti). In tale direzione cfr. l’art. 13, lett. e) della proposta (art. 12 della proposta riveduta dal Consiglio, COPEN 132, cit.), secondo cui l’autorità emittente può chiedere che l’autorità di esecuzione “osservi le formalità e le procedure [da essa] espressamente indicate, [ma] sempre che [tali] formalità e procedure (...) non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione”. Anche nella comunicazione sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, cit., p. 3, la Commissione si è espressa nel senso che l’applicazione del reciproco riconoscimento in tema di raccolta delle prove “deve indurre a lasciare il controllo delle indagini allo Stato di emissione, poiché la decisione di ricercare qualsiasi elemento di prova non può essere rimessa in discussione nello Stato membro di esecuzione”, auspicando il completo superamento del principio della doppia incriminazione (soluzione accolta, dopo un periodo transitorio, nella stessa proposta di decisione quadro in esame e su cui v. *infra*, nel testo). Per un auspicio a che in futuro, mediante l’applicazione diffusa del principio del reciproco riconoscimento, “le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro [siano] ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili” cfr. Consiglio europeo di Tampere, conclusioni della Presidenza, cit., punto 36.

⁸² Cfr. art. 15, par. 1, della proposta (il par. 2 di tale disposizione prevede anche come motivo facoltativo di non riconoscimento/esecuzione la violazione del *ne bis in idem* rispetto ad un procedimento avviato in uno Stato terzo, e con cui, evidentemente, lo Stato “richiesto” già sta collaborando). Per una “riestensione” dei motivi ostativi al riconoscimento/esecuzione (tutti, peraltro, facoltativi, anche la violazione del *ne bis in idem*) cfr., invece, l’art. 13 della proposta riveduta dal Consiglio, COPEN 132, cit. Ancora, benché non espressamente previsto dalle norme in parola, alla luce di quanto stabilito in particolare dal 19° “considerando” della proposta (27° “considerando” della citata versione riveduta e suo art. 1, par. 3), l’esecuzione di un mandato di ricerca delle prove potrebbe essere “eccezionalmente” rifiutata anche laddove essa violi i diritti fondamentali dell’individuo o i principi di cui all’art. 6 TUE e sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

⁸³ Per tale lista cfr. art. 16, par. 2. Si noti che il primo paragrafo di tale disposizione prevede che l’esecuzione del mandato europeo di ricerca delle prove non è subordinato alla verifica della doppia incriminazione, oltre che nei casi in cui sia emesso in relazione ad uno dei reati di cui al par. 2

discipline ad oggi elaborate, contiene anche una clausola temporale sulla opponibilità della non esecuzione per i reati non contemplati dalla lista, potendo infatti lo Stato “richiesto” negare la collaborazione rispetto ad essi solo per un periodo transitorio di cinque anni dall’entrata in vigore della decisione quadro (art. 24)⁸⁴. Infine, sempre in analogia con quanto disposto relativamente al mandato d’arresto, al fine di garantire una maggiore rapidità ed efficacia della cooperazione, anche la proposta in esame prevede la trasmissione da parte dell’autorità di emissione di un unico documento contenente le informazioni di cui al formulario ad essa allegato (art. 5), e, analogamente alle decisioni quadro sull’esecuzione dei provvedimenti di blocco e di sequestro probatorio e delle decisioni di confisca, detta regole *ad hoc* sulla possibilità di rinviare l’esecuzione del mandato (art. 18), sull’impugnazione dell’esecuzione di un mandato che abbia implicato il ricorso a misure coercitive (art. 19) e sul risarcimento di eventuali danni che l’esecuzione del mandato abbia provocato a legittimi interessi di soggetti in essa a vario titolo coinvolti (art. 20)⁸⁵.

L’applicabilità del principio del reciproco riconoscimento in via anticipata, in relazione cioè a decisioni non definitive e conclusive di procedimenti penali, è stata prospettata anche rispetto alle “misure cautelari non detentive”, ovvero “alternative alla carcerazione preventiva” (quali, ad esempio, l’“ordine europeo di presentazione dinanzi a un’autorità”). Predisposta in attuazione della misura n. 10 del citato programma di misure, che prefigura l’elaborazione di uno “strumento che consenta il riconoscimento e l’esecuzione immediata delle misure di controllo, di sorveglianza o di sicurezza disposte da un’autorità giudiziaria anteriormente al giudizio di merito”⁸⁶, la proposta di decisione quadro sull’ordi-

(rispetto ai quali non si richiede che la legislazione dello Stato di emissione soddisfi determinate soglie edittali), anche qualora “non [sia] necessario effettuare una perquisizione domiciliare per eseguire il mandato”. Occorre, però, evidenziare che l’art. 14 della proposta di decisione quadro riveduta dal Consiglio, COPEN 132, cit., pur mantenendo la previsione da ultimo menzionata, riproduce la lista “ridotta” di trentadue fattispecie criminose relativamente alle quali può procedersi a riconoscimento/esecuzione della “richiesta” straniera senza verifica della doppia incriminazione, reintroducendo anche una soglia edittale (deve trattarsi infatti di richiesta inerente reati punibili nello Stato di emissione con “una pena o una misura di sicurezza privative della libertà della durata massima di almeno tre anni”).

⁸⁴ Dato il carattere transitorio della causa ostativa della assenza della doppia incriminazione per i reati non contenuti nella lista, nessuna disposizione della proposta prevede l’estensibilità/modificabilità della lista dei reati da parte del Consiglio (diversamente da quanto accade, come visto, nelle altre decisioni quadro adottate). Si noti, invece, che una previsione di tale tenore è contenuta nell’art. 14 della citata versione riveduta dal Consiglio, COPEN 132, che non detta alcun limite temporale quanto all’operatività della causa ostativa in parola, semplicemente stabilendo che spetta al Consiglio, entro cinque anni dall’entrata in vigore della decisione quadro, esaminare la condizione della doppia incriminazione, alla luce delle informazioni ad esso trasmesse dagli Stati membri.

⁸⁵ Cfr., rispettivamente, articoli 6, 16, 18 e 19 della versione riveduta dal Consiglio, COPEN 132, cit.

⁸⁶ “Detto strumento dovrebbe applicarsi a tutte le persone oggetto di azioni penali in uno Stato membro che possono trovarsi in un altro Stato membro e prevedere le modalità di esercizio della sorveglianza di tali misure, come pure le sanzioni in caso di mancata osservanza delle medesime”. Cfr. anche la misura n. 9 del citato programma, che, per “assicurare la cooperazione nel caso in cui

nanza cautelare europea nel corso delle indagini preliminari⁸⁷, a dispetto di quanto potrebbe presumersi dal suo titolo, disciplina così l'operatività del principio non relativamente a decisioni di custodia cautelare in senso stretto intese, bensì in relazione ad una serie di decisioni impositive di obblighi cautelari il cui mancato rispetto potrebbe comportare l'adozione, da parte dello Stato di emissione, di una misura di custodia cautelare vera e propria⁸⁸. Essa ha quindi il pregio di garantire l'applicazione del principio a misure di tal fatta disposte a carico di soggetti non residenti nello Stato di emissione che, in assenza di strumenti volti a riconoscere le decisioni straniere relative a misure alternative di cui siano destinatari, sono di regola sottoposti, in particolare per evitare il rischio di fuga⁸⁹, alla carcerazione preventiva, risultando le misure in parola comminate di fatto solo ai residenti. L'estensione *ratione materiae e personae* del principio dovrebbe contribuire invece, innanzitutto, "a ridurre il numero dei detenuti non residenti in attesa di giudizio" nello spazio giudiziario unificato (anche con diminuzione dei costi per lo Stato di esecuzione e dei problemi legati al sovrappollamento delle carceri) e, quindi, rafforzando il diritto alla libertà e la presunzione d'innocenza nell'Unione europea, dovrebbe diminuire il rischio di disparità di trattamento nei confronti degli indagati non residenti⁹⁰. Tale strumento

una persona sia sottoposta ad obblighi o a misure di sorveglianza nell'ambito di un controllo giudiziario prima del giudizio", prevede, ai fini della elaborazione dello strumento in parola, "la redazione di un inventario delle possibili misure interessate, delle modalità di controllo per accertarsi della loro osservanza da parte delle persone cui sono dirette, e delle sanzioni applicabili in caso di mancata osservanza". Sulla presentazione, nel 2005, di una proposta sul reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive cfr. anche piano d'azione sull'attuazione del programma dell'Aja, cit., punto 4.2, lett. g).

⁸⁷ La base giuridica di tale proposta di decisione quadro è identica a quella della proposta di decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove su cui v. *supra*, nota 74.

⁸⁸ In tal senso cfr., in particolare, l'art. 2, lett. a) della proposta di decisione quadro sull'ordinanza cautelare europea nel corso delle indagini preliminari tra gli Stati membri dell'Unione europea, riveduta dal Consiglio, COPEN 181, 16494/07, 13 dicembre 2007.

⁸⁹ La relazione alla proposta di decisione quadro, p. 9, ricorda che gli obblighi cautelari imposti all'indagato rispondono, sostanzialmente, all'esigenza di ovviare ai tre pericoli classici che consentono, di regola, l'adozione della custodia cautelare da parte delle legislazioni nazionali, ovvero i) il pericolo di inquinamento probatorio, ii) il pericolo di reiterazione del reato e, in particolare, iii) il pericolo di fuga.

⁹⁰ In tal senso cfr. 3° e 4° "considerando" della proposta di decisione quadro sull'ordinanza cautelare europea, cit., nonché la relazione alla proposta, p. 2 (dove si evidenzia anche come un trattamento differente per le due categorie di indagati – residenti e non residenti – potrebbe anche essere visto "alla stregua di un impedimento alla libera circolazione delle persone nell'Unione"); e già il libro verde, Reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive, cit., p. 3, nonché, più dettagliatamente, document de travail des services de la Commission, allegato al libro verde, SEC (2004) 1046, p. 10 e p. 16. Con riferimento al reciproco riconoscimento di qualsiasi decisione straniera, nel senso che esso favorisce la non discriminazione tra imputati/condannati cittadini dello Stato del foro e quelli cittadini di altri Stati membri e con riferimento specifico alla tipologia di misure ivi oggetto di analisi, nel senso che "avant la condamnation, [la reconnaissance mutuelle] peut décourager une utilisation trop systématique à l'égard de ces personnes de la détention préventive [et] favorise en effet la possibilité de mettre sur pied des mesures de surveillance à l'égard de la personne qui attend d'être jugée, de manière à éviter de devoir recourir à la déten-

pertanto, consentendo il trasferimento dell'“applicazione [della] misura [di controllo non detentiva] nello Stato membro in cui l'indagato risiede normalmente”, dovrebbe permettergli di essere sottoposto al “controllo nel suo ambiente abituale finché il processo non ha luogo nell'altro Stato membro”⁹¹. Si noti che la proposta configura, comunque, una facoltà e non un obbligo in capo alle autorità giudiziarie competenti degli Stati membri (tribunale, giudice, giudice istruttore o pubblico ministero, competente secondo il diritto nazionale) di emettere l'ordinanza cautelare, ogniquale sia possibile in base alla legislazione nazionale, senza fissare dei limiti comuni quanto alla soglia edittale minima dei reati per cui il destinatario della misura è indagato⁹². La proposta prevede quindi, in linea con la soluzione accolta negli altri strumenti ad oggi adottati o all'esame del Consiglio, un contatto diretto tra autorità giudiziarie dei due Stati interessati ed una esecuzione immediata dell'ordinanza redatta conformemente al modello allegato alla proposta stessa (articoli 7-9), a meno che non si riscontri uno dei motivi ostativi di cui all'art. 10, che sono peraltro in numero ridotto rispetto a quelli previsti dalle altre decisioni quadro⁹³. L'autorità dello Stato di esecuzione

tion préventive de cette personne” cfr. O. DE SCHUTTER, *L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des Etats au regard de la convention européenne des droits de l'homme*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen*, cit., p. 223 ss., spec. p. 228 s.

⁹¹ In tal senso cfr. libro verde, Reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive, cit., p. 4. Analogamente, cfr. relazione alla proposta di decisione quadro sull'ordinanza cautelare europea, p. 9. Cfr., peraltro, l'art. 7, par. 2, della proposta di decisione quadro sull'ordinanza cautelare europea riveduta dal Consiglio, COPEN 181, cit., secondo cui l'ordinanza cautelare potrebbe essere trasmessa anche ad uno Stato diverso da quello di residenza legale e abituale, purché vi sia il consenso del destinatario della misura.

⁹² Una soluzione differente pare accolta (seppur indirettamente) nella proposta di decisione quadro riveduta dal Consiglio, COPEN 181, cit., dove infatti, (ri)introducendosi la regola generale accolta in tutte le decisioni quadro ad oggi adottate e, come visto, anche nella proposta sul mandato europeo di ricerca delle prove, quanto alla verifica della doppia incriminazione per i reati non inclusi in apposita lista, si prevede che per questi ultimi il riconoscimento reciproco operi se tali reati sono “punibili nello Stato di emissione con una pena detentiva o una misura privativa della libertà personale della durata massima non inferiore a tre anni” (cfr. art. 11).

⁹³ Tra tali motivi si evidenzia, come obbligatorio, quello secondo cui “è evidente che il procedimento penale per il reato in ordine al quale l'ordinanza è stata emessa violerebbe il principio del *ne bis in idem*”. Anche la violazione dei diritti fondamentali dell'individuo sembra poter operare, come accade in attuazione delle altre decisioni quadro adottate o in corso di elaborazione, come motivo ostativo al riconoscimento/esecuzione dell'ordinanza cautelare europea, in virtù, in particolare, di quanto previsto dall'8° “considerando” della proposta di decisione quadro. Più evidente è tale conclusione nella proposta di decisione quadro riveduta dal Consiglio, COPEN 181, cit., dove il rispetto di tali diritti e dei principi di cui all'art. 6 TUE e sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è imposto, oltre che nell'8° “considerando”, anche nell'art. 3 della proposta. Si noti, comunque, che la violazione di tali diritti/principi dovrebbe essere del tutto eccezionale, anche in considerazione del fatto che la stessa proposta contiene una serie di garanzie procedurali a tutela dell'individuo, procedendo ad armonizzare, sotto tale profilo, le legislazioni degli Stati membri (cfr., ad esempio, il diritto dell'indagato alla richiesta di riesame dell'ordinanza cautelare di cui all'art. 13 della proposta). Ancora, con riguardo alla proposta della Commissione, si noti la previsione di cui all'art. 11 secondo cui, “[s]e la persona oggetto dell'ordinanza

è responsabile del controllo dell'indagato e deve segnalare qualsiasi violazione degli obblighi cautelari all'autorità emittente che può adottare diversi provvedimenti, tra cui la revoca dell'ordinanza, l'arresto e il trasferimento dell'indagato nello Stato di emissione (articoli 16 e 17)⁹⁴.

Il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe quindi in futuro trovare applicazione anche con riguardo alle “decisioni definitive di condanna che infliggono sanzioni detentive” (le decisioni *sentencielles* per eccellenza), oggetto della proposta di decisione quadro relativa all'ordine di esecuzione europeo e al trasferimento delle persone condannate tra gli Stati dell'Unione⁹⁵. Tale proposta disciplina l'operatività del principio tentando di trovare un corretto bilanciamento tra due interessi contrapposti, quello dello Stato che ha pronunciato la condanna all'esecuzione della stessa e quello del reo ad una reale possibilità di risocializzazione dopo l'espiazione della pena, e così, in linea con quanto previsto nel citato programma di misure⁹⁶, prevede che l'esecuzione della decisione di condanna possa avvenire, oltre che nello Stato di cittadinanza del reo, anche in quello in cui egli “risiede legalmente a titolo permanente” o in cui ha “altri legami stretti” (solo in quest'ultimo caso essendo obbligatorio il suo assenso al

cautelare europea è cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione, l'esecuzione può essere subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata giudicata, sia trasferita nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la custodia cautelare in carcere o la pena pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione”. Infine, non può non evidenziarsi come la proposta di decisione quadro riveduta dal Consiglio realizzi una (ri)dilatazione dei motivi ostativi all'esecuzione (tutti peraltro facoltativi, anche quello consistente nella violazione del principio del *ne bis in idem*: cfr. art. 12), tra cui si segnala, come accennato (v. *supra*, nota precedente), la non punibilità (in assenza di doppia incriminazione) nello Stato di esecuzione dei reati non contemplati nella lista di cui all'art. 11 della proposta riveduta.

⁹⁴ Cfr. anche gli articoli 13 e 14 che disciplinano, rispettivamente, il riesame (e l'eventuale modifica) e la revoca dell'ordinanza cautelare da parte dello Stato di emissione.

⁹⁵ Cfr. la citata iniziativa della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia, più volte riveduta dal Consiglio. L'ultima versione di tale proposta ad oggi disponibile è stata presentata in data 21 aprile 2008, COPEN 12, 5602/08, con modifica dello stesso titolo, che si riferisce “all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea” (essa è stata approvata dal Consiglio in data 27 novembre 2008, ed ai sensi del suo art. 29, par. 1, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie per conformarsi entro il 5 dicembre 2011: cfr. *GUUE* L 327, 5 dicembre 2008, p. 27 ss.). Tale iniziativa, così come la versione riveduta dal Consiglio, contengono previsioni specifiche sul coordinamento delle disposizioni in essa contenute e la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, laddove tale mandato sia emesso al fine di eseguire una decisione definitiva di condanna (cfr. art. 3 dell'iniziativa e art. 25 dell'iniziativa nella citata versione riveduta dal Consiglio).

⁹⁶ Cfr. la misura n. 16, secondo cui, per consentire di far scontare la pena nello Stato di residenza, ai fini di un effettivo reinserimento, occorre adottare “uno strumento aggiuntivo alla Convenzione europea del 21 marzo 1983 sul trasferimento delle persone condannate, applicabile ai cittadini degli Stati interessati, per estenderla ai residenti”. Cfr. anche la misura n. 14, che invita a “valutare in quale misura meccanismi più moderni potrebbero far prospettare un regime integrale di riconoscimento reciproco delle decisioni definitive di condanna con pene detentive”. Base giuridica della proposta sono l'art. 34, par. 2, lett. b) e l'art. 31, par. 1, lett. a).

trasferimento⁹⁷), in modo da favorirne effettivamente il reinserimento sociale (art. 4). La semplificazione rispetto ai tradizionali meccanismi cooperativi inerenti le decisioni in parola si riscontra, innanzitutto, per il fatto che lo Stato “richiesto” non procede più ad una conversione (e “trasposizione”) della decisione straniera in un provvedimento nazionale costitutivo degli effetti della medesima (*exequatur*), ma piuttosto, nell’ottica della fiducia reciproca tra Stati membri (e analogamente a quanto accade in attuazione delle altre decisioni quadro già adottate o in corso di elaborazione), ad una mera autenticazione di tale decisione, cui viene quindi data immediata esecuzione (art. 8⁹⁸), salvo che si riscontri la sussistenza di uno dei motivi ostativi di cui all’art. 9 (tutti facoltativi, compresa, erroneamente, come detto in relazione alle altre decisioni quadro che accolgono la medesima soluzione, la violazione del *ne bis in idem*)⁹⁹. La proposta prevede un contatto diretto (di regola) tra autorità competenti (che sembra necessariamente debbano essere autorità giudiziarie)¹⁰⁰, con trasmissione della

⁹⁷ Per una diversa individuazione dei casi in cui il consenso della persona condannata non è richiesto cfr. art. 6 della proposta nella versione riveduta dal Consiglio, COPEN 12, cit.

⁹⁸ Ai sensi dell’art. 13, par. 1, l’esecuzione della decisione straniera di condanna (l’ordine di esecuzione europeo) “è disciplinata dalla legislazione dello Stato di esecuzione nello stesso modo delle sanzioni irrogate dal medesimo. Le autorità di detto Stato sono le sole competenti, [fatte salvo il rispetto di alcune condizioni in tema di deduzione della sanzione scontata nello Stato di emissione e di concessione della libertà condizionale di cui ai paragrafi 2 e 3], a prendere le decisioni concernenti le modalità di esecuzione e a stabilire tutte le misure che ne conseguono, compresi i motivi per la libertà condizionale”. Si noti che l’art. 8 consente l’adattamento della sanzione straniera alla legislazione dello Stato di esecuzione, laddove essa, per durata o natura, non sia con tale legislazione compatibile (non potendo comunque mai aversi un aumento della sanzione irrogata o una sua conversione in sanzione pecuniaria). Ancora, l’art. 19 stabilisce (sostanzialmente riproducendo la soluzione accolta nella decisione quadro sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie, su cui v. *supra*, nota 58) che lo Stato di esecuzione sopporta le spese risultanti dall’applicazione della decisione quadro, ad eccezione di quelle sorte esclusivamente nello Stato di emissione (e, secondo l’art. 24 della proposta nella versione riveduta dal Consiglio, COPEN 12, cit., di quelle legate al trasferimento del condannato). Infine, solo l’art. 10 della proposta nella versione riveduta dal Consiglio, COPEN 12, cit., disciplina l’ipotesi di esecuzione parziale della decisione straniera.

⁹⁹ Benché non risulti espressamente tra i motivi ostativi al riconoscimento/esecuzione, la violazione dei diritti fondamentali dell’individuo e dei principi di cui all’art. 6 TUE e sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione sembra poter essere “eccezionalmente” (così da evitare, di fatto, il ripristino della procedura di *exequatur*) invocata (come accade in relazione alle decisioni oggetto delle altre decisioni quadro adottate o in corso di adozione) per opporsi alla circolazione della decisione straniera (a sostegno di tale conclusione cfr., in particolare, 7° “considerando” e art. 3, par. 4, della proposta).

¹⁰⁰ Non si riscontrano indicazioni del tutto univoche, quanto meno nel testo originario della proposta, mentre è più chiara al riguardo la citata versione del Consiglio, COPEN 12, benché sempre in sede di definizioni, all’art. 1, e non invece di configurazione dell’obbligo per gli Stati di comunicare al Segretariato generale del Consiglio le autorità competenti ad emettere o eseguire una decisione di condanna. Si noti che solo l’art. 2 della versione originaria della proposta legittima gli Stati alla designazione di una (o più) autorità centrale(i) responsabili della trasmissione e ricezione amministrativa dell’ordine di esecuzione europeo e dell’assistenza da fornire alle autorità competenti. Si noti, ancora, che la richiesta di esecuzione della condanna in uno Stato diverso

decisione di condanna insieme ad un certificato che contiene le informazioni indicate nel modello allegato alla proposta (art. 6)¹⁰¹, e, come tutte le decisioni quadro vigenti, consente di subordinare alla verifica della doppia incriminazione l'esecuzione di decisioni emesse in relazione a reati non contemplati nella lista di cui all'art. 7, par. 1, per i quali invece (sempre che siano punibili nello Stato di emissione con pena detentiva o misura privativa della libertà non inferiore nel massimo a tre anni e che non sussista altra causa ostativa) riconoscimento ed esecuzione sono automatici¹⁰². Essa, quindi, contiene previsioni *ad hoc* sul trasferimento della persona condannata (art. 12)¹⁰³, nonché sul riparto di competenze tra Stato di condanna e Stato di esecuzione circa l'adozione dei provvedimenti connessi all'esecuzione, inerenti, in particolare, la concessione della libertà condizionale, dell'amnistia e della grazia e la revisione della sanzione oggetto di esecuzione (articoli 13 e 15)¹⁰⁴.

da quello di emissione (e dunque la richiesta di trasferimento della persona condannata) può provenire, oltre che dallo Stato di emissione, anche da quello di esecuzione o dallo stesso soggetto condannato (cfr. art. 4 della proposta originaria; art. 4 della versione riveduta dal Consiglio).

¹⁰¹ In realtà, nella proposta originaria si fa riferimento alla trasmissione del solo ordine di esecuzione europeo, quale documento contenente le informazioni che risultano nell'allegato alla decisione quadro stessa (art. 4), essendo poi previsto in questo documento allegato che debba essere trasmessa dall'autorità emittente a quella di esecuzione anche la decisione di condanna. La proposta nella versione riveduta dal Consiglio, COPEN 12, cit., menziona invece già nel testo della decisione quadro la trasmissione della decisione di condanna insieme con un certificato uniforme ad essa allegato.

¹⁰² La lista dei reati corrisponde a quella contenuta nell'art. 2, par. 2, della decisione quadro sul mandato d'arresto. Essa, come quest'ultima e quella di cui alle altre decisioni quadro vigenti, è estensibile e modificabile. Degno di nota (in quanto non trova alcun precedente nelle altre decisioni quadro e stona con il principio di fiducia reciproca che sta alla base della cooperazione instaurata con la decisione quadro) è il par. 4 dell'art. 7 nella versione riveduta dal Consiglio, COPEN 12, cit., dove si prevede che “[c]iascuno Stato membro, al momento dell'adozione della decisione quadro o successivamente, mediante una dichiarazione [ritirabile in qualsiasi momento] notificata al Segretario generale del Consiglio, può dichiarare che non applicherà il paragrafo 1”, ovvero che non eseguirà l'ordine di esecuzione straniero per i reati elencati in tale disposizione se essi non sono puniti anche alla stregua della sua legislazione.

¹⁰³ Nonché sul principio di specialità (cfr. art. 14), istituto classico dei sistemi convenzionali di cooperazione giudiziaria (e su cui, in particolare, cfr. anche l'art. 27 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e la recentissima sentenza della Corte di giustizia del 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Procedimento penale a carico di Artur Leymann e Aleksei Pustovarov*, non ancora pubblicata in *Raccolta*), in virtù del quale, fatte salve alcune specifiche situazioni (di cui al par. 2 dell'articolo), “una persona trasferita nello Stato di esecuzione (...) non può essere fatta oggetto di azione penale, condannata o altrimenti privata della libertà per un reato commesso anteriormente al suo trasferimento diverso da quello che ha dato luogo al trasferimento” stesso.

¹⁰⁴ Sulla distribuzione di tali poteri tra Stato di condanna e Stato di esecuzione cfr. anche la comunicazione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 13 s., dove la Commissione evidenzia come, in virtù di una fiducia reciproca che dovrebbe valere “nei due sensi”, sembrerebbe opportuno che lo Stato di condanna avesse “fiducia nei provvedimenti adottati da [un] altro Stato membro per dare esecuzione alla pena”, proprio come quest'ultimo riconosce la validità della decisione pronunciata dallo Stato di condanna (e le dà esecuzione) e come, quindi, le decisioni correlate all'esecuzione dovrebbero essere adottate dallo Stato nel quale il condanna-

L'ultima delle decisioni quadro *in itinere* sul reciproco riconoscimento ne prevede l'operatività rispetto alle “decisioni che dispongono la sospensione condizionale della pena, sanzioni sostitutive o condanne condizionali”¹⁰⁵, in attuazione della misura n. 23 del citato programma di misure, che prefigura l'applicazione del principio “anche con riguardo ai provvedimenti adottati nella fase successiva alla condanna”, ovvero di c.d. controllo post-processo (si pensi, in particolare, alla liberazione condizionale dopo aver scontato parte della pena)¹⁰⁶.

to sconta la pena, le cui autorità si ritiene possano meglio valutarne la condotta, pur non potendosi escludere consulenze da parte dello Stato di condanna, che al momento del trasferimento potrebbe essere messo in condizione di dettare limiti che lo Stato di esecuzione dovrà rispettare nell'adozione dei provvedimenti in parola. Peraltro, diversamente da quanto previsto negli strumenti pattizi di cooperazione giudiziaria penale, secondo la Commissione la concessione della grazia e dell'amnistia dovrebbero restare di competenza esclusiva dello Stato di condanna: sotto tale profilo la soluzione accolta nella proposta si discosta da quella prospettata dall'istituzione, riconoscendo infatti l'art. 15, in linea con le scelte “consolidate” dei tradizionali strumenti convenzionali, il potere di adottare tali provvedimenti ad entrambi gli Stati interessati.

¹⁰⁵ Cfr. la citata iniziativa della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese in vista dell'adozione di una decisione quadro del Consiglio relativa, appunto, al riconoscimento e alla sorveglianza della sospensione condizionale della pena, delle sanzioni sostitutive e delle condanne condizionali, elaborata sulla base dell'art. 34, par. 2, lett. b) e dell'art. 31, par. 1, lett. a) e c) su cui v. *supra*, nota 74. L'ultima versione disponibile di tale proposta riveduta dal Consiglio è del 6 maggio 2008, COPEN 35, 6836/08 (con titolo parzialmente modificato, facendosi infatti riferimento “all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive”. Tale versione della decisione quadro è stata definitivamente approvata dal Consiglio in data 27 novembre 2008, ed ai sensi del suo art. 25, par. 1, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie per conformarsi entro il 6 dicembre 2011: cfr. *GUUE L* 337, 16 dicembre 2008, p. 102 ss.).

¹⁰⁶ “[Q]ualora una persona sia sottoposta ad obblighi o a misure di sorveglianza o di assistenza a titolo, ad esempio [e appunto], di sospensione condizionale o di liberazione condizionale”. La misura in parola, per “garantire la cooperazione” nelle ipotesi menzionate, indica la necessità di “perfezionare l'applicazione della Convenzione europea, del 30 novembre 1964, per la sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale [,] in particolare stabil[endo] in quale misura si possano rendere inopponibili tra Stati membri dell'Unione europea talune riserve e motivi di rifiuto dell'esecuzione, se del caso mediante uno strumento specifico”. Sulla presentazione, nel 2007, di una proposta relativa al riconoscimento e all'esecuzione di sanzioni alternative e alla sospensione condizionale della pena cfr. anche piano d'azione sull'attuazione del programma dell'Aja, cit., punto 4.2, lett. n). Peraltro, l'opportunità di estendere il riconoscimento reciproco alle decisioni definitive aventi ad oggetto sanzioni alternative quali, ad esempio, “la prestazione di servizi sociali a favore della comunità danneggiata” era stata evidenziata già dalla Commissione nella comunicazione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 16 s., dove, però, riscontrate le difficoltà “applicative” dovute in particolare, alla “vasta gamma di tipi e modalità di misure che possono rientrare in tale categoria”, si afferma che, se in linea di massima il principio “dovrebbe seguire gli stessi orientamenti stabiliti per le pene detentive o pecuniarie, sembra legittimo (...) lasciare maggiore discrezionalità agli Stati membri interessati”, così che la richiesta di esecuzione non dovrebbe implicare un obbligo di accettazione, anche in considerazione del fatto che molti Stati possono non avere strutture adeguate per l'esecuzione di tali sanzioni, non garantendo dunque il “trasferimento della loro esecuzione” la realizzazione dello scopo educativo della pena. Un'ulteriore difficoltà evidenziata dalla Commissione è correlata alla necessità di trovare un giusto equilibrio tra interessi contrapposti, quello del reo alla risocializzazione dopo

Definito l'ambito applicativo dello strumento e le tipologie di sanzioni relativamente alle quali può essere formulata una richiesta di cooperazione (articoli 1, 2 e 5)¹⁰⁷, la proposta riproduce pressoché pedissequamente la struttura delle decisioni quadro, vigenti o in corso di elaborazione, analizzate. Essa così prevede (a) il contatto diretto tra autorità giudiziarie con trasmissione della decisione impositiva della sanzione e di un certificato standard secondo il modello ad essa allegato (articoli 4 e 6)¹⁰⁸; (b) l'esecuzione immediata da parte dell'autorità "richiesta"¹⁰⁹ (quella dello Stato in cui il condannato risiede legalmente e abitualmente, *ex art. 5*, così da favorirne il reinserimento sociale, ma anche con lo scopo di impedire la recidiva e proteggere le vittime dei reati¹¹⁰), salvo che sussista uno dei motivi ostativi di cui all'art. 9, aventi tutti natura facoltativa (anche

la condanna, che meglio si verifica se la pena è scontata nello Stato di residenza abituale, e quello della comunità "danneggiata" dal reato, che può trovare una sorta di "risarcimento" nell'attività che il condannato è chiamato a prestare a suo favore (o a beneficio delle vittime del reato).

¹⁰⁷ L'art. 2 definisce, tra l'altro, le nozioni di "sospensione condizionale della pena", "sanzione sostitutiva" e "condanna condizionale"; l'art. 5 (art. 4 della versione riveduta dal Consiglio, COPEN 35, cit.) contiene un'elencazione non esaustiva delle misure/sanzioni di cui può essere chiesto il riconoscimento/sorveglianza, menzionando, ad esempio, l'obbligo per la persona condannata di comunicare il cambio di residenza, il divieto di lasciare o frequentare senza permesso determinati luoghi, l'"obbligo di presentarsi nelle ore fissate presso le autorità competenti dello Stato di esecuzione", l'"obbligo di risarcire i danni causati dal reato", l'"obbligo di svolgere un lavoro o una prestazione socialmente utile" o, ancora, l'"obbligo di assoggettarsi a trattamento terapeutico o di disintossicazione".

¹⁰⁸ Cfr. articoli 3, 5 e 6 della proposta riveduta dal Consiglio, COPEN 35, cit. La proposta (originaria e riveduta) di decisione quadro, diversamente dagli altri strumenti analizzati, non menziona la facoltà per gli Stati di designare un'autorità centrale responsabile per la trasmissione delle decisioni e dei certificati e per l'assistenza al loro riconoscimento ed esecuzione.

¹⁰⁹ La sorveglianza delle misure condizionali e delle sanzioni sostitutive è disciplinata dalla legislazione dello Stato di esecuzione (cfr. art. 11 della versione originaria e art. 13 della versione riveduta). Ai sensi dell'art. 7, par. 2 (cfr. analogamente l'art. 9, par. 1, della proposta riveduta dal Consiglio, COPEN 35, cit.), "[s]e la durata o la natura delle misure condizionali o delle sanzioni sostitutive sono incompatibili con le norme giuridiche dello Stato di esecuzione, l'autorità giudiziaria competente di quest'ultimo può adattare alle misure condizionali e alle sanzioni sostitutive previste dalla propria legislazione per reati dello stesso tipo", dovendo la misura/sanzione adattata corrispondere il più possibile a quella irrogata nello Stato di emissione (e non potendo essere più severa) ed essendo tale adattamento effettuato previa consultazione dello Stato emittente, a meno che esso non rinunci espressamente a tale facoltà (cfr. art. 13 della versione originaria; per una più generica previsione cfr. art. 15 della citata versione riveduta). Come la proposta di decisione quadro sul riconoscimento reciproco delle sanzioni detentive, anche la proposta in esame stabilisce che le spese risultanti dalla sua applicazione sono a carico dello Stato di esecuzione, ad eccezione di quelle sorte esclusivamente nello Stato di emissione (cfr. art. 19 della proposta originaria e art. 22 della citata versione riveduta).

¹¹⁰ Cfr. 8° "considerando" e art. 1 della proposta (originaria e riveduta). Cfr. anche l'art. 17 (art. 20 della citata versione riveduta), secondo cui se la persona condannata lascia lo Stato di residenza legale e abituale, stabilendo tale residenza in un altro Stato membro "l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione ritrasferisce all'autorità giudiziaria competente dello Stato di emissione la competenza in ordine alla sorveglianza delle misure condizionali e delle sanzioni sostitutive nonché a tutte le ulteriori decisioni connesse", spettando evidentemente a quest'ultimo avviare una nuova collaborazione con il nuovo Stato di residenza.

il contrasto con il *ne bis in idem* e la verifica della doppia incriminazione per i reati non contemplati alla lista di cui all'art. 8, par. 1¹¹¹); (c) la distribuzione di competenze tra autorità emittente e di esecuzione quanto ai provvedimenti (ad esempio, modifica o revoca, ma anche amnistia e grazia) inerenti le misure condizionali e le sanzioni sostitutive oggetto di riconoscimento e sorveglianza (articoli 12 e 14-16)¹¹².

A completamento del quadro sin qui delineato, il principio del reciproco riconoscimento dovrà trovare applicazione relativamente alle “interdizioni/decadenze”¹¹³, ovvero a quelle “pen[e] privativ[e] o restrittiv[e] di diritti, oppure (...) misur[e] di prevenzione, in base all[e] qual[i] una persona fisica o giuridica, per un periodo di tempo determinato o indeterminato, è interdetta dall’esercizio di determinati diritti, dallo svolgimento di una certa funzione, dall’esercizio di un’attività, dal recarsi in determinati luoghi o dal compiere certi atti”¹¹⁴: se è pur vero che l’estensione di questo tipo di sanzione (ad oggi proposta per alcune tipologie di reato¹¹⁵) anche al di fuori dello Stato nel quale è stata comminata si

¹¹¹ Per i trentadue reati elencati in tale disposizione (e nell’art. 10 della versione riveduta dal Consiglio, COPEN 35, cit.; si tratta degli stessi reati di cui all’art. 2, par. 2, della decisione quadro sul mandato d’arresto) il riconoscimento è automatico, senza verifica della doppia incriminazione, se “punibili nello Stato di emissione con una pena detentiva o una misura restrittiva della libertà personale della durata massima non inferiore a tre anni”. La lista dei reati è, come sempre, modificabile/estensibile da parte del Consiglio e, come sempre, benché non espressamente menzionata tra i motivi ostativi (cfr. art. 11 della versione riveduta), anche la violazione dei diritti fondamentali dell’individuo e dei principi di cui all’art. 6 TUE e sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione sembra poter essere “eccezionalmente” invocata per non procedere al riconoscimento della “richiesta” straniera (cfr. 5° “considerando”, anche della versione riveduta dal Consiglio, COPEN 35, cit., e art. 3 della proposta originaria, trasfuso nel par. 4 dell’art. 1 della citata versione riveduta).

¹¹² Cfr. articoli 14, 6-17 e 19 della proposta riveduta dal Consiglio, COPEN 35, cit.

¹¹³ In tal senso cfr. già comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 17. Cfr. quindi le misure nn. 20-22 del citato programma di misure, che indicano, tra l’altro, la necessità di redigere un inventario di decadenze, divieti e incapacità comuni a tutti gli Stati membri pronunciati nei confronti di una persona fisica o giuridica in occasione o a seguito di una condanna e quella di elaborare uno o più strumenti che consentano di rendere effettive nello Stato di residenza del condannato le decadenze così inventariate e di estendere alcune di esse a tutto il territorio dell’Unione, almeno per quanto concerne determinate categorie di reati e di decadenze e la sanzione dell’interdizione. Ancora, sulla presentazione, nel 2005, di una comunicazione sulle interdizioni cfr. piano d’azione sull’attuazione del programma dell’Aja, cit., punto 4.2, lett. h).

¹¹⁴ Per tale definizione cfr. libro verde della Commissione, Il ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l’esecuzione delle sanzioni penali nell’Unione europea, COM(2004)334 def., del 30 aprile 2004, p. 21, poi ripresa nella comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulle interdizioni e decadenze risultanti da condanne penali nell’Unione europea, COM(2006)73 def., del 21 febbraio 2006.

¹¹⁵ Cfr., in particolare, l’iniziativa del Regno del Belgio ai fini dell’adozione, da parte del Consiglio, della decisione quadro relativa al riconoscimento e all’esecuzione dei divieti risultanti da condanne per reati sessuali ai danni di bambini, *GUUE C 295*, 7 dicembre 2007, p. 18 ss. Sulla futura presentazione da parte della Commissione di una decisione quadro che sostituisca la Convenzione del 1998 relativa al ritiro della patente di guida (*GUCE C 216*, 10 luglio 1998, p. 1 ss.)

configurerebbe come circostanza aggravante per il reo, essa appare necessaria in considerazione del fatto, in particolare, che la limitazione degli effetti al solo territorio dello Stato che ha adottato la sanzione ne neutralizzerebbe la portata e lo scopo¹¹⁶, consentendo un'incontrollata circolazione nel mercato comune di soggetti "pericolosi" e così pregiudicando l'effettiva realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹¹⁷.

5. La complementarietà tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia, già configurata nel preambolo e nell'art. 2 del TUE, trova oggi conferma, forse ancora più esplicita, nell'art. 3 di tale Trattato nella versione consolidata con le recenti modifiche introdotte a Lisbona¹¹⁸. Esso individua, infatti, tra gli obiettivi

cfr. la citata comunicazione sulle interdizioni e decadenze, p. 13 (e già piano d'azione sull'attuazione del programma dell'Aja, cit., punto 4.2, lett. k). La comunicazione da ultimo citata, a p. 3 ss., elenca anche una serie di strumenti elaborati nel primo o nel terzo pilastro che obbligano gli Stati membri ad imporre, tra l'altro, un'interdizione o decadenza in occasione della commissione di certi reati, attribuendo ad esse effetti in tutto il territorio dell'Unione. Di portata generale cfr. l'iniziativa del Regno di Danimarca in vista dell'adozione di una decisione sul rafforzamento della cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di decadenza da diritti, *GUCE C 223*, 19 settembre 2002, p. 17 ss. (che predispone che punti di contatto nazionali, cui si riconosce il diritto di accesso ai casellari giudiziari nazionali, raccolgano e trasmettano informazioni sui provvedimenti di decadenza da diritti che, pronunciati "nell'ambito di una sentenza o come pena accessoria di una condanna penale, limita[no] l'accesso del condannato all'esercizio di un'attività lavorativa", così che gli "altri Stati membri possano applicare tali divieti nel loro territorio conformemente alla loro legislazione interna"), oggetto di una risoluzione del Parlamento europeo che invita tale Stato a ritirarla (*GUUE C 31 E*, 5 febbraio 2004, p. 87 s.).

¹¹⁶ Cfr. comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive, cit., p. 17.

¹¹⁷ Nel senso che "la libre circulation des personnes et des services neutraliserait l'effet d'une déchéance si celle-ci n'était pas automatiquement reconnue dans toute l'Union. En d'autres termes, la reconnaissance, même si elle amplifie la sanction, est incontournable si l'on veut réaliser un véritable marché intérieur et un véritable espace de liberté, sécurité et justice" cfr. G. VERNIMMEN, *A propos de la reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles en général*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *La reconnaissance mutuelle*, cit., p. 147 ss., spec. p. 151. Nel senso che in un sistema in cui è garantita la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, sarebbe "logico che anche le sanzioni interdittive conseguenti a talune condanne penali potessero essere applicate in tutte le Comunità" cfr. già G. GRASSO, *La cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri delle Comunità europee*, in *Foro it.*, 1987, II, p. IV, c. 458 ss., spec. c. 463.

¹¹⁸ Il Trattato di Lisbona è stato firmato il 13 dicembre 2007 ed è pubblicato in *GUUE C 306*, 17 dicembre 2007. Per la versione consolidata del Trattato UE e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ovvero il Trattato CE secondo la nuova denominazione attribuitagli a Lisbona) cfr. *GUUE C 115*, 9 maggio 2008. Su tale Trattato cfr. J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, F. CHALTIEL, *Le Traité de Lisbonne: quel contenu?*, in *RMCE*, 2007, p. 617 ss.; P. PONZANO, *Le Traité de Lisbonne: l'Europe sort de la crise institutionnelle*, in *RDUE*, 2007, p. 569 ss.; S. VAN RAPEPENBUSCH, *La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne: l'émergence juridique de l'Union européenne*, in *CDE*, 2007, p. 573 ss.; J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 21 ss.; P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon: Process, Architecture and Substance*, in *ELR*, 2008, p. 137 ss.; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts*, in *CML Rev.*, 2008, p. 617ss.; M. FRAGOLA,

dell'Unione, prima addirittura dell'instaurazione di siffatto mercato, la creazione “di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone”, mettendo in inscindibile correlazione lo “spazio” e il “mercato” e così evidenziando il necessario rafforzamento del primo a fronte del processo di integrazione del secondo¹¹⁹: caduti gli ostacoli alle libertà di circolazione, è indispensabile evitare non solo che restino intatte le barriere giuridiche e giudiziarie tra gli Stati membri, ma altresì che l'assenza di alcune forme di cooperazione possa pregiudicare proprio la libertà di circolazione garantita alle persone dai Trattati istitutivi. L'instaurazione di meccanismi efficaci di cooperazione in uno spazio senza frontiere interne per la circolazione dei fattori produttivi e dei cittadini contribuisce così, *in primis*, a limitare la crescita della criminalità transnazionale, contrastando coloro che, esercitando il diritto alla libera circolazione dopo la commissione di un illecito, potrebbero beneficiare dell'impunità favorita dalle persistenti frontiere giudiziarie tra Stati membri. D'altra parte, il ricorso ad efficaci strumenti di cooperazione (si pensi, proprio, all'operatività del *ne bis in idem* nei rapporti tra entità statuali differenti e all'esecuzione di decisioni straniere) rafforza anche la libera circolazione delle persone, fornendo la garanzia dell'unicità di giudizio per gli stessi fatti all'interno di uno spazio giudiziario (ed economico) integrato, e al contempo soddisfacendo esigenze di reinserimento sociale del reo, ma anche di controllo della sua condotta nell'interesse della pace sociale e, quindi, della sicurezza della collettività.

L'evoluzione correlata dei due settori, espressamente delineata anche in alcune delle più recenti proposte di decisioni quadro sopra analizzate¹²⁰, implica

Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di «decostituzionalizzazione», in DCSI, 2008, p. 205 ss.; B. NASCIBENE, A. LANG, *Il Trattato di riforma: l'Unione europea ad una svolta?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 13 ss.; A. SUTTON, *The ICG 2007: The European Union Comes of Age*, in *EPL*, 2008, p. 55 ss.; E. TRIGGIANI, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008; nonché i diversi contributi in *Sud in Europa*, 2008, n. 2 (reperibili on line all'indirizzo www.sudineuropa.net) e quelli in M.C. BARUFFI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008. Si ricorda che il 12 giugno 2008, la consultazione referendaria irlandese sul Trattato ha avuto esito negativo ed oggi pertanto la sua entrata in vigore (prevista, a norma del suo art. 6, il 1° gennaio 2009, se ratificato da tutti gli Stati membri, altrimenti il primo giorno del mese successivo al deposito dell'ultimo strumento di ratifica) non si è ancora avuta, in attesa della ratifica irlandese, appunto, a seguito di un nuovo referendum (che si terrà, presumibilmente, nell'ottobre 2009). Tale ratifica eviterebbe di subordinare l'operatività del Trattato a qualche modifica, per consentirne l'entrata in vigore in tutti gli Stati membri ovvero, come pure è stato ipotizzato, per assicurarne l'entrata in vigore per i soli Stati membri che hanno provveduto alla ratifica.

¹¹⁹ Una complementarietà ancora più evidente risulta dall'art. I-3 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (firmato a Roma il 29 ottobre 2004, *GUUE* C 310, 16 dicembre 2004 e su cui, per tutti, cfr. G. STROZZI, *Il Trattato costituzionale. Entrata in vigore e revisione*, in *DUE*, 2005, p. 631 ss.; *Id.*, *Alcune riflessioni sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in questa *Rivista*, 2006, p. 229 ss.), dove in un'unica disposizione, il par. 2, si afferma che “[l]’Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne e un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata” (corsivi aggiunti).

¹²⁰ Cfr. 9° “considerando” della proposta di decisione quadro sull'ordinanza cautelare europea riveduta dal Consiglio, COPEN 181, cit., e 15° “considerando” della proposta di decisione quadro

il perseguimento della libera circolazione delle decisioni al pari di quella delle persone e, proprio in quest'ottica di integrazione, il Trattato di Lisbona "codifica il principio del reciproco riconoscimento", recependo e formalizzando a livello primario l'invito formulato a Tampere per cui esso, come visto, avrebbe dovuto divenire il "fondamento" della cooperazione giudiziaria in materia penale, così come in quella civile. E se in quest'ultimo ambito l'applicazione del principio è, come noto, molto più risalente, essendo stata realizzata a partire dal 1968 con la Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, poi divenuta regolamento 44/2001¹²¹, a seguito della parziale comunitarizzazione del terzo pilastro ad opera del Trattato di Amsterdam, anche in campo penale il processo finalizzato all'operatività di tale principio è stato comunque avviato, come visto, con l'entrata in vigore del Trattato da ultimo menzionato. L'iscrizione del principio nel diritto pattizio contribuisce a consolidare tale processo, favorendo la definitiva affermazione di una quinta libertà di circolazione (quale obiettivo prioritario dell'Unione) e fornendo una base giuridica vincolante alle dichiarazioni inerenti il principio, sino ad oggi connotate di valenza solo politica.

Occorre peraltro rilevare che se il Trattato sul funzionamento dell'Unione, riproducendo la previsione contenuta nell'art. III-270 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa¹²², sancisce, appunto, all'art. 82, che la "cooperazione giudiziaria penale (...) è fondata sul reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie", operando dunque il principio rispetto a qualsiasi tipo di provvedimento, senza restrizioni in funzione del momento di adozione rispetto al procedimento penale, e così confermando la prassi sviluppatasi, esso, diversamente dal "naufragato" Trattato, non contiene alcun riferimento alla fiducia reciproca tra Stati membri. L'eliminazione di tale richiamo espresso, probabilmente dettata da ragioni politiche, come la mancata riproduzione nel testo di Lisbona del principio del primato del diritto "comunitario" (sancito invece

relativa all'ordine di esecuzione europeo riveduta dal Consiglio COPEN 12, cit., dove si dichiara che le disposizioni delle decisioni quadro "dovrebbero essere applicate conformemente al diritto dei cittadini dell'Unione europea di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri", ai sensi dell'art. 18 TCE.

¹²¹ La Convenzione del 1968 (per la cui versione consolidata cfr. *GUCE C 27*, 26 gennaio 1998, p. 1 ss.) è stata elaborata sulla base dell'art. 220 TCEE (oggi art. 293 TCE), il cui quarto trattino invitava gli Stati comunitari ad avviare tra loro negoziati intesi, tra l'altro, a garantire, a favore dei loro cittadini, "la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie".

¹²² Sulle modifiche apportate dal Trattato costituzionale al settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale cfr., per tutti, H. LABAYLE, *L'Espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe*, in *RTDE*, 2005, p. 437 ss. Per alcune specifiche considerazioni sulle modifiche prospettate in tale settore dal mandato alla Conferenza intergovernativa 2007 (poi recepite nel Trattato di Lisbona) cfr. G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in questa *Rivista*, 2007, p. 335 ss.

all'art. I-6 del Trattato costituzionale)¹²³, non significa comunque, ed ovviamente, che essa non continui ad operare quale “motore” della cooperazione giudiziaria. Del resto, l'art. I-42 del Trattato costituzionale configurava tale fiducia più come conseguenza che come presupposto del reciproco riconoscimento, dichiarando che l'Unione costituisce uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, tra l'altro, “favorendo la fiducia reciproca tra le autorità competenti degli Stati membri, in particolare sulla base del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie”¹²⁴, mentre, come accennato¹²⁵, almeno un certo grado di mutua fiducia è alla base di qualsiasi forma di cooperazione e contribuisce al rafforzamento del reciproco riconoscimento. Così, se è pur vero che in alcune circostanze la fiducia tra Stati si rivela solo presunta e non effettiva, per cui forse il mancato richiamo potrebbe anche essere dettato dalla volontà di eliminare una dichiarazione formale cui non sempre corrisponde una realtà giuridica, oggi non può negarsi che già esista nei rapporti tra Stati comunitari un buon grado di fiducia reciproca, trovando tale esistenza conferma nel fatto stesso che, altrimenti, il processo di integrazione giudiziaria non si sarebbe sviluppato nelle forme sin qui delineate.

Ed in effetti, già oggi è riscontrabile sia il rispetto di principi comuni, quelli di cui all'art. 6 TUE, da parte degli Stati membri dell'Unione (la cui violazione può essere sanzionata, anche laddove non operino i meccanismi di tutela giurisdizionale di cui all'art. 35 TUE, ai sensi dell'art. 7 TUE¹²⁶), sia una certa armonizzazione delle legislazioni nazionali, sotto il profilo sia sostanziale, sia procedurale, che agevola la cooperazione tra Stati, aumentando la fiducia nel modo di essere e di operare dei sistemi giudiziari stranieri. Il mancato riferimento espresso a tale fiducia reciproca non ha quindi alcuna ripercussione pratica,

¹²³ Benché, come noto, la scelta operata a Lisbona sia stata quella di non sancire il principio del primato nel testo dei Trattati, esso è oggetto della Dichiarazione n. 17 allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di riforma, dove si ricorda, appunto, che, “per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza”. Si noti che i Trattati, nella versione modificata a Lisbona, non individuano neppure più tra le azioni dell'Unione quella finalizzata alla realizzazione di “un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno”, oggi invece espressamente contemplata all'art. 3, lett. g) TCE (e configurata quale obiettivo dell'Unione nell'art. I-3 del Trattato costituzionale: v. *supra*, nota 119). Per bilanciare questa scomparsa, anch'essa dettata verosimilmente da motivazioni di ordine politico, si è peraltro introdotto un apposito Protocollo, il n. 27, sul mercato interno e la concorrenza, che secondo la prevalente dottrina consente di ritenere invariato l'*acquis* sul punto. Occorrerà tuttavia attendere, per un'eventuale conferma di tale tesi, l'atteggiamento che assumerà in proposito la giurisprudenza comunitaria.

¹²⁴ Per alcune considerazioni su tale peculiare formulazione dell'art. I-42 del Trattato costituzionale cfr. D. FLORE, *La notion de confiance mutuelle*, cit., p. 20.

¹²⁵ V. *supra*, par. 1.

¹²⁶ Su tale norma cfr., per tutti, B. NASCIBENE, *Rispetto dei diritti dell'uomo, sanzioni e competenza della Corte di giustizia*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano, 2003, p. 9 ss.; Id., *Commento art. 7 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 58 ss.

dovendo gli Stati, alla luce dei risultati raggiunti, favorirne il rafforzamento, così da meglio contribuire alla piena operatività del reciproco riconoscimento, di cui tale fiducia è la “chiave di funzionamento”¹²⁷.

A questo scopo, e alla luce del principio di leale cooperazione di cui all’attuale art. 10 TCE (trasposto da Lisbona nell’art. 4 del futuro Trattato sull’Unione), gli Stati potranno avvalersi di diversi strumenti che il nuovo Trattato, come già taluni atti di *soft law* e in una certa misura anche il vigente Trattato sull’Unione, indicano come utili. Il rafforzamento della fiducia reciproca dovrà innanzitutto essere favorito mediante il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, strumento quest’ultimo certo dotato di finalità proprie, ma anche complementare al principio del reciproco riconoscimento¹²⁸. Il ravvicinamento, infatti, riducendo il grado di “differenza” tra le legislazioni degli Stati membri, contribuisce ad aumentarne la fiducia reciproca: esso facilita la rinuncia all’esercizio delle prerogative sovrane (nella convinzione che l’attività giudiziaria straniera sia equivalente a quella posta in essere sul territorio nazionale e creando quindi fiducia nell’adeguatezza della normativa straniera e nella correttezza della sua applicazione) e semplifica la libera circolazione delle decisioni penali in virtù del principio in parola¹²⁹. Così, per fare in modo che la fiducia reciproca non sia più, neppure sporadicamente, una mera affermazione politica, ma trovi sempre “concretizzazione” in strumenti normativi, e per superare quindi le difficoltà che ancor oggi talvolta si riscontrano in sede di adozione di atti inerenti l’applicazione del reciproco riconoscimento, si potrà ricorrere a “misure d’accompagna-

¹²⁷ In tal senso cfr. comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, cit., p. 6.

¹²⁸ Sul ravvicinamento delle legislazioni cfr. art. 31, par. 1, lett. c) ed e) TUE e per la sua funzionalità, nonché complementarietà, rispetto al reciproco riconoscimento cfr. articoli 67 e 82 del Trattato sul funzionamento dell’Unione (e già articoli I-42, III-257 e III-270 del Trattato costituzionale e comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, cit.). Per maggiori dettagli sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell’Unione europea*, Milano, 2006, p. 165 ss.

¹²⁹ Quanto esplicitato nel testo è efficacemente espresso da A. WEYEMBERGH, *L’harmonisation des législations: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, p. 147, dove si legge infatti che “[l]e rapprochement des législations matérielles et procédurales [est] un élément essentiel à [l’]instauration d’un climat de confiance]: sans rapprochement pas de confiance mutuelle; sans confiance mutuelle pas de reconnaissance effective et pas d’espace pénal européen”. Si noti che, se anche la Corte di giustizia ha per lo più affermato che il riconoscimento reciproco, benché nella forma del *ne bis in idem*, è possibile anche in assenza di una preventiva armonizzazione delle legislazioni nazionali (cfr., per tutte, sentenza *Procedimento penale a carico di H. Gözütok* e *Procedimento penale a carico di K. Brügge*, cit., punto 32), essa, chiamata a pronunciarsi sulla validità della decisione quadro sul mandato d’arresto, dove tra l’altro veniva in rilievo il principio non ai fini dell’applicazione del *ne bis in idem*, ma (proprio e) piuttosto dell’effettivo riconoscimento ed esecuzione di decisioni straniere, ha sottolineato la funzionalità del (e quindi necessità di un almeno parziale previo) ravvicinamento delle legislazioni rispetto all’operatività del principio in parola (nella declinazione in cui rileva: cfr. sentenza *v.z.w. Advocaten voor de Wereld c. Ministerraad*, cit., punto 29).

mento pratiche”¹³⁰, quali, ad esempio, la creazione di una “rete europea di formazione delle autorità giudiziarie”¹³¹ e di “meccanismi di valutazione” circa l’attuazione negli Stati membri della normativa elaborata in seno all’Unione¹³².

¹³⁰ In dottrina, su tali misure, così come sul ravvicinamento delle legislazioni, in quanto funzionali ad accrescere la fiducia reciproca tra Stati membri (e quindi l’operatività del reciproco riconoscimento) cfr., in particolare, S. DE BIOLLEY, *Panorama des mesures accompagnatrices de la confiance mutuelle dans l’espace européen de justice pénale*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *La confiance mutuelle dans l’espace pénal européen*, cit., p. 175 ss.

¹³¹ Cfr. l’iniziativa della Repubblica francese in vista dell’adozione di una decisione del Consiglio che istituisce una rete europea di formazione giudiziaria (*GUCE C 18*, 19 gennaio 2001, p. 9 ss.) che, finalizzata al miglioramento della cooperazione giudiziaria penale e al buon funzionamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in particolare mediante il rafforzamento della lotta alla criminalità organizzata e transnazionale, per consentire lo sviluppo progressivo di un’autentica cultura giudiziaria europea, prevede l’approfondimento della conoscenza dei sistemi giudiziari dei diversi Stati membri e il miglioramento dell’utilizzazione dei meccanismi europei ed internazionali di cooperazione giudiziaria, favorendo anche le conoscenze linguistiche e lo scambio di esperienze di procuratori e giudici dei diversi Stati e consentendo alle scuole e agli istituti nazionali incaricati della loro formazione di riunirsi regolarmente a tali fini. Mai adottata la menzionata decisione, informazioni sulla rete europea di formazione giudiziaria, istituita nel 2000 secondo il diritto belga, sono reperibili *on line* all’indirizzo www.ejtn.net. Cfr. quindi anche l’art. 82, par. 1, lett. c), del Trattato sul funzionamento dell’Unione (già art. III-270, par. 1, lett. c, del Trattato costituzionale) secondo cui (analogamente a quanto previsto nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile dalla lett. h dell’art. 81, par. 2, già art. III-269, par. 2, del Trattato costituzionale) Parlamento europeo e Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, tra l’altro, misure intese a “sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari”. Così, in virtù del fatto che “[i] programmi di scambio per le autorità giudiziarie faciliteranno la cooperazione e contribuiranno ad accrescere la fiducia reciproca”, nel senso che “[s]i dovrebbe includere sistematicamente una componente UE nella formazione delle autorità giudiziarie” e che “[l]a Commissione è invitata ad elaborare quanto prima una proposta volta a creare, sulla base delle strutture esistenti, un’efficace rete europea di formazione delle autorità giudiziarie nel settore sia civile che penale, come previsto [nel] Trattato costituzionale” cfr. programma dell’Aja, cit., punto 3.2, dove si evidenzia anche come il miglioramento della comprensione reciproca tra le autorità giudiziarie e i vari ordinamenti dovrebbe essere sostenuto dall’Unione anche mediante “reti di istituzioni e di organismi giudiziari, quali la rete dei Consigli della magistratura [e] la rete europea delle Corti supreme”. In quest’ultimo senso cfr. anche comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, cit., p. 9 s. Da ultimo, cfr. risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio relativa alla formazione dei giudici, dei procuratori e degli operatori giudiziari nell’Unione europea, *GUUE C 299*, 22 novembre 2008, p. 1 ss.

¹³² Cfr. programma dell’Aja, cit., punto 3.2, dove si afferma che “[p]er facilitare la piena attuazione del principio del riconoscimento reciproco deve essere istituito un sistema che preveda una valutazione obiettiva e imparziale dell’attuazione delle politiche dell’UE nel settore della giustizia, nel pieno rispetto dell’indipendenza del potere giudiziario e conformemente ai meccanismi europei esistenti”; analogamente, comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, cit., p. 8 s., dove si evidenzia come questi meccanismi “dovrebbero permettere di soddisfare (...) obiettivi di ordine metodologico, distinti dalla verifica del recepimento corretto e nei termini prescritti degli atti adottati dall’Unione [tra cui quello di] procedere a una valutazione più generale delle condizioni nelle quali sono elaborate le decisioni giudiziarie per assicurarsi che rispondano a standard di qualità elevati che permettano di rafforzare la reciproca fiducia tra sistemi giudiziari”; nonché già raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sulla qualità della giustizia penale e l’armonizzazione della legislazione penale negli Stati membri (A6-

Anche per tali vie si favorirà lo sviluppo di una “cultura giudiziaria europea”, rafforzando, appunto, la fiducia reciproca tra ordinamenti nazionali e, conseguentemente, l’operatività del reciproco riconoscimento, oltre che, in prima battuta, lo stesso ravvicinamento delle legislazioni¹³³.

6. La crescita della fiducia reciproca e il conseguente rafforzamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dovrebbero essere agevolati anche da ulteriori novità introdotte dal Trattato di Lisbona che, come noto, sostituendo l’Unione alla Comunità, realizza il “superamento della distinzione tra primo e terzo pilastro”¹³⁴, disciplinando in un unico (nuovo) titolo (il V) del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (già Trattato CE), tale spazio, con “estensione” del “metodo comunitario”, quanto alla tipologia di atti utilizzabili, al loro

0036/2005), p. 4, dove si ritiene che l’instaurazione del meccanismo di valutazione reciproca in parola dovrebbe anticipare, nella misura del possibile, il meccanismo di cui all’art. III-260 del Trattato costituzionale, oggi art. 70 del Trattato sul funzionamento dell’Unione. Quest’ultimo articolo prevede che “il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure che definiscono le modalità secondo le quali gli Stati membri, in collaborazione con la Commissione, procedono a una valutazione oggettiva e imparziale dell’attuazione, da parte delle autorità degli Stati membri, delle politiche dell’Unione [in tema di cooperazione giudiziaria], in particolare al fine di favorire la piena applicazione del principio di riconoscimento reciproco”. Tali meccanismi potrebbero essere ispirati (come suggerito, con riferimento al reciproco riconoscimento delle decisioni penali, dalla misura n. 24 del programma di misure, cit.) a quanto previsto dall’azione comune del 5 dicembre 1997 che istituisce, appunto, un meccanismo (benché settoriale) di valutazione dell’applicazione e dell’attuazione a livello nazionale degli impegni internazionali in materia di lotta alla criminalità organizzata (GUCE L 344, 15 dicembre 1997, p. 7 ss.). Su tali meccanismi d’“évaluation mutuelle dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice” (anche alla luce dell’art. III-260 del Trattato costituzionale, cit.) cfr. anche RESEAU U.E. D’EXPERTS INDEPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX (CFR-CDF), *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l’Union européenne en 2004*, reperibile *on line* all’indirizzo ec.europa.eu, p. 32 ss.

¹³³ Cfr. programma dell’Aja, cit., punto 3.2; comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, cit., p. 9 s., dove, richiamandosi il programma dell’Aja, si sottolinea come sviluppando le reti di organismi e di istituzioni giudiziarie e “[m]oltiplicando gli incontri tra operatori e favorendo la riflessione in particolare sull’attuazione degli strumenti dell’Unione e sui temi di preoccupazione trasversali come la qualità della giustizia, siffatte reti, che devono comprendere anche gli avvocati, sono destinate a rivestire un ruolo chiave nella formazione progressiva di una ‘cultura giudiziaria comune’”; già raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sulla qualità della giustizia penale e l’armonizzazione della legislazione penale negli Stati membri, cit., p. 4, dove si evidenzia come un quadro di riferimento comune per tutti gli Stati membri potrebbe essere realizzato anche attraverso l’elaborazione di una “Carta di qualità della giustizia penale in Europa”.

¹³⁴ Benché il Trattato di Lisbona, sostituendo l’Unione alla Comunità, realizzi un superamento della suddivisione dell’Unione in pilastri, tale superamento risulta, in realtà, formale, riscontrandosi piuttosto, di fatto, un abbandono (soltanto) della distinzione tra primo e terzo pilastro: il secondo pilastro, ovvero il settore della politica estera e di sicurezza comune, resta infatti caratterizzato dalle peculiarità che anche oggi lo differenziano dagli altri due pilastri (con diverso ruolo delle istituzioni, diverse procedure di adozione degli atti, esclusione del potere di controllo della Corte di giustizia, se non nei limiti di cui all’art. 275, 2° comma, del Trattato sul funzionamento dell’Unione) e ancora quasi integralmente disciplinato all’interno del Trattato sull’Unione.

procedimento di adozione¹³⁵ e ai “meccanismi di tutela giurisdizionale”, al settore della “cooperazione giudiziaria penale”.

Per i profili che in questa sede rilevano, l’agevolazione in parola sembra poter scaturire, in particolare, (i) dalla possibilità di regolare in futuro l’operatività del principio del riconoscimento reciproco anche attraverso regolamenti, (ii) dall’attribuzione di carattere giuridico vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ad opera dell’art. 6 TUE, nella versione modificata a Lisbona¹³⁶, nonché (iii) dalla ricordata estensione all’ex terzo pilastro degli strumenti di protezione giurisdizionale oggi operanti nel primo¹³⁷.

Con riguardo alla possibilità di cui *sub* (i), vero è che probabilmente, quanto meno in un primo momento, il principio del reciproco riconoscimento sarà attuato attraverso direttive, assimilabili, dal punto di vista sia formale sia funzionale, alle decisioni quadro¹³⁸, e tale strumento sarà senza dubbio impiegato, proprio per la ragione da ultimo indicata, per eventuali modifiche di decisioni quadro oggi vigenti e per “completare” l’*iter* di adozione di decisioni quadro ancora in fase di discussione¹³⁹. Non è peraltro da escludere che, dopo qualche

¹³⁵ Le novità essenziali consistono (i) nel fatto che, di regola, gli atti non saranno più adottati all’unanimità, come avviene oggi in base alle norme del titolo VI TUE, ma a maggioranza qualificata, secondo la c.d. procedura legislativa ordinaria (riproduttiva, con alcune semplificazioni, dell’attuale procedura di codecisione di cui all’art. 251 TCE) e (ii) nella pressoché totale equiparazione del ruolo del Parlamento europeo (oggi chiamato ad esprimere solo un parere non vincolante) a quello del Consiglio. Resta salvo il potere di iniziativa condiviso tra Commissione e Stati membri (almeno un quarto) e si prevede il ricorso alla c.d. procedura legislativa speciale (che richiede l’unanimità in seno al Consiglio, previa approvazione del Parlamento) per ampliare le sfere di criminalità rispetto alle quali si riveli necessario “stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni” (cfr. art. 83 del Trattato sul funzionamento dell’Unione), per ravvicinare le legislazioni nazionali sotto il profilo processuale, in relazione ad aspetti di procedura penale diversi da quelli espressamente menzionati dall’art. 82, par. 2, del Trattato in parola, e per istituire la Procura europea (cfr. art. 86 del citato Trattato).

¹³⁶ Si ricorda che la Carta, solennemente proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (*GUCE C 364*, 18 dicembre 2000, p. 1 ss.), è stata firmata dai Presidenti di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 12 dicembre 2007 (*GUUE C 303*, 14 dicembre 2007, p. 1 ss.), appunto in vista dell’acquisizione di carattere giuridico vincolante a seguito della sua equiparazione ai trattati di sposta dall’art. 6, par. 1, TUE, come sostituito dall’art. 1, punto 8, del Trattato di Lisbona.

¹³⁷ Sulla riforma al sistema giurisdizionale del terzo pilastro ad opera del Trattato costituzionale, sostanzialmente riprodotta nel Trattato di Lisbona, cfr. H. LABAYLE, *Les perspectives du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle dans l’Union européenne*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *La confiance mutuelle dans l’espace pénal européen*, cit., p. 123 ss.

¹³⁸ Sulle peculiarità delle decisioni quadro e la loro sostanziale equivalenza alle direttive (se non per il fatto che l’art. 34, par. 2, lett. b) TUE, espressamente esclude che esse possano avere efficacia diretta) cfr., per tutti, M. CONDINANZI, *Fonti del “terzo pilastro” dell’Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *DUE*, 2007, p. 513 ss., spec. p. 516 ss.; già, ID., *Commento art. 34 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 130 ss., spec. p. 135 ss.

¹³⁹ Peraltro, rispetto alle decisioni quadro *in itinere* che non siano approvate prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, più che di vero e proprio “completamento” del loro procedimento di adozione, si dovrebbe forse parlare di (ri)avvio delle procedure normative sulla base delle nuove regole contenute nel Trattato sul funzionamento dell’Unione, con possibilità, però ed evi-

tempo dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e nel silenzio dello stesso, che, di per sé, impone il ricorso alle direttive solo relativamente ad interventi finalizzati al ravvicinamento delle normative nazionali (cfr. articoli 82, par. 2, e 83, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione¹⁴⁰), il legislatore comunitario decida di avvalersi di regolamenti, non diversamente da quanto accade, del resto, nel settore della cooperazione giudiziaria civile (così, peraltro, anche confermando l'accresciuta fiducia tra Stati, e non solo contribuendo al suo incremento)¹⁴¹. E l'impiego di tali atti, come noto direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali, oltre a garantire l'uniformità applicativa della disciplina

dentemente, di tener conto dei risultati raggiunti in fase di elaborazione nell'ambito (ancora) del terzo pilastro (anche per velocizzare l'adozione dei nuovi strumenti). Si noti che, nel silenzio del Trattato (v. *infra* nel testo e nota 141), dubbi o difficoltà potrebbero sorgere o incontrarsi per apportare modifiche o sostituire atti esistenti del terzo pilastro che scompaiono nel nuovo Trattato senza avere, a differenza delle decisioni quadro, un immediato corrispondente in atti "comunitari": il riferimento è, in particolare, alle posizioni comuni e alle convenzioni, impiegate, ad esempio, per l'istituzione di organismi quali Europol (cfr. Convenzione istitutiva del 1995, *GUCE C* 316, 27 novembre 1995, p. 2 ss., entrata in vigore il 1° ottobre 1998 e da ultimo modificata dal protocollo adottato dal Consiglio il 27 novembre 2003, *GUUE C* 2, 6 gennaio 2004, p. 1 ss.). Quanto alle decisioni, almeno se istitutive di organismi, come quella relativa a Eurojust (cfr. decisione del Consiglio del 28 febbraio 2002, *GUCE L* 63, 6 marzo 2002, p. 1 ss., modificata dalla decisione del 18 giugno 2003, *GUUE L* 245, 29 settembre 2003, p. 44 s.), benché un corrispondente non possano essere le decisioni "tipiche" di cui all'art. 249 TCE (art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione), una loro possibile modifica/sostituzione potrebbe aversi con le c.d. decisioni *sui generis* (impiegate, infatti, come noto, ad esempio, per l'istituzione del Tribunale di primo grado).

¹⁴⁰ Per inciso, e con riguardo al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, non può non accogliersi con favore il superamento della distinzione tra primo e terzo pilastro, che elimina le difficoltà legate al c.d. *doppio binario* (di recente messe in luce dalla Corte di giustizia con sentenza del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio, Raccolta*, p. I-7879 ss., su cui cfr., per tutti, C. HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation du droit pénal?*, in *RTDE*, 2006, p. 377 ss.; A. MIGNOLLI, *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in questa *Rivista*, 2006, p. 327 ss.; L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il "caso" dell'inquinamento provocato da navi*, in *DUE*, 2006, p. 769 ss.; C. TOBLER, *Case C-176/03, Commission v. Council, Judgment of the Grand Chamber of 13 September 2005*, nyr, in *CML Rev.*, 2006, p. 835 ss.; e nella sentenza della Corte del sentenza 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio, Raccolta*, p. I-9097 ss.), ovvero al fenomeno per cui spesso l'armonizzazione delle normative nazionali quanto all'individuazione dei beni giuridici da tutelare può essere effettuata nel pilastro comunitario, ma la possibilità di dettare norme comuni sul tipo e sul *quantum* di sanzione applicabile nel caso di violazione delle norme che tale tutela prescrivono è riconosciuta al solo legislatore del terzo pilastro.

¹⁴¹ Indicazioni circa la tipologia degli atti che potranno essere adottati in sostituzione o per modificare o integrare gli atti di cui all'attuale art. 34 TUE non si rinvengono neppure nell'art. 9 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie, allegato alle versioni consolidate dei trattati sull'Unione e sul funzionamento dell'Unione, che si limita infatti a precisare che "[g]li effetti giuridici degli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione adottati in base al Trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra Stati membri in base al Trattato sull'Unione europea".

adottata in tutto il territorio dell'Unione, consente una più immediata ed efficace tutela delle posizioni individuali da essi eventualmente garantite¹⁴².

Quanto poi all'attribuzione di natura giuridica vincolante alla Carta di Nizza, mediante sua equiparazione ai Trattati, ad opera, come detto, dell'art. 6 TUE, nella versione consolidata a Lisbona, essa rafforza la rilevanza dello strumento nel panorama delle fonti, conferendo al giudice comunitario il potere/dovere di garantire la legittimità degli atti di diritto derivato anche rispetto ai principi e diritti sanciti dalla Carta. Benché la maggior parte degli atti adottati dalle istituzioni richiamino ormai la Carta imponendone il rispetto (questo richiamo è contenuto, come visto, anche in tutte le decisioni quadro analizzate, siano esse vigenti o in corso di elaborazione), benché gli avvocati generali e il Tribunale di primo grado abbiano spesso impiegato tale strumento per fondare le proprie conclusioni/decisioni¹⁴³ e benché, ancora, la Carta, come noto, non faccia altro che riprodurre per lo più principi e diritti già operanti nell'Unione in quanto principi generali, la Corte di giustizia si è mostrata, sino ad oggi, piuttosto restia ad avvalersene¹⁴⁴. Il giudice comunitario, censurando le legislazioni di quegli ordinamenti che non garantiscono il rispetto dei principi e diritti fondamentali ivi sanciti, contribuirà anche a rafforzare il funzionamento del principio del reciproco riconoscimento, "collaborando" con l'autorità dello Stato di esecuzione che, come visto, e seppur in via eccezionale, rimane legittimata a rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione, appunto, della decisione straniera che con tali principi e diritti contrasti.

¹⁴² Come noto, le direttive non godono di diretta applicabilità e l'effetto diretto di cui siano eventualmente dotate può essere invocato solo dopo la scadenza del termine previsto per la loro trasposizione negli ordinamenti nazionali. Sulle difficoltà di garantire una tutela giurisdizionale effettiva rispetto alle decisioni quadro, specie a fronte di una loro mancata o non corretta trasposizione negli ordinamenti nazionali, cfr. M. CONDINANZI, *Fonti del "terzo pilastro"*, cit., p. 530 ss.; e sia consentito il rinvio a F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il "terzo pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *DUE*, 2007, p. 773 ss., spec. p. 792 ss.

¹⁴³ Cfr., ad esempio, conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BETCU c. Secretary of State for Trade and Industry*, *Raccolta*, p. I-4881 ss., punti 26 e 27; conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 12 settembre 2006, causa C-303/05, *v.z.w. Advocaten voor de Wereld contro Ministerraad*, cit., punto 79; sentenze del Tribunale di primo grado del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-29 ss., punto 76; del 30 gennaio 2002, causa T-54/99, *max. mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commissione*, *ivi*, p. II-313 ss., punti 48 e 57; del 5 agosto 2003, cause riunite T-116/01 e T-118/01, *P & O Europeqan Ferries (Vizcaya) e a. c. Commissione*, *ivi*, p. II-2957 ss., punto 209.

¹⁴⁴ Ciò si è verificato, in particolare, nei primi anni successivi alla proclamazione della Carta. Più di recente, per un richiamo ad essa cfr., ad esempio, le sentenze della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-5769 ss., punti 38 e 58; del 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd contro Justitiekanslern*, *ivi*, p. I-2271 ss., punto 37; del 3 maggio 2007, *v.z.w. Advocaten voor de Wereld contro Ministerraad*, cit., punto 46; del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval und Partneri Ltd*, *ivi*, p. I-11767 ss., punti 90-91; del 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH contro Avides Media AG*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 41.

La menzionata censura, così come quella inerente la mancata o non corretta trasposizione negli ordinamenti nazionali degli strumenti disciplinanti il principio in parola, potrà conseguirsi in virtù, come accennato, dell'estensione al settore della cooperazione giudiziaria penale dei meccanismi di tutela giurisdizionale operanti nel primo pilastro: e potrà trattarsi, sia pur nel rispetto di alcune disposizioni transitorie fissate dal Trattato di Lisbona¹⁴⁵, tanto di una censura indiretta, conseguente ad un rinvio pregiudiziale interpretativo¹⁴⁶, esperibile dalle giurisdizioni di tutti gli Stati membri senza più i condizionamenti e le limitazioni di cui all'attuale art. 35 TUE (e con superamento, dunque, del sistema a geometria variabile da esso creato)¹⁴⁷, tanto di una censura diretta, con avvio di

¹⁴⁵ Cfr. l'art. 10 del citato Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie, secondo cui, infatti: "1. A titolo di misura transitoria e in ordine agli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le attribuzioni delle istituzioni alla data di entrata in vigore di detto Trattato sono le seguenti: le attribuzioni della Commissione ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea non sono applicabili e le attribuzioni della Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, nella versione vigente prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, restano invariate, anche nel caso in cui siano state accettate in forza dell'articolo 35, paragrafo 2 di detto Trattato sull'Unione europea. 2. La modifica di un atto di cui al paragrafo 1 comporta che, con riguardo all'atto modificato e nei confronti degli Stati membri ai quali esso si applica, le attribuzioni delle istituzioni menzionate in detto paragrafo si applichino quali previste dai trattati. 3. In ogni caso la misura transitoria di cui al paragrafo 1 cessa di avere effetto cinque anni dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona" (corsivi aggiunti).

¹⁴⁶ Come noto, anche per il tramite di un rinvio pregiudiziale interpretativo, finalizzato a definire la precisa portata di un precetto comunitario, la Corte procede "di fatto" a valutare la compatibilità con esso delle norme nazionali rilevanti nel caso di specie: sulla complementarità di questo strumento di tutela giurisdizionale con la procedura di infrazione cfr., per tutte, le sentenze della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, *Raccolta*, p. 3; del 17 febbraio 1970, causa 31/69, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. 25 ss.; del 27 maggio 1981, cause riunite 142 e 143/80, *Amministrazione delle Finanze dello Stato contro Essevi s.p.a. e impresa Carlo Salengo*, *ivi*, p. 1413 ss. Proprio con riguardo al rinvio pregiudiziale, sia esso di interpretazione o di validità, esperito nel settore della cooperazione giudiziaria penale si segnala l'innovazione introdotta dall'ultimo comma dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (oggi art. 234 TCE), secondo cui "[q]uando una questione [pregiudiziale] è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile". Rispetto a situazioni di tal fatta è peraltro già oggi esperibile (a partire dal 1° marzo 2008) il c.d. "rinvio pregiudiziale d'urgenza", introdotto con modifiche allo Statuto della Corte di giustizia ed al suo regolamento di procedura (*GUUE* L 24, 29 gennaio 2008, rispettivamente p. 42 ss. e p. 39 ss.).

¹⁴⁷ Sull'attuale sistema di tutela giurisdizionale prefigurato dall'art. 35 TUE cfr. I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *CI*, 1998, p. 477 ss.; S. PEERS, *Who's Judging the Watchmen?, The Judicial System of the "Area of Freedom Security and Justice"*, in *YEL*, 1998, p. 337 ss., spec. p. 365 ss.; O. DE SCHUTTER, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'espace judiciaire pénal européen*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, cit., p. 55 ss.; ID., *La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, cit., p. 79 ss.; H. LABAYLE, *Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de justice: l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in M.

una procedura di infrazione ai sensi dei nuovi articoli 258-260 del Trattato sul funzionamento dell'Unione¹⁴⁸. L'impiego di questi meccanismi di protezione giurisdizionale renderà il controllo sulla legalità dell'ordinamento dell'Unione molto più efficace di quanto oggi non accada (la violazione dei principi generali e dei diritti fondamentali dell'individuo da parte degli Stati membri, così come la mancata o non corretta trasposizione negli ordinamenti nazionali delle decisioni quadro, sono oggi censurabili pressoché esclusivamente in via politica da Commissione e Consiglio secondo quanto previsto dalle singole decisioni quadro¹⁴⁹), e, insieme con l'esperibilità, in particolare, del ricorso per annullamento anche da parte dei singoli e dell'azione di responsabilità extracontrattuale delle istituzioni¹⁵⁰, realizzerà anche con riguardo allo spazio di libertà, sicurezza e

DONY, E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 73 ss.; K. LENAERTS, L. JADOUL, *Quelle contribution de la Cour de justice des Communautés européennes au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice?*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen*, cit., p. 199 ss.

¹⁴⁸ L'art. 258 ricalca l'attuale art. 226 TCE. L'art. 260 si differenzia invece dall'attuale art. 228 TCE, sostanzialmente, perché (i) semplifica la fase precontenziosa della procedura c.d. di doppia condanna, stabilendo che il ricorso alla Corte possa essere avviato dopo l'invio della sola lettera di messa in mora (e non più anche del parere motivato) e (ii) prevede la possibilità di comminare una sanzione pecuniaria già a conclusione della prima procedura di infrazione laddove l'inadempimento contestato allo Stato consista nella mancata comunicazione delle misure di attuazione di una direttiva.

¹⁴⁹ In realtà, eventuali inadempimenti degli Stati potrebbero essere "sanzionati" anche attraverso il meccanismo di cui all'art. 35, par. 7, TUE, di fatto però, mai impiegato, e, nella misura in cui comportassero una violazione grave e sistematica dei principi di cui all'art. 6 TUE, essi potrebbero essere oggetto della procedura di cui all'art. 7 TUE, anch'essa, però, mai concretamente avviata. Ancora, una qualche incidenza delle decisioni quadro sugli ordinamenti nazionali anche nel caso di loro mancata o non corretta attuazione deriva dall'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno a quello dell'Unione sancito nella celebre pronuncia della Corte di giustizia nella causa *Pupino* (cfr. sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Raccolta*, p. I-5285 ss.; per alcuni rilievi su tale incidenza cfr. F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in questa *Rivista*, p. 157 ss., spec. p. 174; V. CANNIZZARO, M. E. BARTOLONI, *La "costituzionalizzazione" del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *DUE*, 2007, p. 471 ss., spec. p. 474 ss.; M. CONDINANZI, *Fonti del "terzo pilastro"*, cit., p. 532 s.; nonché, F. MUNARI, C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 792 ss.). Resta però invariata la conclusione esposta nel testo, per cui lo strumento ad oggi più incisivo di censura degli inadempimenti statali è quello correlato al potere di controllo riconosciuto a Commissione e Consiglio, su cui cfr. S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH, *L'évaluation dans le cadre du troisième pilier du traité sur l'Union européenne*, in A. WEYEMBERGH, S. DE BIOLLEY (dir.), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Bruxelles, 2006, p. 75 ss.; M. J. BORGERS, *Implementing Framework Decisions*, in *CML Rev.*, 2007, p. 1361 ss.

¹⁵⁰ L'estensione di tale meccanismo di tutela giurisdizionale anche alle materie di cui al terzo pilastro sembra auspicata dalla stessa Corte di giustizia nelle sentenze del 27 febbraio 2007, causa C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía e a. c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-1579 ss., e causa C-355/04 P, *Segi e a. c. Consiglio*, *ivi*, p. I-1657 ss., punto 50, dove, pur affermandosi che l'assenza di tutela giurisdizionale per far valere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione non può costituire, di per sé, un titolo di competenza autonomo in un sistema giuridico basato sul principio delle competenze di attribuzione, e concludendo quindi, alla luce del sistema attuale di tutela, per l'incompetenza del giudice comunitario a statuire, nell'ambito del terzo pilastro, sul ricorso per risarci-

giustizia un sistema (finalmente) effettivo e completo di tutela giurisdizionale. Quanto appena osservato contribuirà certamente a rafforzare la fiducia reciproca tra Stati membri e, con essa, lo spazio medesimo e, garantendosi, appunto, una più ampia possibilità di accesso alla giustizia ed una maggior tutela giudiziaria dei diritti dei singoli, si aggiungerà un ulteriore tassello al processo di integrazione europea, sulla scia, peraltro, degli auspici già espressi dal Consiglio europeo di Tampere, che evidenziava la funzionalità del rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni (nonché del ravvicinamento delle legislazioni) rispetto alla facilitazione della cooperazione tra autorità giudiziarie e della tutela dei diritti dei singoli¹⁵¹.

Abstract

Free Movement of Criminal Decisions within the European Judicial Area

The principle of mutual recognition of judgments has been depicted as a cornerstone of judicial cooperation in criminal matters by the 1999 Tampere European Council. As described by the Commission in a communication dating back to 2000, mutual recognition may take three different forms, one of which, consisting in the enforcement of criminal judgments in a State different from the one in which they have been pronounced. This is the subject of the present study. In compliance with the provisions of title VI TEU, the first concretisation of the principle, in the form that has just been indicated, occurred in 2002, with the adoption of the framework decision on the European arrest warrant. Additional framework decisions have subsequently been adopted dealing with the recognition of decisions taken in other phases of the criminal proceedings, as interim or final pronouncements or after a final judgement has been rendered. The analysis of the framework decisions that have already been adopted and of those that are currently being developed, all of which present an almost identical structure, is followed by a series of considerations relating to the codification of the principle by the Lisbon Treaty as a conventional rule. Such a step appears to favour the final establishment of a fifth freedom of movement, i.e. the free movement of judgments, thus providing for a binding legal basis for statements concerning the principle at issue that have so far been

mento del danno, contestualmente si afferma che se certamente spetta “agli Stati membri, in conformità all’art. 48 UE, riformare il sistema attualmente vigente [,] un sistema di responsabilità extracontrattuale diverso da quello istituito dai Trattati [con riguardo al terzo pilastro] è sicuramente concepibile”.

¹⁵¹ Cfr. Consiglio europeo di Tampere, conclusioni della Presidenza, cit., punto 33. Oggi, nel senso che l’“Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri” (corsivo aggiunto) cfr. l’art. 67, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell’Unione (già art. III-257, par. 1, del Trattato costituzionale).

characterised by a merely political value. The entry into force of the Reform Treaty, with the abandonment of the three-pillar structure of the European Union, is liable to reinforce the judicial protection mechanisms also in respect to the operation of this principle.

Fabio Raspadori

Il *deficit* di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni

SOMMARIO: 1. Caratteristiche generali del Parlamento europeo a fronte del problema del *deficit* di rappresentatività. – 2. Tratti comuni ed elementi di differenziazione nazionali nel sistema elettorale del Parlamento europeo. – 3. Effetti negativi legati alla presenza di collegi nazionali e sub-nazionali. – 4. La proposta di istituzione di collegi trans-nazionali e pan-europei e relativi vantaggi. – 5. Il sistema elettorale del Parlamento europeo alla luce del Trattato costituzionale e del Trattato di Lisbona.

1. Il Parlamento europeo (PE) è un soggetto centrale nel quadro delle istituzioni dell'Unione europea e, più in generale, dello stesso processo di integrazione. Esso rappresenta i cittadini degli Stati membri e in quanto tale assicura quella legittimità democratica, che secondo molti costituisce l'elemento indispensabile – sebbene ancora carente – per procedere nel cammino verso l'unificazione.

Come noto, nel corso degli anni il PE ha visto crescere notevolmente i suoi poteri. Da organo di mero ruolo consultivo esso ha acquisito, soprattutto con il Trattato di Maastricht, la posizione di co-legislatore insieme al Consiglio in tutti i casi in cui è prevista la procedura legislativa di codecisione. Tale posizione è stata poi rafforzata con il Trattato di Amsterdam e con quello di Nizza. Inoltre, in prospettiva, con Trattato di Lisbona – firmato il 13 dicembre 2007 e ancora in attesa di entrare in vigore – la procedura di codecisione diverrà procedura ordinaria e sarà applicata per l'adozione della quasi totalità dei provvedimenti legislativi della nuova Unione europea.

A quanto detto si deve aggiungere che il PE ha sviluppato significativi poteri anche in altri ambiti chiave, quali, in particolare, il bilancio e la programmazione; esso inoltre ha esteso la sua influenza pure al di fuori dell'ordinamento comunitario.

Più specificamente, a partire dagli anni '70 il PE adotta il bilancio comunitario e, in misura crescente, decide insieme al Consiglio quali siano le voci e le entità di spesa per finanziare l'azione delle istituzioni e degli organi europei; inoltre, tali attribuzioni saranno ulteriormente rafforzate con il Trattato di Lisbona. Sempre in questa materia, poi, il Parlamento controlla la Commissione europea nell'esecuzione del bilancio comunitario.

Sul piano della programmazione, il PE a partire dagli anni '90 partecipa con la Commissione europea alla predisposizione dell'agenda politica annuale, che consiste, in particolare, nella definizione di politiche legislative mediante le quali si attua e si sviluppa il processo di integrazione. Sempre dopo Maastricht, esso può anche sollecitare la Commissione a presentare specifiche proposte di atti legislativi¹.

Venendo al ruolo del PE nei settori di cooperazione dell'Unione europea – ossia la politica estera e l'azione in materia di giustizia penale e di polizia – esso sicuramente dispone di minore voce in capitolo. Ciò nonostante riesce ugualmente a condizionare le posizioni delle altre istituzioni. Questo avviene in quanto il PE, da un lato sfrutta i poteri di cui dispone in ambito comunitario, soprattutto in materia di bilancio; dall'altro lato, fa pesare l'autorevolezza che gli deriva dall'essere l'espressione “dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità”, riuscendo in alcuni casi a imporre le sue scelte.

In base a quanto detto, quindi, i sostenitori del superamento del *deficit* democratico attraverso il potenziamento del Parlamento europeo dovrebbero ritenersi soddisfatti: il PE non solo ha acquisito maggiori poteri, ma è inserito in un *trend* di rafforzamento del suo ruolo all'interno del processo di riforma dei Trattati istitutivi. In realtà, a nostro avviso, se ci si concentra sull'effettiva rappresentatività degli europarlamentari, il quadro è decisamente meno rassicurante.

Anzitutto, la natura dell'istituzione appare ancora incompiuta. Il fatto che il PE sia formato – come recita l'art. 189, par. 1 – da “rappresentati dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità” e non da “rappresentanti dei popoli europei” *tout court*, comporta, oltre a difficoltà di inquadramento sul piano teorico, anche alcuni problemi concreti, come vedremo in riferimento al sistema elettorale.

Quindi, la distanza tra cittadini e Unione europea, ritenuta da molti notevole, ha tra le sue tante cause anche lo scollamento tra europarlamentari e loro elettorato. Anzi, a nostro avviso, quest'ultimo aspetto costituisce uno dei maggiori limiti all'identificazione dei cittadini europei nel processo di integrazione. Come cercheremo di dimostrare in questo contributo, una delle ragioni principali di tale difetto – quantomeno sul piano strutturale – sta nell'attuale sistema elettorale del PE.

Per introdurre questa tematica si ritiene utile in via preliminare descrivere sommariamente le caratteristiche del sistema attraverso il quale si forma il PE.

2. Originariamente il Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE), all'art. 138, par. 3 (attuale art. 190, par. 4 TCE) prevedeva che il Parlamento europeo (allora Assemblea) elaborasse una proposta volta “a permettere l'elezione a suffragio universale diretto, secondo una procedura uniforme in tutti gli stati membri”. Sulla base di tale proposta il Consiglio, pronunciandosi all'unanimità, avrebbe quindi stabilito il sistema elettorale di cui avrebbe raccomandato

¹ In base all'art. 192, par. 2 TCE, il PE “può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto della Comunità ai fini dell'attuazione del presente trattato”.

l'adozione da parte degli Stati membri conformemente alle loro rispettive norme costituzionali².

Sebbene il Parlamento nel corso degli anni '60 e '70 abbia più volte preso iniziative in tale senso, queste hanno sempre incontrato forti resistenze in seno al Consiglio³. Solo in seguito al Vertice di Parigi del 1974 gli Stati membri hanno superato le reciproche riserve e, con la decisione 76/787, è stata disposta l'elezione a suffragio universale e diretto del Parlamento europeo⁴. Tuttavia, si trattò di un'attuazione parziale dell'art. 138, in quanto fu sì introdotta l'elezione a suffragio universale e diretto, ma non si stabilì quale fosse la procedura uniforme da seguire in tutti gli Stati. A tale riguardo, la stessa Assemblea decise che sarebbe stato il primo Parlamento europeo eletto a suffragio universale a completare l'opera⁵. In realtà si è dovuto attendere diversi anni prima di vedere realizzato – seppure in maniera incompleta – questo obiettivo.

Nel frattempo, con il Trattato di Amsterdam, nell'ex art. 138, par. 3 TCE è stata inserita una nuova opzione meno impegnativa. Ossia si prevede, come possibile alternativa alla definizione di una procedura uniforme, l'elezione del PE secondo un sistema elettorale basato soltanto su principi comuni a tutti gli Stati membri⁶. Ciò ha reso evidentemente più agevole giungere ad una soluzione che risultasse a tutti soddisfacente. Ed infatti, con la decisione del Consiglio 2002/772 del 25 giugno 2002⁷ (che ha integrato la decisione 76/787), è stato finalmente introdotto un sistema che prevede per tutti gli Stati di procedere all'elezione dei parlamentari europei attraverso scrutini basati sul principio proporzionale.

² La procedura contemplata nell'originario art. 138, par. 3 è stata modificata con il Trattato di Maastricht, con il quale si prevede che la delibera del Consiglio sia subordinata al previo parere conforme del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono.

³ R. CORBETT, F. G. JACOBS, M. SHACKLETON, *The European Parliament*, London, 2007, VII ed., p. 13 s.

⁴ Decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom dei rappresentanti degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio concernente l'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nell'Assemblea a suffragio universale diretto, *GUCE* L 278, 8 ottobre 1976, p. 1 ss. Per ciò che concerne specificamente il periodo elettorale è previsto (art. 10 della decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom) che le tornate elettorali si svolgano alla data e alle ore fissate da ciascuno Stato membro. Tuttavia, le date scelte devono necessariamente cadere entro lo stesso lasso di tempo compreso tra la mattina del giovedì e la domenica immediatamente successiva. Inoltre, ogni Stato può rendere noti i risultati delle votazioni solo dopo la chiusura dei seggi nello Stato membro dove si è votato per ultimo.

⁵ Decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom, cit.

⁶ L'art. 190, par. 4 TCE prevede che "Il Parlamento europeo elabora un progetto volto a permettere l'elezione a suffragio universale diretto, secondo una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o secondo principi comuni a tutti gli Stati membri" [la parte in corsivo è stata introdotta con in Trattato di Amsterdam].

⁷ Decisione 2002/772/CE, Euratom del Consiglio, del 25 giugno 2002 e del 23 settembre 2002, che modifica l'atto relativo all'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom, *GUCE* L 283, 21 ottobre 2002, p. 1 ss.

Il nuovo meccanismo è stato applicato per la prima volta nelle elezioni del 2004. La scelta del proporzionale appare coerente alle caratteristiche del PE e, più in generale, a quelle dello stesso ordinamento comunitario. Il sistema istituzionale dell'Unione europea, infatti, non contempla un rapporto di responsabilità politica dell'organo depositario del potere esecutivo rispetto a quello che esercita la funzione legislativa. Di conseguenza, la presenza in Parlamento di schieramenti politici che facilitino la formazione di esecutivi stabili è un problema che non si pone. Più importante è invece l'effettiva rappresentatività degli orientamenti politici presenti negli Stati membri. Aspetto questo che è meglio assicurato da sistemi elettorali basati sul principio proporzionale.

Oltre allo scrutinio universale e diretto e al principio proporzionale, un altro importato tratto comune delle elezioni del PE riguarda l'elettorato attivo e passivo. Come noto, infatti, in forza della cittadinanza europea (istituita con il Trattato di Maastricht) ogni cittadino degli Stati membri può votare o candidarsi in un Paese dell'Unione di cui non possiede la nazionalità, purché vi risieda da un certo periodo di tempo⁸ (art. 19 TCE).

In realtà, nonostante quanto fin qui detto in merito ai tratti comuni delle elezioni del PE, la normativa europea – in particolare la decisione 2002/772 – consente il mantenimento di numerosi elementi di differenziazione tra i sistemi elettorali nazionali. Anzitutto, è ammessa la presenza di una certa percentuale di seggi attribuiti secondo criteri maggioritari. Tale concessione è stato il prezzo da pagare per ottenere l'assenso del Regno Unito, unico Paese membro che prima del 2002 ancora manteneva il sistema maggioritario nelle elezioni europee. La decisione, quindi, prevede espressamente che gli Stati membri possano decidere in maniera autonoma su altri rilevanti aspetti, quali: la definizione di collegi elettorali nazionali o sub-nazionali, la possibilità di esprimere o meno preferenze all'interno delle liste elettorali, la soglia di sbarramento opzionale entro il tetto massimo del 5%, la fissazione di criteri per l'assegnazione di seggi vacanti e l'ammissibilità di quote riservate a comunità e aree regionali.

Anche in merito alle cause di incompatibilità il regime europeo permette agli Stati di conservare alcune specificità. In verità, la decisione 2002/772 ha aggiunto nuove condizioni da applicare in tutti gli Stati membri. In particolare è stata introdotta, a partire dal 2004, l'incompatibilità con cariche dell'Unione che

⁸ Le modalità di esercizio del diritto di elettorato attivo e passivo al Parlamento europeo, da parte di un cittadino di uno Stato membro che non possiede la nazionalità dello Stato nel quale risiede, sono disciplinate dalle normative dello Stato di residenza che, tuttavia, devono essere conformi alla direttiva 93/109/CE del Consiglio del 6 dicembre 1993, relativa alle modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non sono cittadini, *GUCE L* 329, 30 dicembre 1993, p. 34. La direttiva prevede alcune limitate deroghe ed eccezioni alla perfetta corrispondenza nel trattamento riservato ai cittadini nazionali e a quelli di altri Stati membri, in particolare queste riguardano le modalità di registrazione alle liste elettorali.

non esistevano nel 1976⁹. Ma soprattutto la decisione del 2002 ha disposto l'incompatibilità con lo *status* di deputato nazionale¹⁰. Resta ferma, tuttavia, la possibilità per gli Stati di introdurre ulteriori condizioni di incompatibilità (art. 7, par. 3 decisione 2002/772), a patto di non pregiudicare il carattere proporzionale del voto. Così in Italia, con la legge 78 e la legge 90 del 2004, è stata estesa l'incompatibilità (oltre che ai deputati ed ai senatori della Repubblica) ai consiglieri regionali, ai presidenti delle Province ed ai sindaci di Comuni con più di 15.000 abitanti (condizioni che si aggiungono a quelle di presidente della Giunta regionale e di assessore regionale, già previste come incompatibili in base alla legge n. 18 del 1979).

Dalla breve illustrazione svolta, quindi, risulta chiaro che gli elementi di differenziazione su base nazionale sono nettamente prevalenti rispetto ai principi ed alle condizioni comuni. Sostanzialmente, i punti fermi del sistema elettorale europeo si limitano: ai caratteri universale, diretto e libero degli scrutini; alla presenza di una forte connotazione proporzionale del voto; ad alcune condizioni di incompatibilità; all'indizione delle consultazioni nel corso della medesima settimana. Per ciò che riguarda l'elettorato attivo e passivo, si tratta di un aspetto del tutto ininfluenza, visto lo scarsissimo ricorso che ad esso si è fatto fino ad oggi¹¹. Tutto il resto è lasciato alla piena discrezionalità dei Paesi membri.

Infatti, oltre alle numerose opzioni discrezionali lasciate agli Stati dal regime comune europeo e di cui si è dato conto, vi sono ulteriori aspetti di fondamentale importanza che risultano del tutto privi di una disciplina europea. Così, restano soggetti alla sola normativa statale questioni quali: i requisiti per la presentazione delle candidature, le regole sullo svolgimento della campagna elettorale, ed il ruolo riservato ai partiti politici¹².

Se a questa ampia discrezionalità concessa agli Stati si aggiunge la scarsa conoscenza del pubblico sull'Unione europea e l'assenza di veri partiti politici europei, non c'è da meravigliarsi se le tornate elettorali per il PE si trasformano

⁹ Nell'art. 7, par. 1 della decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom, alle incompatibilità previste originariamente, la decisione del 2002 ha aggiunto quelle relative: ai giudici del Tribunale di primo grado, ai membri del Comitato esecutivo della Banca centrale europea, al Mediatore europeo, ai membri del Comitato delle Regioni.

¹⁰ L'art. 7, par. 2 della decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom, come modificato dalla decisione 2002/772, dispone che a partire dalle elezioni del 2004 "la carica di membro del Parlamento [europeo] è incompatibile con quella di membro del parlamento nazionale".

¹¹ Si veda quanto riportato in L. BARDI, P. IGNAZI, *Il Parlamento europeo*, Bologna, 2004.

¹² Unica eccezione riguarda i partiti politici a livello europeo contemplati nell'art. 191 TCE e rispetto ai quali si applica quanto disposto dal regolamento (CE) n. 2004/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici a livello europeo, *GUUE* L 297, 15 novembre 2003, p. 1 ss. (modificato dal regolamento (CE) n. 1524/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2007, recante modifica del Regolamento 2004/2003 relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici a livello europeo, *GUUE* L 343, 27 dicembre 2007). Allo stato attuale, tuttavia, come per l'elettorato attivo e passivo connesso alla cittadinanza europea, anche il ruolo esercitato dai partiti politici europei è del tutto ininfluenza nella vita politica dell'Unione.

costantemente in verifiche di medio termine sugli equilibri di forza all'interno del quadro politico nazionale.

In questo contesto di generale “debolezza” della regolamentazione comune, a nostro avviso vi è un elemento che più degli altri impedisce alle elezioni del PE di presentarsi come una vera consultazione popolare su candidati e progetti europei. Tale elemento consiste nel fatto che i collegi elettorali, in base all'attuale sistema, corrispondono necessariamente a circoscrizioni nazionali o sub-nazionali, mentre è esclusa la presenza di circoscrizioni trans-nazionali (ossia corrispondenti a territori di più Stati membri) o pan-europee (estese a tutto il territorio dell'Unione).

3. Come si è detto, in base a quanto previsto nell'art. 2 della decisione 76/787, ogni Stato membro, tenendo conto delle sue specificità, può decidere di costituire una sola circoscrizione nazionale o più circoscrizioni su base regionale. L'unica condizione è il rispetto del carattere proporzionale del voto. Nelle elezioni del 2004 su 25 Stati membri, 19 si sono presentati con un unico collegio nazionale¹³, mentre solo 6 hanno optato per più collegi sub-nazionali¹⁴. In generale, si ritiene che le circoscrizioni regionali o sub-nazionali favoriscano – almeno per gli Stati più popolosi – un rapporto più diretto tra elettori e candidati¹⁵. Ed in questo senso il PE ha spinto perché negli Stati con popolazione superiore a 20 milioni di abitanti fossero costituite più circoscrizioni sub-nazionali. Tale posizione, però, non è stata condivisa dal Consiglio che, infatti, nella decisione 2002/772 ha lasciato, al riguardo, piena discrezionalità agli Stati¹⁶. A nostro avviso, tuttavia, non basta la ripartizione in più collegi a superare lo scarso livello di identificazione che i cittadini europei hanno con i propri rappresentanti all'Assemblea di Strasburgo.

Il problema sta nel fatto che con le circoscrizioni attuali – anche sub-statali – i partiti nazionali sono spinti a confrontarsi tra loro solo su questioni di rilievo

¹³ Ossia: l'Austria, Cipro, la Danimarca, l'Estonia, la Finlandia, la Germania, la Grecia, la Lettonia, la Lituania, il Lussemburgo, Malta, i Paesi Bassi, il Portogallo, la Slovacchia, la Slovenia, la Spagna, la Svezia, la Repubblica Ceca e l'Ungheria.

¹⁴ Questi sono: il Belgio, la Francia, l'Irlanda, l'Italia, la Polonia ed il Regno Unito.

¹⁵ In questo senso si è espresso recentemente Virgilio Dastoli (Direttore della Rappresentanza della Commissione europea in Italia) secondo il quale: “La legittimità sostanziale del Parlamento europeo e dei suoi membri sarebbe certo rafforzata se si procedesse, nel quadro della procedura uniforme prevista dal Trattato di Maastricht ma mai adottata dal Consiglio nonostante le numerose proposte del Parlamento europeo, ad una ripartizione del territorio degli Stati membri in suddivisioni elettorali capaci di avvicinare gli eletti agli elettori e di rendere più visibile il loro lavoro politico”. Così V. DASTOLI, *In Italia è iniziata la campagna elettorale... Giugno 2009: elezioni del Parlamento europeo*, 8 maggio 2008, reperibile *on line* all'indirizzo ec.europa.eu.

¹⁶ Un elemento che ha spinto numerosi Paesi a mantenere un unico collegio nazionale sta nel fatto che per i partiti piccoli o di media grandezza è più facile avere dei rappresentanti nel PE se essi hanno la possibilità di computare voti su scala nazionale. In questo modo anche una percentuale sotto il 10% può assicurare un certo numero di eletti, mentre ciò è più difficile che si verifichi in presenza di circoscrizioni più piccole. Si veda sul punto quanto riportato in R. CORBETT, F. JACOBS, M. SHACKLETON, *op. cit.*, p. 18 s.

e presa interna¹⁷. Paradossalmente, infatti, sarebbe controproducente per un qualsiasi partito politico o singolo candidato impostare la propria campagna su questioni europee. Ciò per due ragioni. La prima consiste nella già ricordata scarsa conoscenza che i cittadini europei hanno dell'Unione e dei suoi meccanismi decisionali. Parlare di direttive, di procedure di infrazione, di comunicazioni della Commissione, se non di PESC e GAI, vuol dire ancora oggi – nonostante più di 50 anni di integrazione – utilizzare un lessico per iniziati. Ossia quanto di più sbagliato possa fare chi intende conquistare attenzione e sostegno da parte di un ampio elettorato.

La seconda ragione sta nel fatto che un candidato deve convincere della bontà delle sue idee un elettorato fatto esclusivamente di propri connazionali, vista la scarsissima presenza su tutto il territorio dell'Unione di cittadini europei privi della nazionalità dello Stato in cui votano. Conseguentemente, le argomentazioni e gli slogan impiegati in campagna elettorale saranno rivolti tutti a vantaggio di concittadini-elettori, interessati e sensibili a questioni e tematiche nazionali e non europee.

Tenuto conto di queste due ragioni, ne deriva che temi ad alto contenuto "europeo", quali, tra gli altri: l'Euro, il rispetto dei requisiti del Patto di stabilità e crescita, la solidarietà con regioni europee in *deficit* di sviluppo, il rafforzamento di discipline comuni in materia di ambiente, energia, trasporti, appaiono difficili da trattare durante le campagne elettorali per il PE.

Questa situazione comporta diversi effetti negativi per il processo di integrazione. Il primo è la presenza tra le file del PE di un buon numero di eurodeputati che sono "catapultati" a Strasburgo per ragioni che non hanno molto a che vedere con il loro genuino interesse per questioni europee¹⁸. Quindi, gli elettori, di fronte a campagne che solo in via marginale trattano di temi legati all'Unione europea, sono portati a ritenere che le istituzioni di Bruxelles siano effettivamente distanti e poco rilevanti.

Un terzo effetto negativo consiste nel fatto che le campagne elettorali europee, avendo un carattere essenzialmente nazionale, non riescono ad assolvere a quel ruolo promozionale di idee e di identità europeiste che invece sarebbe alla loro portata. Tramite esse, infatti, il grande pubblico è condotto – almeno una volta ogni 5 anni – ad occuparsi e a pronunciarsi in massa sull'Unione. Se però – come accade – partiti politici, mass-media e *opinion-makers* gareggiano nel riportare il confronto il più possibile su problemi di rilievo interno, le euro-elezioni sono l'ennesima occasione mancata per avvicinare i cittadini all'Europa.

Infine, la presenza di europarlamentari eletti solo da loro connazionali rafforza, anche in riferimento al PE, l'idea di un'Europa fatta di interessi nazionali e, conseguentemente, indebolisce quella di un'Europa degli interessi comuni.

¹⁷ Si vedano sul punto D. PASQUINUCCI, L. VERZICHELLI, *Elezioni europee e classe politica sovranazionale 1979-2004*, Bologna, 2004 e H. SCHMITT, *The European Parliament Elections of June 2004: Still Second-Order?*, in *West European Politics*, 2005, p. 650 ss.

¹⁸ Si veda quanto sostenuto da Corbett in R. CORBETT, F. G. JACOBS, M. SHACKLETON, *op. cit.*, p. 48 s.

4. Un giudizio critico sul sistema elettorale europeo basato solo su collegi nazionali è condiviso d'altronde dallo stesso Parlamento di Strasburgo in un Rapporto presentato nel 1998, nel corso di uno dei numerosi tentativi di dare piena attuazione all'art. 190, par. 4 TCE.

In particolare, tale posizione è espressa nella Relazione presentata dall'on. Georgios Anastassopoulos il 2 giugno 1998 alla Commissione affari istituzionali del PE. Il Relatore avanza l'idea di istituire delle circoscrizioni trans-nazionali¹⁹. A suo avviso tale innovazione favorirebbe una maggiore consapevolezza nell'elettorato della presenza di una dimensione politica europea. Inoltre, contribuirebbe a formare veri partiti politici europei, composti da candidati al PE che, per essere eletti da cittadini di diversi Paesi, dovrebbero "necessariamente" definire programmi elettorali di dimensione e contenuti europei²⁰. Conseguentemente, nell'art. 7 della Proposta di decisione allegata alla Relazione, si prevede l'introduzione di una quota del 10% dei seggi del PE riservata ad una circoscrizione elettorale corrispondente all'intero territorio dell'Unione²¹. Tale circoscrizione, tuttavia, sarebbe dovuta divenire operativa solo a partire dalle elezioni del 2009 ed in base a quanto previsto in una decisione che il Consiglio dei ministri avrebbe dovuto adottare all'unanimità su proposta e con l'approvazione del PE²². In termini generali il Relatore aggiunge anche che l'introduzione di un collegio transnazionale, ritenuto un tempo utopico, consentirebbe alle campagne elettorali europee di essere meno concentrate su tematiche nazionali.

Al contempo, però, il PE è consapevole delle difficoltà giuridiche che si frappongono alla realizzazione di tale progetto. Nello specifico, nella Relazione si evidenzia il problema costituito dall'art. 189, par. 1 TCE, nel quale si afferma che il PE "è composto da rappresentanti dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità". Espressione questa che sembra sbarrare la strada a deputati eletti dal popolo europeo. Sul punto, d'altronde, era stato chiesto un parere al Servizio legale del PE, che, come si dirà tra breve, aveva espresso forti dubbi sulla pos-

¹⁹ Committee on Institutional Affairs, Rapporteur Mr. Georgios Anastassopoulos, *Report on a Proposal for an Electoral Procedure Incorporating Common Principles for the Election of Members of the European Parliament*, 2 June 1998, A4-0212/98.

²⁰ Al punto 4 dei "considerando" del Rapporto si afferma: "Considers that, with a view to a European political awareness and the development of European political parties, a certain percentage of seats should be distributed on a proportional basis within a single constituency formed by the territory of the Member States".

²¹ In una prima versione il Relatore aveva proposto una percentuale del 20% del totale dei seggi riservata al collegio su scala europea (si veda quanto riportato in Legal Service of the European Parliament, *Electoral Procedure - Single Territorial Constituency - Compatibility with the Treaty*, SJ - 28/98, HK/am Strasbourg, 19 February 1998)

²² Nell'art. 7 della Proposta di decisione è disposto: "Ten per cent of the total number of seats within the European Parliament shall be filled by means of list-based proportional representation relating to a single constituency comprising the territory of the European Union Member States with effect from the European elections to be held in 2009. The implementing provisions shall be adopted by 1 January 2008 on a proposal from the European Parliament by the Council acting unanimously, following receipt of Parliament's assent".

sibilità di creare una circoscrizione elettorale trans-nazionale prima di aver modificato convenientemente il Trattato istitutivo. Ciò nonostante, il PE approvò ugualmente la relazione Anastassopoulos e il 15 luglio 1998 presentò la proposta di decisione al Consiglio, che conteneva la previsione di un collegio trans-nazionale per eleggere il 10% dei deputati europei. Tuttavia, nella decisione del giugno 2002, con la quale il Consiglio finalmente ha modificato il sistema elettorale del PE, non è contemplato il collegio transnazionale.

Come si è accennato, di speciale interesse per il tema da noi trattato è quanto sostenuto dal Servizio legale nel parere richiesto dalla Commissione affari istituzioni del PE. Nel parere²³, reso nel febbraio 1998, in primo luogo si ricorda che parte della dottrina esclude la possibilità di creare collegi elettorali corrispondenti all'intero territorio dell'Unione, in quanto tale sistema è ritenuto contrario al Trattato istitutivo²⁴. Più specificamente, il fatto che il TCE preveda – sia nell'art. 189, par. 1, che nel successivo art. 190, par. 1 – che il PE sia formato “dai popoli degli Stati riuniti nella Comunità”, impedirebbe di considerare esistente un presunto popolo europeo. Inoltre, anche il successivo art. 190, par. 2 richiama la natura inter-statale del PE. In esso infatti è disposto che nel caso si dovesse giungere ad una modifica del numero dei parlamentari europei, occorrerebbe “garantire un'adeguata rappresentanza dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità”. Tali disposizioni – sempre secondo la dottrina richiamata dal Servizio legale del PE – dimostrerebbero che la composizione e la natura stessa del PE sono indissolubilmente legate alla presenza dei rappresentati degli Stati membri. In senso favorevole a tali posizioni, nel parere si ricorda che la delegazione tedesca, in occasione della Conferenza intergovernativa di Maastricht, avanzò la proposta di sostituire nel TCE l'espressione “popoli degli Stati” con quella “popoli europei”. Tale modifica, però, non venne introdotta²⁵.

Il Servizio legale del PE, tuttavia, condivide solo in parte le posizioni critiche della dottrina. A suo avviso, infatti, il quadro risulta incompleto se non si tiene conto di due innovazioni apportate ancora una volta dal Trattato di Maastricht.

La prima è l'istituzione della cittadinanza europea, che come ricordato, in forza dell'art. 19, par. 2 TCE, consente ai cittadini europei di esercitare diritti di elettorato attivo e passivo in qualsiasi Paese dell'Unione, anche se non ne possiedono la nazionalità. Si tratta in realtà di una capacità limitata, perché subordinata alla residenza nel Paese in cui si intende esercitare tali diritti. Quindi, il voto è sempre posto in collegamento con uno Stato specifico. Ciò nonostante l'elettore europeo può prescindere dalla sua nazionalità nel momento in cui vota e, di conseguenza, lo stretto collegamento tra PE e popoli degli Stati risulta affievolito.

²³ Legal Service of the European Parliament, *Electoral Procedure*, cit.

²⁴ Nel parere si citano i seguenti autori M. HAAG, R. BIEBER, *Article 137, first paragraph et seq.*, in H. GROEBEN, J. THIESING (Hrsg.) *Kommentar zum EU-EG-Vertrag*, Baden-Baden, 1997, V. ed.; V. CONSTANTINESCO, *Article 137, second paragraph*, in V. CONSTANTINESCO, J. P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, 1992.

²⁵ Si veda al riguardo J. CLOOS, G. REINISCH, D. VIGNES, J. WEYLAND, *The Maastricht Treaty*, Brussels, 1993, p. 367.

La seconda novità apportata da Maastricht è contenuta nell'art. 191 TCE sui partiti politici a livello europeo. Questi sono visti come lo strumento per formare una coscienza europea, e – soprattutto, per ciò che più ci interessa – per “esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione”. Anche in questa disposizione, quindi si prescinde dal rapporto tra cittadini e Stati membri e si guarda direttamente alla relazione che lega – o meglio dovrebbe legare – i cittadini all'Unione europea.

Ad avviso del Servizio legale, però, sia la previsione sulla cittadinanza europea sia quella sui partiti politici costituiscono delle eccezioni. Esse, in particolare, non modificano la struttura portante delle elezioni del PE, che sono strettamente collegate agli Stati membri. Tali elementi tuttavia aprono una breccia, nel senso che indicano un possibile sviluppo verso un rapporto diretto tra PE e popolo dell'Unione. Sempre secondo il Servizio legale, questo passo per compiersi pienamente deve tradursi in una modifica formale dei Trattati istitutivi, in particolare degli articoli 189 e 190 TCE. La sola decisione con la quale si dà attuazione all'art. 190, par. 4 sulle elezioni del PE non è reputata un'adeguata base giuridica per l'introduzione del collegio trans-europeo²⁶.

Anche alla luce di tali considerazioni, quindi, non deve meravigliare che le aperture contenute nella Relazione Anastassopoulos non hanno avuto alcun riscontro nella decisione 2002/772.

5. La situazione è notevolmente mutata – favorevolmente per il collegio trans-europeo – con il Trattato costituzionale (TC) prima, e con il Trattato di Lisbona (TL) poi²⁷. Anzitutto, gli attuali articoli 189 e 190 TCE sono confluiti in un nuovo ed unico articolo (I-20 TC, 9 A, 2° comma TL), dove scompare il riferimento “ai popoli degli Stati riuniti nella Comunità”. Nella nuova versione, infatti, il PE si appropria finalmente del suo popolo, in quanto si prevede che l'Assemblea di Strasburgo sia composta “di rappresentanti dei cittadini dell'Unione”.

Il legame tra cittadini e Unione è confermato anche in merito alle modifiche che eventualmente sarà necessario apportare al numero dei seggi del PE. A tale riguardo, infatti, è eliminato il riferimento ai rappresentanti eletti “in ciascuno

²⁶ Nelle conclusioni del parere, il Servizio legale del Parlamento afferma infatti: “As the existence of Articles 19 and 191 (currently Articles 8b and 138a) of the EC Treaty shows, representation of the peoples of the Community which crosses State frontiers is possible, and is not alien to the principles of the Treaty. To achieve this, however, a modification of Articles 189 and 190 of the EC Treaty (Treaty of Amsterdam version) will be needed, using the procedure provided for in Article N of the Treaty on European Union (Article 48 of the new version of the Treaty on European Union)”.

²⁷ È noto che buona parte dei contenuti del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e “bocciato” dai *referendum* francese e olandese della primavera 2005, è confluita nel cosiddetto Trattato di Lisbona, firmato nell'omonima capitale lusitana il 13 dicembre 2007. In particolare, come si evidenzia in questo contributo, in merito alla natura del PE e alla sua procedura elettorale i testi dei due atti corrispondono perfettamente. Si veda al riguardo J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.

stato membro” (art. 190, par. 2 TCE), sostituito dal richiamo ai “rappresentanti dei cittadini dell’Unione”²⁸.

Sul punto si torna poi in maniera particolarmente significativa nel titolo dedicato alla cosiddetta democrazia rappresentativa (art. I-46 TC e 8A TL). Qui, al fine di chiarire quale interesse rappresenti il PE rispetto alle altre istruzioni²⁹, si afferma: “I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell’Unione, nel Parlamento europeo”.

Questa svolta nel diritto primario dell’Unione apporta, quindi, quelle innovazioni che ad avviso del Servizio legale del PE erano indispensabili per introdurre il collegio trans-nazionale. Così, sull’onda di tali aperture il PE ha proposto – durante i lavori della Convenzione europea³⁰ e con il sostegno della Commissione³¹ – di superare il limite delle circoscrizioni elettorali nazionali e di introdurre finalmente una quota di seggi pan-europei. Tuttavia, anche questa volta non si è riusciti a cogliere nel segno. L’attuale art. 190, par. 4 ha subito, infatti, solo delle modifiche di mero *restyling*. Nella nuova versione contenuta nel TL si conferma che l’elezione dei membri del PE deve avvenire “secondo una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o secondo principi comuni a tutti gli Stati membri”³². Si confermano così quegli elementi di forte discrezionalità a vantaggio degli Stati membri, sui cui limiti abbiamo detto in precedenza.

A questo punto, però, non si frappongono più impedimenti giuridici all’introduzione di una circoscrizione pan-europea. Non appena le modifiche del TL entreranno in vigore non ci sarà bisogno di una nuova revisione dei Trattati istitutivi per introdurre collegi trans-nazionali. Basterà un nuovo atto dell’Unione per modificare ulteriormente la decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom, conformemente a quanto proposto nella Relazione Anastassopoulos. Anzi, alla luce delle rilevanti novità contenute nel TC e confermate nel TL, l’introduzione del collegio trans-

²⁸ Nella comune versione degli articoli I-20 TC e 9 A, 2° comma TL è previsto: “Il Parlamento europeo è composto di *rappresentanti dei cittadini dell’Unione*. Il loro numero non può essere superiore a settecentocinquanta, più il presidente” (corsivo aggiunto).

L’attuale art. 190, paragrafi 1 e 2 prevede: “I rappresentanti, al Parlamento europeo, dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità sono eletti a suffragio universale diretto. [segue al par. 2 l’elenco dei Paesi membri e relativi seggi]. In caso di modifiche del presente paragrafo, il *numero dei rappresentanti eletti in ciascuno Stato membro* deve garantire un’adeguata rappresentanza dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità” (corsivo aggiunto).

²⁹ Rispetto agli Stati si prevede che questi “sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini”.

³⁰ Si veda al riguardo European Convention, Document of the Praesidium, *The Functioning of the Institutions*, CONV 477/03, 10 January 2003, punto 9.

³¹ Commissione delle Comunità europee, comunicazione relativa all’Unione europea – Pace, Libertà e Solidarietà, Comunicazione in tema di architettura istituzionale, COM(2002)728 def., del 4 dicembre 2002, p. 16 ss.

³² L’unica differenza introdotta nel nuovo art. 190 dal TL riguarda la prima parte del par. 4. I termini “(...) volto a permettere l’elezione a suffragio universale diretto (...)” sono sostituiti da “(...) volto a stabilire le disposizioni necessarie per permettere l’elezione dei suoi membri a suffragio universale diretto (...)”.

europeo appare un naturale e “dovuto” adeguamento al nuovo rapporto che lega direttamente, per ora solo sul piano formale, i cittadini europei alla nuova Unione.

Certo, è probabile che sia sul piano giuridico che su quello politico si incontrino delle difficoltà. Sarà necessario stabilire l'estensione del collegio, ossia chiarire se questo debba corrispondere all'intero territorio dell'Unione o a circoscrizioni trans-regionali. Quindi, occorrerà definire la quota di deputati da eleggere secondo il nuovo meccanismo. Poi, soprattutto, è indispensabile pensare ad adeguati strumenti che consentano ai candidati di svolgere efficaci campagne elettorali in collegi plurilingue. Tutti aspetti che – seguendo la proposta Anastassopoulos – dovrebbero essere risolti dal Consiglio su proposta del PE.

È evidente che non sarà un compito facile; resta però la straordinaria importanza di giungere al risultato finale. Ossia ad un nuovo meccanismo in grado di scuotere dalle fondamenta il pigro ed inadeguato sistema basato sulle procedure elettorali nazionali prestate all'Europa per eleggere il PE. Sistema i cui limiti sono sotto gli occhi di tutti ad ogni tornata elettorale e che, come si è cercato di dimostrare, costituisce una zavorra che impedisce al processo di integrazione di avanzare sul piano più importante: quello dell'effettiva partecipazione dei cittadini europei ai processi politici dell'Unione.

Abstract

Deficit of Representation of the European Parliament: Shortcomings and Solutions

The European Parliament has a central role within the framework of the European Union's Institutions and in the integration process itself. The Strasbourg Assembly has gained new powers over the years, as well as it has benefited from a reinforcement trend within the fundamental Treaties reform process. But, if we concentrate on the effective representativeness of the Euro-deputies, the picture is surely less reassuring.

The distance between the citizens and the European Parliament has one of its main causes in the European Parliament electoral system that gives so many discretionary powers to the Member States. These latter in fact can decide numerous aspects regarding the national electoral procedures, in particular they can establish one national electoral district, or more of them at regional levels, to elect the group of their national Euro-deputies. Furthermore, taking into account the European electoral system, the elements of differentiation between the national systems appear clearly prevalent in respect of the principles and conditions that they have in common.

An effective solution to face this shortcoming could be the introduction of trans-national or pan-European constituencies. In particular, it would contribute to create a real European political arena. This innovation – that so far has always been rejected by the Council – will be reached more easily with the adoption of the Lisbon Treaty.

La protezione diplomatica nell'Unione europea: un esempio di evoluzione delle norme internazionali in materia

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La protezione diplomatica nel Trattato sull'Unione europea e nella normativa derivata. – 3. L'evoluzione della protezione diplomatica e consolare nelle intenzioni delle Istituzioni europee. – 4. Il Libro verde sulla protezione diplomatica e consolare dei cittadini dell'Unione nei Paesi terzi. – 5. Il piano d'azione "Per un'efficace tutela consolare nei Paesi terzi: il contributo dell'Unione europea" 2007-2009. – 6. La protezione diplomatica esercitata dalla Comunità nell'ambito degli accordi di pesca. – 7. Importanza della prassi dell'Unione europea per evidenziare l'evoluzione delle regole in materia di protezione diplomatica.

1. La prassi determinatasi nell'Unione europea con riferimento alla protezione diplomatica e consolare dei cittadini europei può costituire un elemento utile per verificare se l'istituto della protezione diplomatica è in fase evolutiva prospettandosi l'esistenza o la progressiva affermazione di nuove regole in materia. La presunta evoluzione del regime giuridico dell'istituto della protezione diplomatica, fondato, come è noto, sul diritto internazionale consuetudinario, ma suscettibile di deroghe stabilite convenzionalmente¹, appare essere la conseguenza della nuova posizione assunta dall'individuo nell'ordinamento internazionale a seguito degli importanti sviluppi normativi intervenuti nell'ambito della tutela internazionale dei diritti dell'uomo².

L'argomento assume particolare interesse posto che l'istituto della protezione diplomatica è stato oggetto di studio della Commissione di diritto internazionale sin dal 2000 ed ha portato la stessa ad adottare nel 2006, nella sua 58^a

¹ Cfr. L. CONDORELLI, *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application*, in *RDI*, 2003, p. 10.

² Con particolare riferimento agli effetti che l'evoluzione del sistema dei diritti umani ha prodotto sull'istituto della protezione diplomatica, cfr. J. F. FLAUSS, *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique*, in J. F. FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, 2003, p. 29 ss.; G. GAJA, *Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique*, *ivi*, p. 63 ss.; P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *RDI*, 2006, p. 68 ss.

sessione, in seconda lettura, un progetto di articoli sulla protezione diplomatica delle persone fisiche e delle persone giuridiche che, oltre a codificare le norme di diritto internazionale generale esistenti in materia, introduce alcuni interessanti profili innovativi³.

Le novità che la prassi dell'Unione europea sembra introdurre in tema di protezione diplomatica riguardano in particolare la rilevanza della cittadinanza quale presupposto essenziale per l'azione in protezione diplomatica da parte degli Stati, con la conseguente riduzione del principio dell'esclusività dell'intervento dello Stato nazionale; nonché l'attenuazione del criterio della discrezionalità dell'intervento in protezione al fine di conseguire un'effettiva tutela dei diritti e degli interessi individuali.

Nelle pagine che seguono analizzeremo la disciplina comunitaria in materia di protezione diplomatica e consolare dei cittadini europei così come prevista nel Trattato CE e nella normativa di attuazione, nonché nei più recenti strumenti programmatici elaborati dalle istituzioni europee. Sarà opportuno considerare, inoltre, l'orientamento giurisprudenziale comunitario che da tempo ritiene legittimo l'intervento della Comunità a tutela dei cittadini degli Stati membri in ambiti ben definiti, se si vuole di competenza esclusiva. Il riferimento è, in particolare, alla politica della pesca nell'ambito della quale la Comunità ha stipulato numerosi accordi internazionali con Stati terzi in cui espressamente si prevede la possibilità della Commissione di agire in caso di lesione degli interessi dei pescatori comunitari.

2. Come è noto il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992⁴ introducendo la nozione di cittadinanza dell'Unione ha ricondotto ad essa una serie di diritti garantiti al cittadino europeo⁵. Tra questi l'art. 20 TCE, nell'intento di assicurare una proiezione esterna alla cittadinanza europea, dispone: "Ogni cittadino dell'Unione gode, nel territorio di un Paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato. Gli Stati membri stabiliscono tra loro le disposizioni necessarie ed avviano i negoziati internazionali richiesti per garantire tale tutela"⁶.

³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, 61ème session, Suppl. n. 10, A/61/10*. Sul progetto di articoli v. l'attenta analisi di L. PANELLA, *Il progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica: codificazione e sviluppo del diritto internazionale*, in *RCGI*, 2008, n. 28, p. 54 ss.

⁴ Entrato in vigore il 1° novembre 1993.

⁵ Secondo l'art. 17 TCE: "È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente Trattato".

⁶ Su questo aspetto della cittadinanza europea cfr. in particolare, C. JIMÉNEZ PIERNAS, *La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea*, in *Rev. Inst. Eur.*, 1993, p. 9 ss.; v. anche il commento all'art. 20 TCE, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della*

La disposizione appare molto più riduttiva rispetto alla proposta presentata inizialmente dal Governo spagnolo e recepita anche nelle indicazioni redazionali del Parlamento europeo e della Commissione⁷. Le une e le altre erano infatti molto più audaci prevedendo a favore del cittadino una protezione non condizionata dell'Unione e degli Stati membri nei Paesi terzi⁸.

Cosciente delle difficoltà che una norma così formulata avrebbe determinato, data la mancanza di personalità giuridica dell'Unione, la necessità di stabilire chi sarebbe dovuto intervenire a tutela del cittadino e non ultima l'indispensabile accettazione da parte degli Stati terzi la cui pratica era ed è ancora nel senso di accettare la protezione soltanto da parte dello Stato di cittadinanza e non da parte delle organizzazioni internazionali⁹, la Conferenza intergovernativa sull'Unione politica e il Trattato successivamente adottato a Maastricht hanno optato per una soluzione più semplice e già conosciuta nella prassi delle relazioni diplomatiche e consolari¹⁰, in quanto previste nella Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 18 aprile 1961¹¹ e in quella sulle relazioni consolari del 24 aprile 1963¹². Tale soluzione può identificarsi con quella della "protezione diplomatica delegata" comunque sottoposta al consenso dello Stato terzo¹³.

Non si tratta quindi, in questo caso, di una protezione esercitata dall'Unione in quanto tale, ma, come ampiamente riconosciuto dalla dottrina, di una protezione reciproca¹⁴ che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare ai cittadini

Comunità e dell'Unione europea, Padova, 2001, p. 20 ss.; M. CONDINANZI, *Art. 20 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 262 ss. L'argomento è inoltre trattato in quasi tutti gli scritti che si occupano di cittadinanza europea, v., tra i molti, R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *RDI*, 1992, p. 622 ss.; C. CLOSA, *The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union*, in *CML Rev.*, 1992, p. 1137 ss.; R. KOVAR, D. SIMON, *La citoyenneté européenne*, in *CDE*, 1993, p. 285; V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; B. NASCIMBENE, *Profili della cittadinanza dell'Unione europea*, in *RIDU*, 1995, p. 246 ss.; M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *EG*, vol. VI, Aggiornamento, 1995; U. VILLANI, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, Bari, 1995, p. 1001 ss.; E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 435 ss.

⁷ U. VILLANI, *op. cit.*, p. 1032.

⁸ La norma proposta dalla Commissione era così formulata: "Ogni cittadino dell'Unione beneficia nel territorio dei Paesi terzi della tutela dell'Unione nonché di quella di ogni Stato membro a parità di condizioni rispetto ai cittadini dello Stato membro stesso". La prima e la seconda proposta spagnola sono analizzate da C. JIMÉNEZ PIERNAS, *op. cit.*, p. 18 ss.

⁹ Diversa è la possibilità della Comunità di agire in protezione diplomatica a tutela di interessi propri della Comunità, come avviene nel caso di comportamenti di Stati terzi in danno a funzionari comunitari, similmente a quanto accade per le altre organizzazioni internazionali (c.d. protezione funzionale).

¹⁰ Cfr. C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea. Verso una Costituzione europea*, Torino, 2004, p. 148.

¹¹ Articoli 45, lett. c) e 46 della Convenzione sulle relazioni diplomatiche.

¹² Art. 27, lett. c), della Convenzione sulle relazioni consolari.

¹³ Cfr. C. CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993, p. 84; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 1033.

¹⁴ Cfr. R. ADAM, *op. cit.*, p. 650.

europei non rappresentati nei Paesi terzi e che in funzione del fondamentale principio generale della non discriminazione in ragione della nazionalità, proprio dell'Unione europea, deve corrispondere a quella garantita ai propri cittadini. La suddetta protezione pur essendo configurata come una situazione giuridica soggettiva in capo ai cittadini europei resta comunque condizionata alla stipulazione di accordi fra gli Stati membri e tra questi e lo Stato terzo sul cui territorio il cittadino dell'Unione si trovi.

È opportuno ancora sottolineare che nonostante si parli genericamente di protezione diplomatica e consolare che gli Stati membri sarebbero tenuti ad accordare ai cittadini dell'Unione, l'art. 20 TCE ha un contenuto più modesto. La norma, infatti, fa riferimento all'attività delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro che si configura diversamente dalla protezione diplomatica *stricto sensu* esercitata da uno Stato o meglio dagli organi competenti del potere esecutivo di tale Stato¹⁵, cui compete, almeno allo stato attuale del diritto internazionale generale, il diritto di esercitarla o meno, con quali modalità o iniziative effettuarla, accordarsi su eventuali riparazioni o anche rinunciare al suo esercizio¹⁶. Inoltre presuppone una lesione degli interessi del cittadino di un determinato Stato a seguito di un comportamento o di una omissione dello Stato, in cui esso si trova, in violazione delle norme internazionali sul trattamento degli stranieri. Gli agenti diplomatici e consolari al contrario non possono intraprendere alcuna iniziativa in tal senso se non su istruzione del proprio governo cui spetta, come già detto, l'apprezzamento della situazione e l'eventuale presentazione di un reclamo.

Nel caso dell'art. 20 TCE, la tutela esercitata dalle autorità diplomatiche e consolari è tipicamente quella dell'assistenza ai propri cittadini che si trovano in difficoltà e alla tutela dei loro interessi, allo scopo di facilitarne il soggiorno negli Stati terzi¹⁷. L'attività di assistenza, soprattutto se espletata dai consoli, può consistere in una serie di funzioni a favore dei propri connazionali e in ambiti diversi, quali la detenzione, le successioni, la istituzione di una tutela in caso di minori o incapaci, ecc., come prescritto dall'art. 5 della Convenzione sulle relazioni consolari. La necessità di intraprendere negoziati con gli Stati terzi, prevista dall'ultima parte dell'articolo, sembra essere diretta ad ottenere il consenso degli Stati terzi nei confronti di una situazione d'integrazione in cui la protezione reciproca dei propri cittadini, in funzione della cittadinanza europea, rappresenta la regola (gli stessi Stati membri sono obbligati a stabilire tra loro le disposizioni necessarie), venendo così ad ampliare le funzioni di rappresentanza fra gli Stati già previste dagli articoli 45 e 46 della Convenzione sulle relazioni diplomatiche e dall'art. 27 della Convenzione sulle relazioni consolari. Tali articoli consentono, infatti, l'assunzione della tutela degli interessi di uno Stato terzo non rappresentato e dei suoi cittadini da parte di uno Stato accreditato con

¹⁵ C. JIMÉNEZ PIERNAS, *op. cit.*, p. 32 ss.

¹⁶ U. VILLANI, *op. cit.*, p. 1033

¹⁷ *Ibidem*, p. 1034.

il consenso dello Stato accreditatario¹⁸. Nella stessa direzione va letto l'art. 20 TUE, nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, in particolare là dove impone alle missioni diplomatiche di cooperare attraverso scambi di informazioni e valutazioni comuni al fine di dare attuazione alle disposizioni contenute nell'art. 20 TCE¹⁹.

Queste differenze strutturali tra l'istituto della protezione diplomatica e quello dell'assistenza consolare sono state messe in luce dal Relatore speciale Dugard nel corso dei lavori della 58ª sessione della Commissione di diritto internazionale nel 2006. Ad avviso del Relatore speciale le disposizioni del TCE (art. 20), così come l'art. 46 della Carta dei diritti fondamentali, che conferiscono a tutti i cittadini dell'Unione il diritto alla protezione diplomatica e consolare da parte degli Stati membri possono generare sotto questo profilo una certa confusione, salvo che esse non siano interpretate nel senso della loro applicazione unicamente all'assistenza consolare che, per quanto detto prima, può essere esercitata anche in assenza del criterio della nazionalità²⁰. Questi rilievi hanno indotto il Relatore speciale a proporre un emendamento all'art. 1 del progetto di articoli sulla protezione diplomatica per introdurre un secondo paragrafo dal quale si evinceva l'esclusione dell'assistenza consolare dal contesto della protezione diplomatica²¹. Tuttavia l'emendamento non è stato accolto e non figura nell'art. 1 del progetto riguardante la definizione e il campo di applicazione della protezione diplomatica sebbene la distinzione fra i due istituti summenzionati appaia nel commentario all'art. 1.

Quanto detto circa la natura dell'attività che le autorità diplomatiche e consolari degli Stati membri sono tenute a garantire ai cittadini europei, trova conferma nella normativa derivata adottata per assolvere l'obbligo previsto dall'art. 20 TCE. Ci si riferisce in particolare alla decisione dei rappresentanti degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio del 19 dicembre 1995, riguardante la tutela dei cittadini dell'Unione europea da parte delle rappresentanze diplomatiche e consolari²², entrata in vigore nel 2002, dopo un lungo processo di adattamento in tutti gli Stati membri. Non a caso infatti, la decisione si riferisce alla tutela consolare di cui

¹⁸ C. JIMÉNEZ PIERNAS, *op. cit.*, p. 33.

¹⁹ L'art. 20 TUE così recita: "Le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri e le delegazioni della Commissione nei Paesi terzi e nelle conferenze internazionali, nonché le loro rappresentanze presso le organizzazioni internazionali, cooperano al fine di garantire il rispetto e l'attuazione delle posizioni comuni e delle azioni comuni adottate dal Consiglio. Esse intensificano la loro cooperazione procedendo a scambi di informazioni e a valutazioni comuni e contribuendo all'attuazione delle disposizioni previste dall'articolo 20 del trattato che istituisce la Comunità europea".

²⁰ V. *Commission du droit international, cinquante-huitième session, Septième rapport sur la protection diplomatique*, Doc. A/CN. 4/567, p. 9-10.

²¹ Il secondo paragrafo dell'art. 1 stabiliva: "La protection diplomatique ne s'entend pas de l'exercice de l'assistance consulaire conformément au droit international".

²² Decisione 95/553/CE dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 19 dicembre 1995, riguardante la tutela dei cittadini dell'Unione europea da parte delle rappresentanze diplomatiche e consolari, *GUCE* L 314, 28 dicembre 1995, p. 73 ss.

beneficiano i cittadini dell'Unione, i quali trovandosi nel territorio di uno Stato terzo, in cui non sia presente né la rappresentanza permanente, né il console onorario dello Stato d'origine, possono richiedere assistenza e protezione presso le autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi altro Stato membro (art.1).

Attestata la cittadinanza di uno Stato membro del richiedente, mediante la presentazione di un documento d'identità o, in mancanza, di qualsiasi altra prova previamente verificata (art. 2), la rappresentanza diplomatica e consolare richiESTA accorda lo stesso livello di tutela garantito ai propri nazionali (art. 3).

L'individuazione delle modalità pratiche dell'assistenza è lasciata alle rappresentanze diplomatiche e consolari che devono gestire le domande di tutela in funzione dell'efficacia della loro azione. L'art. 5 chiarisce che la tutela comprende necessariamente l'assistenza in caso di decesso, incidente o malattia grave, arresto o detenzione, atti di violenza e l'aiuto e il rimpatrio dei cittadini in difficoltà, ferma restando la possibilità per le rappresentanze diplomatiche o gli agenti consolari degli Stati membri, in servizio in uno Stato terzo, di venire in aiuto anche in altri casi al cittadino dell'Unione che lo richieda. Si prevede inoltre che l'assistenza possa implicare un aiuto finanziario se autorizzato dalle autorità competenti dello Stato d'origine tramite il Ministero degli affari esteri o la missione diplomatica più vicina; salvo esplicita rinuncia delle autorità dello Stato membro di cui è cittadino, il richiedente dovrà restituire l'importo ricevuto alle autorità di governo del proprio Stato che provvederanno a rimborsare il governo dello Stato che fornisce l'assistenza, su richiesta di questo.

Complementare a quella sopra descritta è la decisione degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio del 25 giugno 1996 prodotta in sede di cooperazione intergovernativa nell'ambito del secondo pilastro e relativa all'istituzione di un documento di viaggio provvisorio²³. Tale documento, come chiarito dall'allegato II della decisione, è rilasciato dalle autorità diplomatiche e consolari di uno Stato membro ad un cittadino di un altro Stato membro che non abbia nel Paese terzo in cui si trova una rappresentanza diplomatica o consolare accessibile che possa rilasciare un documento di viaggio e intenda ritornare nel proprio Stato di cittadinanza, nello Stato di residenza permanente o in via eccezionale dirigersi verso un'altra destinazione.

Come la precedente, anche questa decisione richiede le necessarie misure di attuazione negli ordinamenti di tutti gli Stati membri, condizione al momento non ancora raggiunta.

3. La necessità di revisione della decisione 95/553/CE dopo cinque anni dalla sua entrata in vigore e le esigenze sempre più pressanti di protezione dei cittadini europei a causa della loro accresciuta mobilità, hanno portato le istituzioni europee ad iniziare un percorso di riflessione circa le modalità per rafforzare la protezione dei cittadini apparsa carente anche a causa del limitato *acquis*

²³ Decisione 96/409/PESC, dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 25 giugno 1996, relativa all'istituzione di un documento di viaggio provvisorio, *GUCE* L 168, 6 luglio 1996, p. 4 ss.

comunitario in materia, risalente alle due decisioni sopra menzionate e più di recente all'attività del gruppo di lavoro per la cooperazione consolare (COCON) che nel 2006 ha elaborato delle linee guida non vincolanti sulla tutela dei cittadini dell'UE nei Paesi terzi. In esse si sottolinea l'importanza degli scambi d'informazioni fra gli Stati membri nell'intento di pervenire ad una più stretta cooperazione, cui è indispensabile l'associazione delle delegazioni della Commissione²⁴. La elaborazione di ulteriori misure chiarificatrici rispetto al quadro normativo vigente si rivela tanto più necessaria dopo l'introduzione nella Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza nel 2000, dell'art. 46 che sancisce, ripetendo la formulazione dell'art. 20 TCE, il diritto alla protezione diplomatica e consolare quale diritto fondamentale del cittadino europeo²⁵.

Se è un dato di fatto che ormai un numero sempre crescente di cittadini europei viaggia per affari o per turismo, o fissa la sua residenza in Paesi non appartenenti all'UE, è altrettanto vero che non tutti gli Stati membri dispongono di una rappresentanza permanente ed accessibile in ogni Paese terzo.

Come risulta da un recente documento del Consiglio²⁶ sono solo tre i Paesi in cui tutti gli Stati membri sono rappresentati (Repubblica popolare cinese, Federazione russa e Stati Uniti d'America); su centosessantasette Paesi extra-UE, in centosette sono presenti al massimo dieci Stati membri dell'Unione; al contrario negli stessi Paesi non UE la presenza europea risulta garantita dalle delegazioni della Commissione come evidenziato dalla relazione presentata il 9 maggio 2006 da Michel Barnier²⁷. Ciò comporta notevoli difficoltà nell'assicurare un'efficace assistenza diplomatica e consolare, soprattutto in situazioni di emergenza in cui le missioni *in loco* devono prendere decisioni immediate e mettere in atto una serie d'interventi operativi di diversa natura.

Risulta inoltre da un recente sondaggio di Eurobarometro che la metà delle persone residenti nell'Unione europea pensa di recarsi in un Paese terzo nei prossimi tre anni. Tuttavia soltanto il 23% degli interpellati è consapevole della possibilità di rivolgersi alle rappresentanze diplomatiche e consolari di Stati membri dell'Unione, utilizzando quindi l'art. 20, nell'ipotesi in cui lo Stato di cittadinanza non sia presente con proprie ambasciate o consolati. In casi del genere il riferimento è piuttosto il Ministero degli affari esteri del Paese d'origine, l'agente di viaggio o la Rappresentanza della Commissione presente nel territorio.

Certamente sono notizie poco confortanti se si pensa che il Trattato di Maastricht è in vigore da quindici anni. Nella consapevolezza di ciò la

²⁴ Le linee direttrici prevedono che ogni Stato membro elabori piani di emergenza da comunicare a tutti gli altri Stati membri. Gli stessi debbono notificarsi qualsiasi modifica dei consigli di viaggio. Al fine di consentire un'efficace attuazione dei piani di emergenza, gli Stati membri incoraggiano i cittadini dell'UE a segnalare la propria presenza fornendo i loro dati alle missioni.

²⁵ Formulazione confermata nella Carta dei diritti fondamentali adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo e richiamata dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

²⁶ Doc. del Consiglio 15646/05 del 12 dicembre 2005.

²⁷ Relazione presentata da Michel Barnier al Presidente del Consiglio dell'Unione ed al Presidente della Commissione europea il 9 maggio 2006 dal titolo: "Per una forza europea di protezione civile: Europeaid".

Commissione, come già anticipato, ha posto in essere alcuni strumenti sia di natura programmatica che operativi nell'intento di rispondere alle nuove esigenze prospettate, restando sottesa la volontà di rafforzare l'identità dell'Unione nella percezione dei Paesi terzi e consolidare la solidarietà fra i cittadini dell'Unione.

Nelle pagine che seguono analizzeremo gli strumenti principali elaborati dalla Commissione, il Libro verde sulla protezione diplomatica e consolare dei cittadini dell'Unione nei Paesi terzi ed il Piano d'azione 2007/2009 "Per un'efficace tutela consolare nei Paesi terzi: il contributo dell'Unione europea", tenendo presente anche il parere formulato dal Comitato economico e sociale il 14 marzo 2007²⁸ e la risoluzione in merito del Parlamento europeo dell'11 dicembre 2007²⁹.

4. Il 28 novembre 2006 la Commissione ha presentato il Libro verde che affronta il tema della protezione diplomatica e consolare dell'Unione nei Paesi terzi³⁰, con cui indica le misure necessarie al fine di strutturare meglio la protezione offerta ai cittadini, valutando al contempo le risorse dell'Unione nonché i passi da effettuare nei confronti dei Paesi terzi. Alcune di queste misure potranno già essere realizzate nel breve periodo, altre richiedono una "gestazione" più lunga a livello europeo.

Partendo dalla considerazione che l'Unione si è già dotata di strumenti importanti al fine di rispondere a situazioni di emergenza (catastrofi naturali, atti di terrorismo, pandemie o conflitti militari) per il tramite delle delegazioni della Commissione e fondati sulla cooperazione tra Commissione e Consiglio³¹, la Commissione ritiene utile integrare questi settori d'intervento con un rafforzamento della protezione dei cittadini prevista dall'art. 20 TCE³².

Per raggiungere tale obiettivo la Commissione indica quattro settori esaminati criticamente e nei confronti dei quali è auspicabile produrre iniziative concrete.

Innanzitutto, come risulta dall'indagine di Eurobarometro, è fondamentale l'informazione dei cittadini. Questa dovrebbe assumere carattere periodico ed

²⁸ Parere del Comitato economico e sociale in merito al Libro verde "La protezione diplomatica e consolare dei cittadini dell'Unione nei Paesi terzi", COM(2006)712 def., *GUUE* C 161, 13 luglio 2007, p. 75.

²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, dell'11 dicembre 2007, sul Libro verde "La protezione diplomatica e consolare dei cittadini dell'Unione nei Paesi terzi" (doc. 2007/2196 INI), reperibile *on line* all'indirizzo www.europarl.europa.eu.

³⁰ *GUUE* C 30, 10 febbraio 2007, p. 8 ss.

³¹ Meccanismo di protezione civile, attuabile sia all'interno che all'esterno dell'Unione; invio di aiuti umanitari alle popolazioni civili colpite da catastrofi nei Paesi terzi; meccanismo di reazione rapida per la gestione delle crisi; invio di missioni civili ai fini di gestione delle crisi nel quadro della politica estera e di sicurezza comune.

³² Conformemente a quanto espresso nella comunicazione relativa all'elaborazione di "Un'agenda dei cittadini", COM(2006)211 def., del 10 maggio 2006, e in quella relativa all'attuazione del programma dell'Aja: prospettive per il futuro, COM(2006)331, del 28 giugno 2006:

essere diffusa tramite opuscoli e manifesti informativi, nonché attraverso informazioni sul sito *web* dell'Unione europea e su quello delle delegazioni della Commissione³³. Un'informazione preventiva, attraverso la formulazione coordinata di consigli, dovrebbe essere fornita ai viaggiatori circa i rischi, per la loro sicurezza e per la loro salute, che potrebbero incontrare nello Stato di destinazione. Se *in loco* non sono presenti le rappresentanze di tutti gli Stati membri la Commissione con la collaborazione degli Stati dovrebbe mettere a disposizione dei cittadini non rappresentati una lista delle ambasciate o consolati degli Stati membri e i relativi recapiti in modo da consentire loro di prendere contatti in caso di necessità. A completamento dell'informazione, la Commissione invita, attraverso una raccomandazione³⁴, gli Stati membri a riprodurre il testo dell'art. 20 TCE sui passaporti e propone di pubblicare le misure di attuazione del suddetto articolo nella Gazzetta ufficiale affinché i cittadini siano pienamente informati del loro diritto alla protezione diplomatica e consolare.

La seconda questione su cui si è focalizzata l'attenzione della Commissione riguarda la portata della protezione diplomatica e consolare a fronte delle differenze riscontrate nei regimi di protezione dei vari Stati membri.

L'esigenza di giungere a lungo termine ad un'armonizzazione delle discipline nazionali al fine di offrire ai cittadini una protezione uniforme nei Paesi terzi³⁵ è analizzata da differenti prospettive che corrispondono alle diverse situazioni in cui possono venire a trovarsi i cittadini europei: i cittadini-lavoratori residenti nei Paesi terzi. Per essi la Commissione, che ha già previsto una procedura di consultazione tra gli Stati membri al fine di promuovere l'introduzione negli accordi bilaterali di disposizioni comuni³⁶, prospetta l'inclusione di tali disposizioni quale garanzia necessaria alla protezione riconosciuta dall'art. 20; i familiari del cittadino europeo che possiedono la nazionalità di uno Stato terzo nei cui confronti deve essere garantita una protezione consolare congiunta attraverso una modifica della decisione 95/553/CE che non la prevede espressamente; i cittadini che si trovano in difficoltà a causa di disastri naturali e che devono provvedere all'identificazione e al rimpatrio delle salme. Si prevede, a breve termine, di incoraggiare una maggiore adesione alla Convenzione di Strasburgo del 26 ottobre 1973 sul trasferimento delle persone decedute e di inserire, nella normativa derivata, la protezione per l'identificazione e il rimpa-

³³ Secondo il CES, alle attività di informazione dovrebbero partecipare anche le associazioni di imprenditori, di datori di lavoro e le organizzazioni non governative, poiché molti cittadini che si recano nei Paesi terzi non sono turisti bensì imprenditori, commercianti, impiegati oppure operatori di organizzazioni umanitarie. V. parere del Comitato economico e sociale in merito al Libro verde, cit., punto 3.2.

³⁴ La raccomandazione è stata adottata il 5 dicembre 2007. Cfr. *GUUE* L 118, 6 maggio 2008, p. 30 ss.

³⁵ Solo alcuni Stati membri, ad esempio, riconoscono il diritto di ricorso contro il rifiuto della protezione.

³⁶ V. decisione 88/384/CEE, della Commissione, dell'8 giugno 1988, che istituisce una procedura di comunicazione preliminare e di concertazione sulle politiche migratorie nei confronti dei Paesi terzi, *GUCE* L 183, 14 luglio 1988, p. 35 ss.

trio delle salme; a lungo termine, la semplificazione delle procedure di rimpatrio e la previsione di un sistema europeo di compensazione per le spese sostenute in queste circostanze; infine, nel caso di cittadini richiedenti assistenza finanziaria, si sottolinea la necessità di semplificazione delle complesse procedure previste dalla decisione 95/553/CE.

Altra priorità esaminata nel Libro verde è la razionalizzazione delle strutture e delle risorse dell'Unione al fine di renderle più funzionali all'esercizio della protezione diplomatica e consolare. Ciò si avverte non tanto con riferimento a casi individuali, ma quando si tratta di rispondere a richieste di assistenza provenienti da un numero elevato di cittadini sprovvisti di una rappresentanza del loro Stato, soprattutto in occasione di pandemie, attacchi terroristici o conflitti militari. In queste circostanze, e al fine di realizzare un'equa ripartizione dei compiti, la Commissione propone la creazione di uffici comuni, ipotesi già considerata nella relazione Barnier e nella Comunicazione relativa all'attuazione del programma dell'Aja, già menzionate³⁷. L'istituzione di uffici comuni, oltre che funzionale ad una maggiore economia nei costi fissi delle strutture delle reti diplomatiche degli Stati membri, rappresenta un'alternativa valida in caso di assenza di rappresentanze diplomatiche di alcuni Stati membri dell'Unione nei Paesi terzi. Gli agenti consolari comuni ubicati presso una singola ambasciata eserciterebbero le loro funzioni sotto l'autorità del proprio Stato. In questo contesto gli Stati membri dovrebbero fissare e pubblicare regole che stabiliscono un sistema di supplenze e di condivisione dei compiti da parte dei funzionari opportunamente istruiti. La precedenza nella creazione di questi uffici dovrebbe essere data a zone in cui, a fronte di una presenza turistica rilevante, si riscontra una carenza di autorità diplomatiche e consolari degli Stati membri, ma una contestuale presenza di delegazioni della Commissione. Si tratta delle zone già indicate nella relazione Barnier: i Caraibi, i Balcani, l'Oceano indiano e l'Africa occidentale. Per facilitare il compito degli uffici comuni è inoltre opportuno invitare i cittadini, attraverso una campagna d'informazione, ad iscriversi presso essi per agevolare le operazioni di assistenza. Nel lungo periodo la Commissione ipotizza l'utilizzazione degli uffici comuni per l'approfondimento della cooperazione tra gli Stati membri nel settore della politica dei visti, nella prospettiva di procedere congiuntamente alla ricezione delle domande di visto e al loro rilascio³⁸.

Infine, un'ultima questione individuata dalla Commissione nel Libro verde riguarda il necessario consenso dello Stato terzo per consentire che la protezione dei cittadini europei non rappresentati sia assunta da un altro Stato membro conformemente a quanto prescritto dall'art. 20 TCE e dalle Convenzioni internazionali in precedenza richiamate. Ciò comporta l'obbligo di avviare negoziati bilaterali, al fine di regolare l'esercizio di tale funzione, tra lo Stato membro e il Paese terzo. Tuttavia secondo la Commissione sarebbe opportuno l'inserimento,

³⁷ V. *supra*, nota 32.

³⁸ Secondo il CES la politica dei visti non è direttamente collegata alla protezione consolare. Non è quindi opportuno metterle in relazione. V. parere del Comitato economico e sociale, cit., punto 3.13.

negli accordi misti conclusi dalla Comunità e dagli Stati membri, di una clausola *standard* che assicuri il consenso degli Stati terzi a che la protezione dei cittadini europei sia esercitata da qualsiasi Stato membro presente sul suo territorio. La Commissione avanza anche la possibilità di prevedere, con il consenso dello Stato terzo, un dovere di protezione diplomatica esercitabile dalle delegazioni della Commissione nei casi di competenza comunitaria in corrispondenza di quanto affermato nella prassi giurisprudenziale della Comunità³⁹.

Per quanto lodevole, il tentativo della Commissione di procedere verso una più efficace protezione dei cittadini europei nei Paesi terzi lascia insolte alcune questioni prontamente rilevate dal Parlamento europeo nella risoluzione sopra menzionata. Tra queste è importante sottolineare, ai nostri fini, che anche nel Libro verde, come già nel Trattato e nella normativa di attuazione, la protezione prevista, pur ampliata con riferimento ai soggetti (riconoscimento della protezione ai familiari non cittadini dell'Unione), si mantiene nei limiti dell'assistenza messa in atto dagli agenti diplomatici e consolari per i cittadini in difficoltà. La protezione diplomatica in senso stretto non è oggetto di alcuna menzione nel Libro verde pur essendo contenuta nel suo titolo. È imperativo quindi, secondo il Parlamento europeo, operare una distinzione tra protezione diplomatica e consolare e creare senza indugio le condizioni che estendano la tutela assicurata dalla decisione 95/553/CE includendo la protezione diplomatica nel suo campo di applicazione⁴⁰. A questo proposito e visto che la risoluzione del Parlamento fa riferimento al Servizio estero europeo previsto dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, come già dal Trattato costituzionale, di cui dovrebbe avvalersi, nell'esercizio delle sue funzioni, l'Alto rappresentante per la politica estera, si potrebbe ipotizzare un intervento del Servizio estero in materia di protezione diplomatica dei cittadini europei, posto che, come previsto dallo stesso Trattato, questo lavora in collaborazione con i servizi diplomatici degli Stati membri e quindi non in sostituzione dei servizi nazionali⁴¹.

5. A seguito della consultazione pubblica avviata all'indomani della pubblicazione del Libro verde sopra esaminato, la Commissione ha adottato il 5 dicembre 2007 il Piano d'azione "Per un'efficace tutela consolare nei Paesi terzi"⁴². Si tratta di una programmazione strategica volta a dare sostanza all'art. 20 TCE e

³⁹ Di tale prassi ci occuperemo nelle pagine seguenti.

⁴⁰ V. risoluzione del Parlamento europeo dell'11 dicembre 2007, cit., punto K.

⁴¹ L'art. 27, par. 3 (nella versione consolidata) del Trattato di Lisbona sull'Unione europea recita: "Nell'esecuzione delle sue funzioni, l'Alto rappresentante si avvale di un servizio europeo per l'azione esterna. Il servizio lavora in collaborazione con i servizi diplomatici degli Stati membri ed è composto da funzionari dei servizi competenti del segretariato generale del Consiglio e della Commissione e da personale distaccato dai servizi diplomatici nazionali. L'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna sono fissati da una decisione del Consiglio. Il Consiglio delibera su proposta dell'Alto rappresentante, previa consultazione del Parlamento europeo e previa approvazione della Commissione".

⁴² V. comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, relativa ad un'efficace tutela consolare nei

a colmare le lacune attraverso una serie di misure da realizzare nel medio e lungo periodo. La complessità giuridica e tecnica di alcune di queste richiede, infatti, un'analisi approfondita e la preparazione in stretta collaborazione con gli Stati membri.

Pur riconoscendo che gli Stati membri hanno la responsabilità della protezione diplomatica e consolare dei cittadini europei nei Paesi terzi, e che essi già cooperano per rendere effettiva tale protezione, tuttavia l'intervento dell'Unione può risultare necessario al fine di coadiuvare gli Stati nell'adempimento dei loro obblighi. Ciò vale soprattutto per le aree geografiche in cui gli Stati membri sono sottorappresentati, ma verso le quali si prevede un forte afflusso di viaggiatori⁴³.

Sulla base dei risultati della consultazione pubblica la Commissione ha individuato quattro obiettivi politici da realizzarsi attraverso misure operative, legislative e non, da adottarsi nel periodo temporale di riferimento.

Per il 2007 l'obiettivo primario è il perfezionamento della campagna d'informazione per i cittadini in merito ai diritti riconosciuti nell'art. 20 TCE da realizzarsi mediante la riproduzione della disposizione sui passaporti rilasciati dopo il 1° luglio 2009 e la distribuzione di adesivi da apporre sui passaporti rilasciati prima di tale data, oggetto della già citata raccomandazione della Commissione. Quest'ultima fornirà inoltre un manifesto sulla protezione consolare da distribuire in luoghi strategici in collaborazione con gli Stati membri. Un'ulteriore azione riguarderà la raccomandazione agli Stati di negoziare una "clausola di consenso" negli accordi bilaterali con i Paesi terzi.

Nel 2008 la campagna informativa sarà realizzata in rete con la creazione sul portale "Europa" di un sito *web* dedicato alla protezione consolare e recante anche un elenco aggiornato delle ambasciate e dei consolati degli Stati membri nei Paesi terzi. Saranno rese pubbliche anche le misure di attuazione dell'art. 20 TCE. Ulteriori azioni previste riguardano la valutazione delle differenze fra le legislazioni e le prassi degli Stati membri in materia di protezione consolare e la raccomandazione agli Stati che non l'hanno ancora fatto⁴⁴ di ratificare la Convenzione di Strasburgo sul trasferimento delle persone decedute. Esperimento interessante che si prefigura è la predisposizione di un progetto pilota per la creazione di un ufficio comune da ubicare con la delegazione della Commissione in una regione determinata, previamente esaminando le funzioni, il finanziamento e la ripartizione dei costi fra gli Stati membri.

Nell'ultimo anno di attuazione del piano, la Commissione si prefigge un generale miglioramento della protezione consolare con l'attivazione di una linea telefonica che fornisca informazioni relative alla tutela consolare; la possibilità d'intervento anche nei confronti dei familiari non appartenenti all'Unione euro-

Paesi terzi: il contributo dell'Unione europea. Piano d'azione 2007-2009, COM(2007)767 def., del 5 dicembre 2007.

⁴³ V. la valutazione d'impatto al Documento "Per un'efficace tutela consolare nei Paesi terzi: il contributo dell'Unione europea. Piano d'azione 2007-2009. Sintesi della valutazione d'impatto", 5 dicembre 2007, punti 2.2 e 2.8.

⁴⁴ Si tratta di dodici Stati.

pea; la semplificazione delle procedure amministrative sia per il rimpatrio delle salme dai Paesi terzi a livello multilaterale, sia delle procedure per gli anticipi pecuniari. Infine, allo scopo di rafforzare ulteriormente la tutela dei cittadini, si prevede di esaminare la possibilità che l'Unione eserciti la protezione dei suoi cittadini, attraverso le delegazioni della Commissione, nelle materie rientranti nella competenza comunitaria.

Nella valutazione d'impatto che accompagna il piano d'azione il raggiungimento degli obiettivi politici è stato rapportato ad alcune tipologie d'intervento definite "opzioni politiche", con l'indicazione di quale opzione risulti più funzionale, in termini di efficacia, per il conseguimento della protezione diplomatica e consolare dei cittadini dell'Unione europea.

6. Nell'ambito del dibattito relativo alla protezione diplomatica e consolare dei cittadini europei è opportuno considerare la possibilità che ad agire in protezione dei cittadini sia la Comunità per il tramite della Commissione.

Invero da tempo la Comunità è diventata un importante attore sulla scena internazionale stipulando numerosi accordi, nelle materie di competenza esclusiva, con Paesi terzi che inevitabilmente incidono sugli interessi dei suoi cittadini. Si tratta allora di stabilire se ed in quale misura la Comunità può intervenire a tutela di tali interessi pregiudicati dal comportamento di Stati terzi.

A differenza di chi sostiene che il diritto di agire in protezione diplomatica da parte della Comunità deriverebbe dalla personalità giuridica internazionale riconosciuta alla organizzazione dall'art. 281 TCE⁴⁵, riteniamo che tale diritto possa essere vantato dalla Comunità in funzione di accordi internazionali stipulati con Stati terzi e nella misura stabilita dagli stessi⁴⁶. La sostituzione della Comunità, in concreto attraverso le delegazioni della Commissione, in luogo degli Stati membri eviterebbe gli inconvenienti che potrebbero derivare dalla non partecipazione di questi ultimi agli accordi in questione.

Particolarmente indicativa si rivela a questo proposito la prassi degli accordi di pesca stipulati dalla Comunità con numerosi Stati terzi. Tali accordi contengono normalmente clausole che consentono l'intervento della Commissione nei procedimenti esperiti nei confronti di pescatori comunitari. La questione è stata oggetto di una sentenza del Tribunale di primo grado nel caso *Odigitria* del 6 luglio 1995⁴⁷ in cui il Tribunale non solo ha ritenuto che la Comunità avesse titolo all'esercizio della protezione, ma l'ha considerato come un obbligo della Commissione nei confronti della ricorrente.

Sullo sfondo di una controversia fra il Senegal e la Guinea-Bissau sulla delimitazione degli spazi marini, la decisione ha per oggetto un ricorso individuale per responsabilità extracontrattuale della Comunità in merito ai danni subiti

⁴⁵ C. VEDDER, H. P. FOLZ, *A Survey of Principal Decisions of the European Court of Justice Pertaining to International Law in 1995*, in *EJIL*, 1997, p. 522.

⁴⁶ In senso conforme P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁷ Causa T -572/93, *Odigitria AAE c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p. II-2025.

dalla ricorrente a seguito della cattura di una nave da pesca battente bandiera greca, della confisca del suo carico e dei documenti della nave, nonché delle sanzioni pecuniarie irrogate al capitano dalle autorità giudiziarie della Guinea-Bissau. Tra i motivi invocati a supporto del ricorso, la ricorrente lamentava che la Comunità, che aveva concluso due distinti accordi di pesca con gli Stati precedentemente menzionati, non aveva provveduto ad informare la stessa della controversia esistente tra il Senegal e la Guinea-Bissau e successivamente non aveva protetto i suoi interessi in modo sufficiente. Dopo il sequestro infatti, non aveva sollecitato presso le autorità della Guinea-Bissau la liberazione della nave. Secondo la ricorrente tale intervento della Commissione era dovuto in base ad un allegato (punto K) al Protocollo del 25 aprile 1990 che aveva modificato il precedente accordo di pesca del 1980.

Secondo il Tribunale, la Commissione non può considerarsi responsabile perché la sua delegazione è intervenuta attivamente presso le autorità della Guinea-Bissau e che quindi non si deve dubitare su l'adempimento degli obblighi cui essa era tenuta in base al punto K dell'Allegato. Ne consegue, a giudizio del Tribunale, che il comportamento della Commissione risultava conforme al "suo dovere di tutela diplomatica nei confronti del capitano e della ricorrente" (punto 77).

Due osservazioni occorre fare. Innanzi tutto, come rilevato già nei confronti dell'art. 20 TCE, anche in questo caso non è corretto parlare di protezione diplomatica, ma piuttosto di assistenza diplomatica, effettivamente nelle competenze della Commissione in virtù degli accordi di pesca, mancando nella specie un reclamo contro le autorità della Guinea-Bissau, né tantomeno questa assenza è stata oggetto delle rivendicazioni della ricorrente⁴⁸. Ciò non toglie tuttavia che la sentenza è innovativa andando oltre quanto previsto dell'art. 20 TCE dal momento che l'assistenza è assicurata dalla Comunità, le cui delegazioni svolgono funzioni normalmente esercitate dalle missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri.

Quanto al presunto dovere di protezione diplomatica si tratta di una affermazione coraggiosa, ma non adeguatamente supportata, del Tribunale fondata su una interpretazione estensiva di una disposizione convenzionale (punto K) che prevedeva la possibilità della Commissione di chiedere una "consultazione urgente" nel caso in cui un peschereccio battente bandiera di uno Stato membro fosse stato fermato. La Commissione quindi non era obbligata a farlo. Semmai, secondo l'opinione che sembra più convincente⁴⁹, si potrebbe sostenere un dovere della Comunità ad un risarcimento di natura patrimoniale come conseguenza del mancato esercizio dell'assistenza che, come già rilevato e come

⁴⁸ Cfr., in tal senso, F. J. CARRERA HERNANDEZ, *El deber de asistencia diplomática y consular de los pescadores comunitarios por la Comisión europea*, in *Rev. Inst. Eur.*, 1996, p. 547.

⁴⁹ F. J. CARRERA HERNANDEZ, *op. cit.*, p. 551.

risulta dalla lettera del Protocollo, è una competenza discrezionale della Commissione⁵⁰.

7. Come anticipato in premessa, l'esame della prassi legislativa e giurisprudenziale formatasi nell'Unione europea in materia di protezione diplomatica e consolare ci consente di formulare alcune considerazioni conclusive circa alcuni profili evolutivi riscontrabili nell'ambito dell'istituto della protezione diplomatica oggetto, come già rilevato, di studio da parte della Commissione di diritto internazionale.

In particolare occorre prendere in considerazione in primo luogo, il carattere flessibile che sembra aver assunto la regola sulla legittimazione dello Stato nazionale a fare valere una pretesa dinnanzi alle autorità di un altro Stato; e in secondo luogo, la riduzione del potere discrezionale dello Stato ad intervenire a tutela del proprio cittadino, capisaldi della disciplina consuetudinaria in materia⁵¹.

Sotto il primo profilo si può ritenere che sia l'art. 20 TCE che la disciplina di attuazione e in particolare gli sviluppi prospettati, pur con i limiti rilevati quanto al contenuto, prevedendo sostanzialmente un intervento sostitutivo da parte di uno Stato membro rispetto a quello di cittadinanza⁵², sembra deporre nel senso di una flessione della regola c.d. della *nationality of claim*⁵³. Inoltre, come abbiamo visto, uno degli sviluppi prefigurati dal Libro verde in materia di protezione diplomatica e consolare è proprio quello di garantire la protezione anche ai familiari dei cittadini europei che siano cittadini di Stati terzi, naturalmente se nello Stato in cui si trovano non vi sia una rappresentanza del proprio Stato. Ne deriva che anche la cittadinanza europea così come quella nazionale, *prius* rispetto alla prima, quale presupposto della garanzia di protezione, non appare poi così determinante. È ovvio naturalmente che una disposizione del genere sottende l'interesse primario del cittadino europeo alla tutela della sua vita privata e familiare conformemente all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 nonché all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali, in conformità agli sviluppi intervenuti nell'ambito della protezione internazionale degli individui che anche con riferimento all'istituto della protezione diplomatica richiede una maggiore valutazione degli interessi dei singoli.

⁵⁰ La sentenza è stata oggetto di ricorso alla Corte di giustizia, che tuttavia l'ha ritenuto irricevibile. V. ordinanza del 28 novembre 1996, causa C 293/95 P, *Raccolta*, p. I-6129.

⁵¹ È noto che nella sentenza del 5 febbraio 1970, relativa al caso *Barcelona Traction (Belgium c. Spain)*, in *ICJ Reports*, 1970, p. 3 ss., la Corte internazionale di giustizia ha affermato: "within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit (...). The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case" (par.78).

⁵² In tal senso, P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 80.

⁵³ Cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 12; P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 80.

Né questo deve sorprendere dal momento che ormai tutti i diritti connessi alla cittadinanza europea sono in realtà accessibili a molte altre persone e non solo ai cittadini europei. È stato da subito così per il ricorso al Mediatore e per il diritto di petizione al Parlamento europeo riconosciuti, in base agli articoli 194 e 195 TCE, oltre che ai cittadini europei anche a tutte le persone fisiche e giuridiche che risiedono o abbiano la sede sociale in uno Stato membro. Anche il diritto di circolazione e soggiorno non è più esclusivo dei cittadini europei come risulta dalla direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004⁵⁴ che, codificando la giurisprudenza della Corte in materia, garantisce anche ai familiari cittadini di Paesi terzi il diritto in questione⁵⁵, peraltro adottando una nozione di familiare molto estesa⁵⁶. Ma anche gli ultimi due diritti contenuti nelle norme sulla cittadinanza europea, quelli più propriamente politici che avrebbero dovuto costituire il “nocciolo duro” della specificità della cittadinanza europea⁵⁷, sembrano cadere sotto i colpi innovativi della giurisprudenza comunitaria. In una recente sentenza sul diritto di voto al Parlamento europeo⁵⁸ la Corte, riunita in Grande sezione, scindendo il legame fra cittadinanza dell’Unione e diritto all’elettorato attivo e passivo, ha potuto affermare che l’art.19, n. 2, TCE “si limita ad enunciare una regola di parità di trattamento fra cittadini dell’Unione residenti in uno Stato membro per quanto riguarda tale diritto di elettorato attivo e passivo (...) se è vero che questa disposizione impone agli Stati membri di riconoscere tali diritti, non se ne può tuttavia dedurre che uno Stato membro (...) non possa concedere il diritto di elettorato attivo e passivo a determinate persone aventi con esso uno stretto legame, pur non possedendo la cittadinanza di questo o di un altro Stato membro” (punto 76). Così facendo la Corte conferma il carattere flessibile del legame della cittadinanza (in questo caso europea) per l’esercizio di diritti anche politici. Non resterebbe quindi, al momento, che il diritto alla protezione diplomatica e consolare,

⁵⁴ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, *GUUE* L 304, 30 settembre 2004, p. 12 ss

⁵⁵ V. in proposito la recente sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004, causa C-2002/02, *Zhu e Chen contro Secretary of State for the Home department*, *Raccolta*, p. I-9925; sulla sentenza cfr. U. VILLANI, *La cittadinanza europea e diritto di soggiorno di una mamma cinese*, in *Sud in Europa*, 2005, n. 3, p. 3 ss.

⁵⁶ Cfr. art. 3 della direttiva 2004/38/CE, cit.

⁵⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, *L’identità de l’Union européenne au coeur d’une controverse territoriale tricentenaire*, in *RTDE*, 2007, p. 37.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2006, causa C-145/04, *Regno di Spagna c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord*, *Raccolta*, p. I-7917. Per alcuni commenti alla sentenza, v., tra gli altri, F. DEL CONTE, *CEDU e UE a confronto: la Corte di Lussemburgo si pronuncia sulla titolarità del diritto di voto per le elezioni al Parlamento europeo*, in *DPCE*, 2006, p.1525 ss.; BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 25 ss.; P. CAVALIERE, *Da Strasburgo a Lussemburgo: i nuovi confini del diritto di voto nelle elezioni per il Parlamento europeo*, in *DPCE*, 2007, p. 319 ss.; L. MONTANARI, *La titolarità del diritto di voto al Parlamento europeo: osservazioni su due sentenze della Corte di Lussemburgo*, in *CI*, 2007, p. 703 ss.; J. SHAW, *The Political Representation of Europe’s Citizens: Developments*, in *EuConst*, 2008, p.161 ss.

che in quanto afferente alla cittadinanza europea sarebbe riservato solo ai cittadini dell'Unione⁵⁹. Ma a parte quanto considerato precedentemente, sembra che la stessa giurisprudenza (in particolare il Tribunale di primo grado) si stia orientando in senso opposto anche con riferimento alla protezione diplomatica. Nella sentenza *Ayadi*⁶⁰, nell'ambito di un ricorso in annullamento di un regolamento comunitario adottato per l'esecuzione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in materia di lotta al terrorismo⁶¹, il Tribunale, come meglio specificheremo in seguito, nel tentativo di rimediare al *deficit* di garanzie procedurali e giurisdizionali nei confronti delle persone colpite dalle sanzioni del Consiglio di sicurezza, ritiene che tali garanzie siano assicurate dalla possibilità che le persone interessate hanno di rivolgersi al Comitato delle sanzioni, per il tramite delle autorità nazionali, al fine di ottenere sia la cancellazione dalla lista delle persone colpite dalle sanzioni, sia una deroga al congelamento dei fondi. L'intervento delle autorità nazionali presso il Comitato delle sanzioni, unica autorità competente a pronunciarsi sul riesame dei casi, rileva, secondo il Tribunale, della tutela diplomatica che gli Stati accordano ai propri cittadini⁶². Ma poiché le "direttive per la condotta dei lavori del Comitato delle sanzioni" adottate il 7 novembre 2002 e più volte emendate, prevedono, nella sezione 8 intitolata "Cancellazione dalla lista", che una persona, gruppo, impresa o entità inclusa nella lista può presentare al governo del Paese di residenza o di cittadinanza una richiesta di riesame del suo caso, ne deriva che a potere beneficiare della protezione diplomatica siano non solo i cittadini degli Stati membri, ma anche i residenti sul territorio di detti Stati (nella specie il sig. Ayadi era un cittadino tunisino residente in Irlanda).

Anche la pratica degli accordi di pesca e la sentenza *Odigitria*, prevedendo l'esercizio della protezione da parte della Comunità, possono rappresentare degli

⁵⁹ Come è stato giustamente rilevato, in questo caso il possesso della cittadinanza europea appare essere più importante rispetto al tradizionale *status* di cittadino del proprio Stato nazionale; v. E. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 445.

⁶⁰ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 luglio 2006, causa T-253/02, *Raccolta*, p. II-2139; v. anche sentenza del 12 luglio 2006, causa T-49/04, *Hassan*, *ivi*, p. II-52. Le sentenze sono state commentate da P. MARTINO, *Garanzie dei diritti e istanze di sicurezza tra ordinamenti internazionale, comunitario e nazionali*, in *DPCE*, 2006, p. 1585 ss.

⁶¹ Regolamento (CE) n. 881/2002 del Consiglio, del 27 maggio 2002 n. 881, che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate ad Osama bin Laden, alla rete di Al-Qaeda e ai Talibani e abroga il regolamento CE n. 467/2001, *GUCE* L 139, 29 maggio 2002, p. 9 ss. Il regolamento fa seguito alla posizione comune n. 2002/402/PESC del 25 maggio 2002. Con riguardo alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza e alla loro attuazione nell'Unione europea, v. A. LANG, *Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e l'Unione europea*, Milano, 2002; E. ROSI, *L'Onu e l'Ue e la lotta al terrorismo globale: ecco le norme contro chi finanzia Bin Laden*, in *DG*, 2004, n. 38, p. 48 ss.; U. VILLANI, *L'attuazione da parte dell'Unione europea delle decisioni del Consiglio di sicurezza per il mantenimento della pace e la lotta al terrorismo*, in M. L. TUFANO (a cura di), *La crisi dell'Unione europea. Problematiche generali e verifiche settoriali*, Napoli, 2007, p. 163 ss.

⁶² Sentenza *Ayadi*, *cit.*, punto 141.

esempi che depongono nel senso di una deroga alla regola della nazionalità dello Stato che deve agire in protezione⁶³.

Per quanto riguarda il secondo profilo evidenziato in precedenza relativo alla riduzione del potere discrezionale dello Stato ad agire in protezione diplomatica, in conformità con gli sviluppi intervenuti nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali⁶⁴, occorre rilevare che, se orientamenti in tal senso sono già ricavabili dalla prassi interna di alcuni Stati⁶⁵ anche la prassi comunitaria sembra orientata in questa direzione. La formulazione dell'art. 20 TCE e dei documenti successivi, sia pure non con riferimento alla protezione diplomatica intesa *stricto sensu*, induce a ritenere che si voglia attribuire la titolarità della situazione giuridica in essi prevista direttamente al cittadino. Ciò trova ulteriore conferma nell'art. 46 della Carta dei diritti fondamentali del 2000 che, come abbiamo precedentemente osservato, configura la protezione diplomatica e consolare nel

⁶³ È noto che una deroga alla regola della nazionalità dello Stato che deve agire in protezione diplomatica è consentita in relazione alla specifica fattispecie della protezione dell'equipaggio da parte dello Stato di bandiera di una nave senza che rilevi la cittadinanza dei membri. La possibilità dello Stato di bandiera di una nave di agire a tutela del suo equipaggio, indipendentemente dalla cittadinanza, è stata riconosciuta dal Tribunale internazionale del diritto del mare di Amburgo, nella sentenza del 1° luglio 1999 relativa al caso *Saiga (2) (St. Vincent et le Grenadines, SVG, c. Guinea)*. Il Tribunale, respingendo l'eccezione di ricevibilità della domanda presentata dalla Guinea con la motivazione che i membri dell'equipaggio non avevano la cittadinanza di St. Vincent, ha sostenuto che la Convenzione di Montego Bay, nelle sue disposizioni rilevanti e fra queste l'art. 292, non fa alcuna distinzione tra cittadini e non cittadini. Da ciò deriva che: "le navire, tout ce qui se trouve sur le navire et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité sont considérés comme une entité liée à l'État du pavillon. La nationalité de ces personnes ne revêt aucune pertinence (par. 103)". Per il testo della sentenza v. *RDI*, 2000, p. 525. La deroga è prevista anche nel progetto di art. 18 – intitolato *protection des équipages des navires* – che così recita: "le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéficiaire de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par en fait internationalement illicite".

⁶⁴ È opportuno ricordare che il relatore speciale Dugard nel suo primo rapporto sulla protezione diplomatica aveva proposto un progetto di art. 4 che prevedeva l'obbligo per gli Stati di proteggere i loro cittadini allorquando si fosse verificata una violazione delle norme di *ius cogens*. Tuttavia la proposta è stata molto criticata e ciò ha portato il Relatore speciale a ritirarla, ritenendo che la questione non fosse ancora matura per essere affrontata. In dottrina pochi autori ritengono già operante nel diritto internazionale un diritto individuale alla protezione diplomatica. V. in tal senso M. BENNOUNA, *La protection diplomatique, un droit de l'État?*, in *Boutros-Boutros Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruxelles, 1998, p. 245; P. KOIJMANS, *Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 2004, p. 1975. Per quanto riguarda la prassi degli organi di protezione dei diritti umani v. L. PANELLA, *op. cit.*, p. 61, nota 24.

⁶⁵ Da tale prassi nazionale sembra ricavarsi la possibilità di un controllo giurisdizionale da parte dei tribunali interni nel caso in cui la decisione statale di non intervenire in protezione diplomatica nei confronti di un cittadino sia manifestamente arbitraria o irragionevole. Il fondamento giuridico di tale controllo risiede normalmente nelle disposizioni costituzionali o legislative dello Stato interessato. In argomento, v. diffusamente P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 88 ss.

senso di un diritto dell'individuo, anzi di un diritto fondamentale. Ne deriverebbe la singolare conseguenza che il cittadino europeo avrebbe il diritto ad essere protetto da uno Stato di cui non ha la cittadinanza⁶⁶, ma non avrebbe lo stesso diritto nei confronti del proprio Stato⁶⁷.

Altrettanto peculiare è la giurisprudenza del Tribunale di primo grado. Oltre che nella sentenza *Odigitria*, già citata, in cui si riconosce, senza ulteriore dimostrazione, un “dovere di protezione diplomatica” della Commissione nei confronti del capitano e dell'armatore di una nave sequestrata dalle autorità di uno Stato terzo, anche nelle più recenti sentenze *Ayadi e Hassan*, il Tribunale là dove fa riferimento all'intervento delle autorità nazionali per richiedere il riesame delle misure adottate dal Comitato per le sanzioni nei confronti di un individuo, configurabile, a suo dire, come esercizio della protezione diplomatica, lo considera come un diritto dell'individuo e non dello Stato almeno nel quadro dei regolamenti comunitari di esecuzione delle sanzioni internazionali del Consiglio di sicurezza. Infatti, a differenza di quanto sostenuto nelle precedenti sentenze sul medesimo argomento, la sentenza *Yusuf e Al Barakaat International Foundation* e la sentenza *Kadi* del 21 settembre 2005⁶⁸ in cui il Tribunale aveva esaminato, ma rigettato, ritenendola compatibile con le norme di *ius cogens*, la lacuna riscontrata nella tutela giurisdizionale delle persone colpite dalle c.d. *smart sanctions* del Consiglio di sicurezza, nelle sentenze in esame esso, nell'intento di rispondere alla denunciata inefficacia del meccanismo di riesame delle misure individuali di congelamento dei fondi decise dal Consiglio di sicurezza, costruisce un diritto alla protezione diplomatica delle persone colpite dalle sanzioni e un corrispondente obbligo per gli Stati membri che deriva direttamente dal diritto comunitario, essendo specificato che “obblighi particolari incombono agli Stati membri della Comunità allorché essi sono aditi da una domanda di cancellazione” (sentenza *Ayadi*, punto 144; sentenza *Hassan*, punto 114). Secondo il ragionamento del Tribunale, poiché il Comitato per le sanzioni ha interpretato, attraverso le già citate direttive dallo stesso adottate, le risoluzioni

⁶⁶ Ciò è ancora più sorprendente anche in considerazione del fatto che la Corte di giustizia nella nota sentenza del 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti ed altri contro delegazione del Governo della Cantabria, Raccolta*, p. I-4239, ha ritenuto che, ai fini dell'attribuzione della cittadinanza europea, occorre rimettersi alle decisioni di ciascuno Stato membro in merito all'acquisto e alla perdita della propria cittadinanza prescindendo da ogni riferimento alla nozione di cittadinanza effettiva, discostandosi palesemente dalla norma internazionale generale in tema di cittadinanza effettiva. Cfr. U. VILLANI, *op. cit.*, p. 1009; C. ZANGHÌ, *op. cit.*, p. 142; E. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 450 ss.

⁶⁷ Così L. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁸ Cause T-306/01, *Raccolta*, p. II-3533 e T-315/2001, *ivi*, p. II-3649. Per alcuni commenti alle sentenze, v. M. E. BARTOLONI, *L'ambito d'applicazione ratione personae degli articoli 301 e 60 TCE nelle recenti sentenze Yusuf e Kadi*, in *DUE*, 2006, p. 317 ss.; B. CONCOLINO, *L'applicazione delle sanzioni del Consiglio di sicurezza nella CEE: competenza vincolata c. tutela dei diritti umani*, in *DPCE*, 2006, p. 147 ss.; C. NOVI, *Le sanzioni contro i talibani, Osama bin Laden e Al-Qaeda al vaglio del Tribunale di primo grado della Comunità europea per (presunta) violazione dei diritti fondamentali*, *ivi*, p. 1259 ss.

del Consiglio di sicurezza nel senso che esse assicurano agli interessati un diritto di sottomettere una richiesta di riesame dei loro casi, anche il regolamento n. 881/2002, che ne costituisce l'applicazione nella Comunità, deve essere interpretato nello stesso senso (sentenza *Hassan* punto 115), affermando così che tale diritto è tutelato non solo dalle direttive del Comitato, ma anche dal diritto comunitario. Ne consegue che gli Stati membri quando esaminano tale richiesta devono rispettare, in virtù dell'art. 6 TUE, i diritti fondamentali degli interessati così come garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri in quanto principi generali di diritto comunitario (punto 146 sentenza *Ayadi* e punto 116 sentenza *Hassan*), consentendo in particolare agli interessati di far conoscere la loro posizione alle autorità nazionali che hanno avviato la procedura di riesame. Il rispetto dei diritti fondamentali, che implica una serie di condizioni per gli Stati⁶⁹, non è più, contrariamente a quanto sostenuto nelle sentenze *Kadi* (punto 190) e *Yusuf* (punto 240), ritenuto un ostacolo alla buona esecuzione degli obblighi loro incombenti in ragione della Carta delle Nazioni Unite. Considerata, quindi, la circostanza che “gli interessati non hanno diritto di farsi ascoltare personalmente dal Comitato per le sanzioni, di modo che essi dipendono, in sostanza, dalla protezione diplomatica che gli Stati accordano ai propri cittadini, gli Stati membri *sono tenuti* a provvedere sollecitamente affinché il caso degli interessati sia presentato senza ritardo e in modo leale e imparziale al detto Comitato per essere riesaminato” (punto 119 sentenza *Hassan*; punto 149 sentenza *Ayadi*)⁷⁰. Dalle osservazioni del Tribunale si ricava quindi (in ambito comunitario) un dovere degli Stati membri, e un corrispondente diritto degli interessati, ad accordare ai propri cittadini e ai propri residenti la protezione diplomatica. Questo rappresenta per il Tribunale l'unico modo per garantire ad essi la tutela dei loro diritti fondamentali (nel caso di specie il diritto ad un processo equo previsto dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali). In altre parole l'obbligo dello Stato di agire in protezione diplomatica attraverso la sottoposizione del caso al Comitato per le sanzioni affinché proceda al riesame costituisce lo strumento per rimediare all'assenza di garanzie giurisdizionali e procedurali per le persone interessate dai regolamenti comunitari di attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza⁷¹. Garanzie cui gli Stati membri sono tenuti in virtù del diritto comunitario. E poiché, come più volte affermato dalla Corte di giustizia, in assenza di disciplina comunitaria, spetta al giudice interno assicurare la piena efficacia del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati, secondo il principio della equivalenza e dell'effettività, ne deriva che, nell'ambito di un ricorso in cui si contesti la violazione, da parte delle autorità competenti, del diritto degli interessati di richiedere il riesame del loro caso, il giudice nazionale

⁶⁹ Tali condizioni sono specificate ai punti 147-148 della sentenza *Ayadi* e ai punti 117-118 della sentenza *Hassan*.

⁷⁰ Corsivo nostro.

⁷¹ In tal senso D. SIMON, F. MARIATTE, *Le droit à la protection diplomatique: droit fondamental en droit communautaire?*, in *Europe*, 2006, n. 11, p. 6 ss.

potrà “disapplicare, ove occorra, una norma nazionale che vi si opponga, quale una norma interna che escludesse un controllo giurisdizionale sul rifiuto da parte delle autorità nazionali di agire al fine di assicurare la protezione diplomatica dei propri cittadini”⁷².

Il Tribunale di primo grado riconosce quindi l'esistenza di un principio di diritto comunitario che consente che il rifiuto dello Stato di intervenire sia giustiziabile davanti ad un tribunale interno. Si deve pensare quindi che il diritto comunitario possa imporre agli Stati l'obbligo di assicurare la protezione diplomatica dei propri cittadini e addirittura dei residenti sul suo territorio? Se è possibile immaginare un obbligo in tal senso nei confronti della Commissione nelle materie di competenza esclusiva della Comunità, come appare nella su riferita sentenza *Odigitria*, è difficile sostenere che la Comunità possa avere una simile competenza nei confronti degli Stati membri⁷³. Al momento spetta infatti al diritto interno regolare la materia in esame.

Occorre peraltro rilevare che questa fuga in avanti del Tribunale in materia di protezione diplomatica, che sottende la non disponibilità dello stesso a sopprimere alle lacune riscontrate nel diritto internazionale in merito alle garanzie giurisdizionali degli individui, lasciando che siano gli Stati a porvi rimedio, è stata superata sia dalla prassi delle Nazioni Unite, sia dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Le prime infatti hanno previsto la possibilità che ogni persona o entità si rivolga direttamente al Comitato per le sanzioni presentando la propria domanda di radiazione dalle liste del Consiglio di sicurezza al c.d. “punto focale” (risoluzione 1730 del 19 dicembre 2006), superando così almeno inizialmente l'intervento dello Stato. La seconda, invero, pronunciandosi sui ricorsi presentati dalle parti avverso le sentenze *Kadi* e *Yusuf*⁷⁴ ha annullato le relative sentenze del Tribunale ritenendo che spetta al giudice comunitario garantire la legittimità di un atto comunitario, nella specie il regolamento 881/2002, sotto il profilo della sua conformità ai diritti fondamentali. La Corte, riconoscendo la necessità di rispettare gli impegni assunti nell'ambito delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, afferma che la Carta dell'ONU, ai fini dell'attuazione delle misure sanzionatorie individuali sancite dal Consiglio di sicurezza ai sensi del capitolo VII, non impone la scelta di un modello prestabilito. Gli Stati membri dell'ONU sono liberi di individuare i vari modelli possibili di recepimento delle suddette misure. Questo proprio per consentire loro di rispettare i principi stabiliti dal proprio ordinamento giuridico interno. Da ciò si ricava che anche nella Comunità europea è possibile esercitare un controllo giudiziario sulla legittimità di un atto comunitario volto ad eseguire una misura sanzionatoria del Consiglio di sicurezza, valutando la sua conformità ai diritti fondamentali. Nel Trattato CE un'immunità giurisdizionale di un atto comunita-

⁷² Sentenza *Ayadi*, punti 151-152; sentenza *Hassan*, punti 121-122.

⁷³ Cfr D. SIMON, F. MARIATTE, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁴ Sentenza 3 settembre 2008, cause riunite C-402 e 415/05 P. Per un primo commento alla sentenza, v. I. INGRAVALLO, *Terrorismo: la Comunità europea può adottare i regolamenti sul congelamento di fondi*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2008, n. 5, p. 39 ss.

rio, non trova, infatti, alcun fondamento. Con riferimento alla procedura di riesame dinnanzi al Comitato per le sanzioni, la Corte, rilevando il carattere diplomatico della stessa, e ciò nonostante le modifiche di recente apportate (risoluzione 1735 del 22 dicembre 2006), ritiene che essa non offre le garanzie di una tutela giurisdizionale. La Corte invero non si preoccupa di esaminare un eventuale dovere di protezione diplomatica da parte dello Stato di cittadinanza o di residenza e forse non potrebbe nemmeno farlo dato che questo dovere è affermato nelle successive sentenze del Tribunale (*Ayadi e Hassan*) nel tentativo, come detto, di colmare la lacuna rilevata nella tutela giurisdizionale degli interessati⁷⁵. L'esame della Corte è incentrato sulla procedura di riesame dinnanzi al Comitato per le sanzioni. È questa procedura di natura diplomatica e interstatale che è posta sotto accusa, non consentendo alle persone o alle entità interessate di difendere i loro diritti e posto che il Comitato assume le proprie decisioni per approvazione disponendo ciascuno dei suoi membri di un diritto di veto (punto 323). Infatti come emerge dalle direttive del Comitato per le sanzioni, modificate da ultimo nel febbraio 2007, il ricorrente che ha presentato la domanda di radiazione non può fare valere i propri diritti nel corso della procedura, né può farsi rappresentare a tal fine, posto che solo il governo dello Stato in cui ha la residenza o di cui ha la cittadinanza ha la facoltà di trasmettere, eventualmente, osservazioni sulla domanda stessa. A giudizio della Corte quindi, i giudici comunitari “devono, in conformità alle competenze di cui sono investiti in forza del Trattato CE, garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ivi inclusi gli atti comunitari che, come il regolamento controverso, mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al cap. VII della Carta delle Nazioni Unite” (punto 326). La Corte inoltre, statuendo direttamente sui ricorsi, ha annullato il regolamento contenente le sanzioni individuali nella parte relativa ai ricorrenti, le cui impugnazioni sono state ritenute fondate. L'annullamento deriva dal mancato rispetto dei diritti della difesa, risultando in particolare violati il diritto all'informazione sulle circostanze che hanno portato alla inclusione nelle liste del Consiglio di sicurezza e quello al contraddittorio e ad un ricorso giurisdizionale effettivo. La Corte ha anche cura di precisare che alla mancata informazione degli interessati non è stato posto rimedio nemmeno nell'ambito del procedimento sottoposto al suo esame con la conseguenza che essa non ha potuto procedere al controllo di legittimità dei provvedimenti adottati nei confronti dei ricorrenti.

Con tale sentenza la Corte riafferma in modo netto la propria funzione di garante della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, tutela che nelle richiamate sentenze del Tribunale restava affidato agli Stati membri attraverso procedimenti di natura politico-diplomatica. La Corte realizza in tal

⁷⁵ Successive rispetto alle sentenze *Kadi e Yusuf* del Tribunale cui la sentenza della Corte si riferisce.

modo un bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e quelle di legalità che erano apparse sacrificate al fine di consentire la lotta al terrorismo e di garantire la sicurezza internazionale. Ne deriva che sono le istituzioni comunitarie che, nell'adottare misure restrittive delle libertà individuali, devono assicurare al singolo il beneficio delle regole procedurali. Nell'annullare il regolamento impugnato, infatti, la Corte sottolinea che vi è stata una violazione dei principi applicabili nella procedura di adozione delle misure restrittive senza escludere che l'applicazione delle stesse ai ricorrenti possa essere giustificata nel merito. Per tale motivo assegna alle istituzioni comunitarie tre mesi di tempo per adottare un nuovo atto che ponga rimedio alle violazioni constatate.

L'intento di raggiungere un punto di equilibrio tra le esigenze di sicurezza e le restrizioni alle libertà individuali si evidenzia anche nella Dichiarazione n. 25 allegata all'Atto finale del Trattato di Lisbona. In essa la conferenza, confermando la necessità di garantire il giusto processo delle persone o entità interessate da decisioni comunitarie che prevedono nei loro confronti misure restrittive, rileva che tali decisioni devono essere fondate su criteri chiari e distinti onde consentire una revisione giudiziaria esauriente⁷⁶.

Per il momento, quindi, il presunto obbligo degli Stati ad intervenire in protezione diplomatica dei propri cittadini o dei propri residenti non potrebbe sostituire l'intervento della Comunità nella tutela dei diritti individuali. Resta comunque che la prassi del Tribunale di primo grado, sia con riferimento alla protezione esercitata dalla Comunità, sia per quanto riguarda quella esercitata dagli Stati in virtù di specifici regolamenti comunitari, e salvo ulteriori precisazioni della Corte di giustizia⁷⁷, può costituire un utile indizio ai fini della rilevazione di una norma internazionale che riconosca un diritto individuale alla protezione diplomatica almeno nell'ambito di sistemi normativi speciali quale è quello dell'Unione europea⁷⁸.

Una maggiore chiarezza circa l'esistenza, nell'ordinamento comunitario, di un diritto individuale alla protezione diplomatica dei cittadini europei o dei residenti nella Comunità che sembra acquisito nelle ultime sentenze del Tribunale di primo grado, ma, come detto, ignorato nella sentenza della Corte del 3 settembre 2008, potrebbe venire dall'azione del Consiglio in virtù del nuovo paragrafo aggiunto all'art. 20 TCE dal Trattato di Lisbona. Al Consiglio è infatti attribuito il compito di stabilire, mediante direttive, le misure di coordinamento e di coo-

⁷⁶ Dichiarazione n. 25 relativa agli articoli 75 e 215 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea: "La conferenza ricorda che il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali implica, in particolare, che sia prestata la dovuta attenzione alla protezione e al rispetto del diritto al giusto processo delle persone o entità interessate. A tal fine, e per garantire una revisione giudiziaria esauriente delle decisioni che sottopongono una persona o entità a misure restrittive, tali decisioni devono essere basate su criteri chiari e distinti. I criteri dovrebbero essere adeguati alle caratteristiche specifiche di ciascuna misura restrittiva".

⁷⁷ Le sentenze *Ayadi* e *Hassan* del Tribunale sono oggetto di ricorso alla Corte; v. cause C-403/06 P e C-399/06 P, *GUUE* C 294, 2 dicembre 2006, p. 30 ss.

⁷⁸ Un diritto individuale alla protezione diplomatica nell'ordinamento comunitario fondato sull'art. 20 TCE è ritenuto già esistente da L. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 13 s.

perazione necessarie per facilitare la tutela diplomatica e consolare dei cittadini europei da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro⁷⁹. Il Trattato di riforma, quindi, con questo nuovo paragrafo introduce una base giuridica specifica per integrare la disciplina in materia di protezione diplomatica e consolare dei cittadini dell'Unione rendendo esplicito un obbligo degli Stati in tal senso.

Abstract

Diplomatic Protection in the European Union: An Example of Evolution of the Relevant International Rules

In 2006 the International Law Commission adopted the draft articles on the diplomatic protection of natural and legal persons which, apart from codifying the existing rules of general international law, also introduces a number of innovative aspects. The standard European Union procedure in this area might be a useful tool in verifying the evolution of the diplomatic protection in general. This study analyses the Community rules on diplomatic and consular protection for European citizens provided in the EC Treaty (Article 20), in the implementing secondary EC legislation and in the recent documents for the future developed by European Institutions. It also examines the Community relevant case-law, both specifically, in the area of fisheries, and more in general on the recent developments, like the Regulations by which the EU has implemented the UN Security Council Resolutions adopting restrictive measures against individuals. The analysis highlights some innovations concerning in particular the importance of citizenship as an essential prerequisite for the action of a State in diplomatic protection, with the subsequent reduction of the principle of exclusivity of action from the State of nationality; and the reduced relevance of the discretion criterion in the exercise of the protection, in order to achieve a more effective protection of individual rights and interests.

⁷⁹ L'art. 23, 2° comma del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata) prevede che "il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare direttive che stabiliscono le misure di coordinamento e cooperazione necessarie per facilitare tale tutela".

Maria Elena De Maestri

European Port Policy vs. European Policies Applied to Ports

SUMMARY: 1. Preliminary considerations. – 2. Port policy and ports' legal framework: the international level. – 3. The European level. – 4. The national level. – 5. European port policy: developments and failures. – 6. The European attempt to rule port services. – 7. Future perspectives for a proper European port policy. – 8. Conclusions.

1. Does a European port policy exist or have ports to be seen as a particular domain of the more general European Common Market Policy? In order to answer this fundamental question, it must be pointed out that speaking about ports means managing with a complex structure where many actors, rules and interests are living together, trying to find a balance between different needs and different duties¹. As an example, you can consider the possible clash between the

¹ For a bibliography on ports and their legal framework, see S. M. CARBONE, F. MUNARI, *Regole e organizzazione del trasporto marittimi internazionali*, Milano, 1990; G. MATTEI-DAWANCE, *Les ports dans le contexte européen*, in *Droit Maritime Français*, 1990, p. 350 ss.; A. AUSSANT, R. FOURNASIER, *La politique commune des transports*, in *Commentaire Mégret*, III, Brussels, 1991; S. M. CARBONE, *L'equilibrio tra Autorità Portuale e mercato*, in *Dir. traspt.*, 1994, p. 809; P. RUTLEY, *Sea Ports and EC Law. A Survey of Current Developments*, in *ETL*, 1995, p. 821 ss.; F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996; V. J. G. POWER, *EC Shipping Law*, London, 1998; F. MUNARI, *La prassi comunitaria sulla liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione Europea tra lotta alla discriminazione e compressione delle competenze statali*, in *DUE*, 1999, p. 207 ss.; H. STEVENS, *The Institutional Position of Seaports. An International Comparison*, Dordrecht, 1999; S. M. CARBONE, *La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *DUE*, 2000, p. 1 ss.; D'ANIELLO, *Porti*, in *EG*, XXIII, 1990; S. FORTUNATO, *I trasporti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2000, p. 455 ss.; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2000; G. SIRIANNI, *I porti marittimi*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 1889 ss.; R. LAGONI, *Beiträge zum deutschen und europäischen Seehafenrecht*, Münster-Hamburg-London, 2001; M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e comunitario*, Torino, 2001 p. 97 ss.; M. MEGLIANI, *L'accesso alle infrastrutture*, in L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001 p. 61 ss.; S. M. CARBONE, *Il diritto marittimo*, Torino, 2002; C. I. CHLOMOUDIS, A. PALLIS, *European Union Port Policy*, Cheltenham, 2002, p. 231 ss.; F. R. GREAVES, *EC Transport Law*, London, 2002; A. MASUTTI, *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, Milano, 2002; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Sovranità e trasporti: organizzazioni internazionali e fonti normative indirette*, in *Dir. mar.*, 2002, p. 107;

purely economic objective pursued by terminal operators, brokers, shipping agents and carriers and the more general interests that Port Authorities tend to accomplish, such as the development of the national economy or the protection of the environment.

Moreover, concerning the port entity, it has to be emphasised that ports have a “double soul”, since they have a public aspect, strictly connected to the strategic importance that each State accords to them as a logistics node, and a commercial side, deriving from the fact that ports are also an important basis for entrepreneurial and economic activities.

Another preliminary consideration, arising from the previous one, is that, on the one hand, States are not willing to release or, however, decrease their legislative power relating to port areas, because of the economic interests connected to port activities; on the other hand, the geographical, economical, legal and managerial specificity of each port makes it impossible to work out a uniform regime, or even to identify common conflict issues which would benefit from a uniform regulation and which normative level is the best to do so.

As a matter of fact, from a national point of view, ports represent a very important logistics node, which shapes the national economy of each State and enhance its competitiveness towards other EC Member States and third States. Then, if we get on to the European level, all Member States’ ports constitute the European port system, which deeply influences European economy, and which makes Europe competitive towards third countries. In other words, if we consider that the economic life of each State, and of Europe as an organisation of States, is strictly connected with its trade capacity, it is easy to understand that there are many normative levels interested in regulating port policy.

At the same time, the port as a complex infrastructural reality, develops following territorial specificities and, even at a national level, where managerial and administrative aspects are uniform for all ports located in the State territory, structural differences characterising different ports impose the intervention of local rule-makers in order to implement national law. If we consider the European area, the question gets more and more complicated, as far as different States adopt different managerial models for their ports. For example, traditionally, north European ports are quite independent from central governments and are managed stressing their trade-oriented function; Mediterranean ports are rather more connected to national institutions, because of the idea of the port as a public property.

G. VEZZOSO, *I porti italiani e l'Europa*, in G. SCIUTTO, *I porti italiani e la sfida dei mercati*, Genova, 2002, p. 240 ss.; S. M. CARBONE, F. MUNARI, *Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di infrastrutture del trasporto, aeroporti e porti, servizi di trasporto pubblico locale*, in *DUE*, 2003, p. 425; L. SCHIANO DI PEPE, *Articoli 70-80 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 466 ss.; C. I. CHLOMOUDIS, A. PALLIS, *The EU Port Policy in a Historical Perspective*, in *European Research Studies*, 2005, p. 21 ss.; H. N. PSARAFIS, *EU Ports Policy: Where do We Go from here?*, in *Maritime Economics and Logistics*, 2005, p. 73 ss.; S. M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006; L. SCHIANO DI PEPE, *Inquinamento marino da navi e poteri dello Stato costiero. Disciplina internazionale e disciplina comunitaria*, Torino, 2007.

This explains why it is difficult to identify common rules at a “supranational” level, except from some very technical aspects, connected to a precise matter.

2. Following the abovementioned considerations, in order to discuss about “port policy” it is necessary to define i) what does “port” mean, in relation to different normative levels (international, European and national), and ii) which are the main issues arising at each normative level.

From an international point of view, the port is, above all, a commercial outcome. So that the priority action is to grant free access to all merchant ships without any discrimination, in order to ensure the freedom of maritime traffics; at the same time, the international transport policy in general is paying more and more attention to some problems, such as the protection of the environment and the elaboration of safety/security standards, and, evidently, also ports’ regulation is affected by those key interests. The trade-oriented characterisation of ports can be derived from the only multilateral treaty dedicated to maritime ports: the old 1923 Geneva Convention, processed by the League of Nations and come into force on 1926, in order to “grant the vessels of every other Contracting State equality of treatment with its own vessels, or those of any other State whatsoever, in the maritime ports situated under its sovereignty or authority, as regards freedom of access to the port, the use of the port, and the full enjoyment of the benefits as regards navigation and commercial operations which it affords to vessels, their cargoes and passengers”. The Convention is still in force and, at Art. 1, specifies that “all ports which are normally frequented by sea-going vessels and used for foreign trade shall be deemed to be maritime ports within the meaning of the present Statute”. However, some Authors² contend that the relevance of this instrument has fallen off together with the establishment of a well known principle of international law concerning the free access to ports, so that an express regulation of it has become redundant. At the same time, other Authors³ maintain a different position, considering that the access to ports should always be subject to an express consent by the State of the port⁴.

² See, R. LAUN, *Le régime international des ports*, in *RCADI*, V, 1926, p. 30 ss.; D. J. COLOMBO, *The International Law of the Sea*, London, 1967, VI ed.; I. DELUPIS, *International Law and the Independent State*, Epping, 1974, p. 48 ss.; L. B. SOHN, K. G. GUSTAFSON, *The Law of the Sea in a Nutshell*, Saint Paul, 1984, p. 80 ss.

³ See L. M. HYDEMAN, W. H. BERMAN, *International Control of Nuclear Maritime Activities*, Ann Arbor, 1960; M. S. MCDUGAL, W. T. BURKE, *The Public Order of the Oceans. A Contemporary International Law of the Sea*, New Haven, 1962; B. H. DUBNER, *The Law of Territorial Waters of Mid-Ocean Archipelagos and Archipelagic States*, The Hague, 1976; A. V. LOWE, *The Right of Entry into Maritime Ports in International Law*, in *San Diego LR*, 1976/1977, p. 527 ss.; K. HAKAPÄÄ, *Marine Pollution in International Law (Material Obligations and Jurisdiction)*, Helsinki, 1981; D. P. O’CONNELL, *The International Law of the Sea*, II, London 1984; G. C. KASOULIDES, *Port State Control and Jurisdiction: Evolution of the Port State Regime*, Dordrecht, 1993, p. 1 ss.; Z. OYA OZCAYIR, *Port State Control*, Richmond, 2004.

⁴ Another important international source, even if not specifically dedicated to ports, which should guide us to understand the international approach to ports, is the 1982 United Nations

In relation to technical provisions, not necessary concerning ports, but which indirectly relate to ports, with reference to safety standards, we can recall the work of the International Maritime Organisation (IMO), such as the 1974 International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), whose main objective is to specify minimum standards for the construction, equipment and operation of ships, compatible with their safety, and which allows the State of the port to make some controls over ships under other contracting States' flag⁵.

In 2004 IMO adopted the International Ship and Port Facility Security Code (ISPS Code), which is a comprehensive set of measures to enhance the security of ships and port facilities, developed in response to the perceived threats to ships and port facilities in the wake of the 11 September 2001 attacks in the United States. In essence, the Code follows the approach according to which ensuring the security of ships and port facilities is a risk management activity and, in order to determine which security measures are appropriate, a proper assessment of risks must be evaluated in each particular case.

The purpose of the Code is to provide a standardised, consistent framework for evaluating risks, enabling Governments to offset changes in threat with changes in vulnerability for ships and port facilities through determination of appropriate security levels and corresponding security measures.

Concerning the protection of the environment, we can quote, as examples, the 1972 Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter with the 1996 Protocol; the 1973 International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, as modified by the Protocol of 1978 relating thereto (MARPOL 73/78); the 1990 International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation and the 2000 Protocol on Preparedness, Response and Co-operation to pollution Incidents by Hazardous and Noxious Substances (OPRC-HNS Protocol).

As it can be easily seen, all those international treaties relate to technical aspects of navigation or to the more general problem of the environmental protection of the sea, while they do not affect national port policy as a whole. Furthermore, the fact that some conventions clearly state that they are providing "standards" for national regulations, gives rise to some problems of interpretation concerning the possibility, for each Member State or even for each port, of providing for stricter rules than those envisaged at the international level. In fact,

Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). Its Art. 11, entitled "Ports", provides that: "For the purpose of delimiting the territorial sea, the outermost permanent harbour works which form an integral part of the harbour system are regarded as forming part of the coast. Off-shore installations and artificial islands shall not be considered as permanent harbour works".

⁵ The SOLAS Convention establishes that flag States are responsible for ensuring that ships under their flag comply with the requirements set up by the Convention, and a number of certificates are prescribed as proof that the relevant controls have been carried out. Control provisions also allow Contracting Governments to inspect ships of other Contracting States if there are clear grounds for believing that the ship and its equipment do not substantially comply with the requirements of the Convention (port State control).

if we consider that those instruments give only a minimum level of protection, States are free to adopt more severe rules and therefore to depart from the purpose of uniformity of law, in favour of a material considerations' principle, which leads to a "run" to the best practice and, however, to a fragmented framework.

3. At a European level, we have to say that the EC Treaty does not contain any rule specifically dedicated to ports⁶. However, from the basic principles of the Treaty itself, and from the judgements of the European Court of Justice, we can infer how European institutions intend the entity "port" and which are the main issues related to it.

At first, reference must be made to the four fundamental freedoms granted by the Treaty: free movement of people, goods, services and capital. All EC actions are aimed at developing as far as possible the internal market, so that also transport infrastructures, among which ports play an important role, have to be seen in the scope of facilitating the free movement of people and goods. At the same time, the commercial "soul" of the port needs to be kept in mind: the fulfilment of the internal market must comply with an entire body of rules concerning competition, State aids, and freedom to provide services. In practice, the port can be examined from a double point of view: a) as ancillary infrastructure for the deployment of the basic freedoms; b) as a market, where the port is seen as a commercial undertaking, since that classification applies to every entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed⁷; so that port activities are ruled according to EC Treaty rules⁸.

And it is precisely the second aspect, connected with the specific characterisation of services provided in ports, that attracts the attention of European institutions. It is worth mentioning Articles 70-80 ECT, expressly dedicated to transports, and extended by the European Court of Justice to transport infrastructures⁹. A particular reference needs to be made to Art. 80 ECT, which states that the provisions of Title V shall apply to transport by rail, road and inland waterway, while the Council may, acting by a qualified majority, decide whether, to what extent and by which procedure, appropriate provisions may be laid down for sea and air transport. In this context, the recent Lisbon Treaty brings some procedural innovations to Art. 80 ECT (that will become Art. 100 TFEU), providing that "the provisions of this Title shall apply to transport by rail, road and inland waterway. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may lay down appropriate provisions for sea and air transport. They shall act after consulting the Economic and

⁶ See L. SCHIANO DI PEPE, *Articoli 70-80 TCE*, cit., p. 466.

⁷ European Court of Justice, 23 April 1991, case C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, available on line, as all European Court of Justice case-law, on curia.eu.

⁸ S. M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti*, cit., p. 2 ss.

⁹ See European Court of Justice, 10 December 1991, case C-179/90, *Merci Convenzionali porto di Genova*.

Social Committee and the Committee of the Regions”. This means that the legislative procedure allowing EU to adopt measures relating to maritime transport and, as a consequence, to ports will be lighter, needing no more the qualified majority asked, till today, by Art. 80 ECT. Moreover, mention must be made of the relevance given to the Committee of Regions, which shows us the fact that European institutions are well conscious of the “regional”, better than “national”, dimension of ports, strictly connected to the territorial and economic development of the region they “belong” to.

Relating to other European policies that can affect port activities as services functional to the internal market’s fruition, the extension of the scope of application of EC competition rules¹⁰ dates back to 1974, when the European Court of Justice passed the well known judgement *French Sailors*¹¹. Here we can read that according to Art. 80 ECT, sea and air transports, so long as the Council has not decided otherwise, are excluded only from the application of the rules of Title IV of part two of the Treaty, relating to the common transport policy, while general rules of the Treaty, including those relating competition, are applicable on the same basis as other transport methods. The same principle has been confirmed a few years later, when, in a case concerning air transport, the Court stated that it is clear, from the wording of Art. 70 ECT, that the objectives of the Treaty, including the institution of a system ensuring that competition in the common market is not distorted, are equally applicable to the transport sector. Specifically, in the absence of any provision to the contrary in the Treaty, it must be concluded that competition rules are applicable to transports, because Art. 80 ECT can not be interpreted as excluding air transport from the common general rules¹². In addition to provisions concerning competition in general, the specific elements of the transport field needed some particular rules, that had been set up through regulations and directives.

As it is well known, the purpose of competition law is to ensure a fair, free and efficient market, and there is an obvious need to have a comprehensive set of competition rules also for the port sector. In fact, carriers, shippers and consumers require competitive, reasonably-priced and efficient ports through which people and goods can move; at the same time, ports themselves can benefit from the stimulus of competition and become more efficient and profitable in the process¹³.

¹⁰ Particularly, see Articles 81, 82, 86 and 87-89 ECT.

¹¹ European Court of Justice, 4 April 1974, case 167/73, *Commission v. France*.

¹² European Court of Justice, 30 April 1986, joined cases 209 to 213/84, *Nouvelles Frontières*.

¹³ See E. GOUVERNAL, M. GUILBAULT, C. RIZET, *Politiques de transport et compétitivité*, Paris, 1997; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law*, London, 1998; V. J. G. POWER, *European Community Competition Law and Sea-Ports*, in *Dir. mar.*, 2001, p. 90 ss.; P. CORRUBLE, *Le droit communautaire de la concurrence appliqué aux ports européens*, in *Droit Maritime Français*, 2002, p. 68 ss.; S. M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti*, cit. p. 6 ss. and p. 296 ss.

In the same perspective, no doubts arise on the applicability of State aids rules, integrated by the specific provisions of Title V ECT¹⁴.

Another important domain that could show some interferences with port policy, is the discipline of the freedom to provide services. To this extent, Art. 51 ECT clearly says that freedom to provide services in the field of transport shall be governed by the provisions of the Title relating to transport, excluding, as a consequence, the pertinence of Art. 49 ff. ECT, at least until specific implementation rules are set up.

In fact, the Court did not hesitate to contend that “before the entry into force of Regulation No 4055/86 of 22 December 1986 applying the principle of freedom to provide services to maritime transport between Member States and between Member States and third countries, adopted by the Council on the basis of Art. 84(2) of the Treaty, the EEC Treaty, in particular Articles 59, 61, 62 and 84, did not prevent a Member State from levying, in connection with the use by a ship of harbour installations situated in its island territory, charges on the embarkation and disembarkation of passengers arriving from or going to a port situated in another Member State, whilst in the case of travel between two ports situated within national territory those charges were levied only on embarkation at the island port”¹⁵.

According to the above, the recent directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council, of 12 December 2006, on services in the internal market, excludes transport services, “including port services”, from its scope of application. The text of the exclusion-clause clearly states that port services must be considered as transport services falling within the scope of Title V ECT, confirming what case-law had already acknowledged in relation to the wording of Art. 80 ECT.

In this context, mention must be made also of Art. 154 ECT (after Lisbon Treaty Art. 170 TFEU), which directly refers to transport infrastructures, specifying that in order to help achieving the objectives of the EU, and to enable citizens of the Union, economic operators and regional and local communities to derive full benefit from the setting-up of an area without internal frontiers, the Union shall contribute to the establishment and development of trans-European networks in the areas of transport, telecommunications and energy infrastructures. However, from the wording of the Treaty, the EC competence in this sector is only concurrent with States’ action, as well as it is relating to Title V ECT, so that the action of European institutions must comply with the subsidiarity and proportionality principles¹⁶.

¹⁴ A. EVANS, *EC Law of State Aid*, Oxford, 1997; A. ANTONINI, *Gli obblighi di servizio pubblico e gli aiuti di Stato nel trasporto marittimo*, in *Dir. mar.*, 2001, p. 837.

¹⁵ European Court of Justice, 13 December 1989, case C-49/89, *Corsica Ferries France v. Direction générale des douanes françaises*.

¹⁶ On the subsidiarity principle see C. CATTABRIGA, *Il Protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *DUE*, 1998, p. 61 ss.; G. D’AGNOLO, *La sussidiarietà nell’Unione Europea*, Padova, 1998; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell’Unione*

4. From a national point of view, the case of the Italian legal system can be brought as an example, considering that, as it has been observed, each State adopts its proper managerial model of ports and specific laws concerning port activities.

Precisely, ports can be classified following the relationship between the port and the central authority of the State, as well as following the type of Port Authority governing them. The classification within one of those criteria generally concerns all ports located in a given country, because the rules setting port management are usually given at a national level.

In accordance to the first criteria, ports can be divided into four groups: i) ports whose operations and development are managed by the central public authority; ii) ports with a decentralised management, where the central authority transferred its competences to local public authorities; iii) ports with an autonomous Port Authority, even if the State always maintains the power to control the activity of the managerial entity; iv) private ports, which are managed and operated by private companies.

Regarding Port Authorities and their activity, we can point out three port models: a) Landlord ports, where the managerial entity is responsible for the improvement of territory and infrastructures, while the management of port traffic is up to the private sector; b) Tool ports, where the managerial entity develops and manages the infrastructure; c) Operating ports, where, in addition to the development and management issues connected with the infrastructure, the Port Authority also provides port services. The majority of European ports, except from United Kingdom ones, which are managed and operated by private companies, are Landlord ports, while, as we will see, the operational port model is contrasting with the general principle of separation between managerial and operational activities (separation of roles principle), which seems to inform all European ports¹⁷.

Today the Italian reference frame for ports is outlined by Law n. 84/1994, which, first of all, establishes the principle of separation between port opera-

Europea, Padova, 1998; C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *DUE*, 1999, p. 725 ss.; M. C. BARUFFI, *Art. 5*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001; K. P. E. LASOK, *Law and Institutions of the European Union*, London, 2001; C. DI TURI, *La prassi relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *DUE*, 2002, p. 671 ss.; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007.

¹⁷ See A. M. CITRIGNO, *Autorità portuale, profili organizzativi e gestionali*, Milano, 2003; E. VAN HOOYDONK, *The Regime of Port Authorities under European Law (Including an Analysis of the Port Services Directive)*, in VAN HOOYDONK (ed.), *European Seaports Law, EU Law of Ports and Ports Services and the Port Package*, Antwerp, 2003 p. 79 ss.; M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all'autonomia dell'autorità portuale*, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 2965 ss.

tions, provided by private companies, and their control, granted by Port Authorities¹⁸.

Specifically, Art. 6.6 of Law n. 84/1994 states that Port Authorities can't run port's operations, neither directly, nor through their participation in enterprises providing those services, while they preserve a general power of address and control.

The entrepreneurial activity connected to port services is reserved to private undertakings which operate with a proper permission released by the Port Authority in accordance to the principles of transparency and fair competition. Sometimes (i.e. for terminal operators) private companies have also to obtain a land grant, because of the need of an exclusive use of a zone of the port area, in order to build and manage special infrastructures strictly connected to the service they provide. The regime based on free competition which informed the whole Italian port law reform, configures itself in a particular way in relation to technical-nautical services, where considered as general interest services¹⁹.

In fact, according to Law n. 84/1994, Port Authorities can directly manage some port services, such as the maintenance of common parts of the port area, or some "general interest" services, connected to activities which do not concern safety in navigation. By way of example, consider that technical-nautical ser-

¹⁸ See F. BERLINGIERI, *Note sulla legge 28 gennaio 1994, n. 84 sul riordino della legislazione in materia portuale*, in *Dir. mar.*, 1994, p. 238 ss.; S. M. CARBONE, F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia. Risultati e prospettive*, *ivi*, p. 3 ss.; ID, *La legge italiana di riforma dei porti ed il diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1994, c. 367 ss.; M. GRIGOLI, *Pubblico e privato nella nuova realtà portuale*, in *Dir. mar.*, 1998, p. 228 ss.; S. M. CARBONE, F. MUNARI, *La cd. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, *ivi*, 2000, p. 338 ss.; F. MUNARI, *Assetti e modelli organizzativi delle operazioni portuali e dei servizi ad esse connessi alla luce delle disposizioni della Legge 30 giugno 2000, n. 186*, in *Dir. mar.*, 2000, p. 1265 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Le competenze in materia di porti alla luce della riforma della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2001, p. 593 ss.; C. MONTEBELLO, *Decentramento regionale e riforme portuali*, in *Dir. trasp.*, 2001, p. 590 ss.; F. MUNARI, *Rischi e obiettivi di una revisione delle norme sull'accesso al mercato dei servizi portuali*, in *Dir. mar.*, 2004, p. 835 ss.; M. LOPEZ DE GONZALO, *La "regola della separazione" nella disciplina dei servizi portuali ed aeroportuali*, *ivi*, 2005, p. 670.

¹⁹ See S. M. CARBONE, F. MUNARI, *Safety of Navigation and Efficiency in Port from the View of the Technical-Nautical Services Ancillary to Navigation: Remarks on the European Commission green Paper on Ports and Maritime Infrastructure*, in *Dir. mar.*, 1998, p. 902; F. MUNARI, *Assetti e modelli organizzativi delle operazioni*, *cit.*, p. 1265; B. DOHERTY, *Just What are Essential Facilities?*, in *CML Rev.*, 2001, p. 397; A. W. H. MEIJ, H. NYSENS, *State Intervention in Port Related Services: A Bird's Eye View*, in *Dir. mar.*, 2001, p. 72 ss.; F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri ed interesse generale*, in *DUE*, 2001, p. 39 ss.; A. BLASI, *Aiuti di Stato e rimborso degli extra-costi di servizio pubblico* in *Dir. mar.*, 2002, p. 846 ss.; S. M. CARBONE, F. MUNARI, *The Regime of Technical-Nautical Services (Pilotage, Towing, Mooringmen) under European Law*, in *Com. St.*, 2002, p. 199 ss.; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art.36 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *DUE*, 2002, p. 633.

vices or the management of railway services inside port areas can be directly provided by Port Authorities²⁰.

However, even in those exceptional cases, the Port Authority must comply with the duty of fair competition, so that those services will not be reserved to the Port Authority in general, but there should be a concession released in accordance to transparency and fair competition rules; furthermore, even if a proper split between managerial activities and address duties is not possible, from an organisational, management and book-keeping point of view, Port Authorities must comply with the separation principle, in order to avoid distortions of fair competition deriving from a fundings' flow from the Port Authority as address entity and the Port Authority as service provider²¹.

The system designed by Italian law, particularly by Law n. 84/1994, allows us to say that for Italian institutions the port has a double shape: sure it is a market, where entrepreneurial activities must comply with the rules concerning competition, but, at the same time, the State property of port zones, the grant discipline and the more general interest of central authorities to the widest development of port's traffics, impose some considerations of public nature which do not allow local authorities to adapt national rules to the specificity of each port.

5. In spite of the lack of an express provision dedicated to ports in the European Community Treaty, the building of a European market can not avoid to care about ports, also because the port sector handles more than the 90% of the Union trades with third countries and approximately 40% of intra-EU traffic, as well as over 200 million passengers every year.

²⁰ See Articles 6.6 and 23.5, Law n. 84/1994, which, respectively, state that: "Le Autorità Portuali non possono esercitare, né direttamente né tramite la partecipazione di società, operazioni portuali ed attività ad esse strettamente connesse. Le Autorità Portuali possono costituire ovvero partecipare a società esercenti attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali affidati alle Autorità medesime, anche ai fini della promozione e dello sviluppo dell'intermodalità, della logistica e delle reti trasportistiche"; and that: "Le Autorità Portuali istituite nei porti in cui le Organizzazioni Portuali svolgevano i servizi di interesse generale di cui all'articolo 6, comma 1, lettera c), possono continuare a svolgere in tutto o in parte tali servizi, escluse le operazioni portuali, utilizzando fino ad esaurimento degli esuberi il personale di cui al comma 2 del presente articolo, promuovendo anche la costituzione di una o più società tra le imprese operanti nel porto, riservandosi una partecipazione comunque non maggioritaria".

²¹ Even if the provision of such services directly by Port Authorities seems to be justified by "general interest" considerations, and even if some guarantees are ensured by transparency rules, the Italian Authority for Competition and Market (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) in 1997 issued a document concerning the port market and services, underlining that, even relating to "general interest" services, Port Authorities should dismiss their entrepreneurial role, through public calls for tenders. Only in cases of market failures, occurring when no companies are able to provide the service, bears the need of a direct involvement of the Authority in providing the service, because, otherwise, that "general interest" service will not be available for end users (see AGCM, Prov. N. 5415/1997).

As we said, in order to develop a European port policy, the first step must be taken from Treaties, while, recalling what has been said in the previous paragraph, many general rules concerning the realisation of the internal market can be adapted to the reality of ports.

For a long time the port policy has been considered as a part of transport policy, and the European Commission thought that a specific port policy was dispensable, being enough the application of general market rules; on the contrary, since the signature of Rome Treaties the Parliament insisted on the adoption of a European port policy, which it deemed to be necessary to ensure a profitable development of transport Policy.

The first step to a European dimension of port policy dates back to 1974, when a working group, composed by members of national representatives of Port Authorities and led by the Commission, began working on a report on the legal and financial situation of European ports. It is precisely from that document, delivered in 1977, that the Commission confirmed its position in avoiding processing an *ad hoc* policy for ports.

It's only in the Nineties that we can see an intensification of EC activity in the seaport sector: first of all the work of the European Court of Justice in extending Treaty rules to transport infrastructures, and, then, the Commission presentation, in 1997, of the "Green Paper on sea ports and maritime infrastructure"²². Evidently this instrument has a programming character, and does not provide for a binding discipline for ports and port activities. It has the purpose of launching a wide ranging debate on individual port issues and possible future policies, in order to increase port efficiency and improve port and maritime infrastructure by integrating ports into the multi-modal trans-European network and, at the same time, meeting the Community's responsibilities under the Treaty to ensure free and fair competition in the port sector. The Commission itself recognises that "in the past ports have tended to remain on the sidelines of the EU's transport policy debate. The time has now come to redress this situation, and to focus on the key issues relating to ports in today's competitive environment".

Admitting that ports have often been seen by governments as growth poles and fulcra of national and regional development, the Commission expresses the relevance and desirability of a more co-ordinated approach to port development at pan-European level, giving attention to the role of ports in the Trans-European Transport Network (TEN-T), for the promotion of the interconnection and interoperability of national networks and access to them, in order to enable citizens of the Union, economic operators and regional and local communities to derive full benefit from the internal market. The paper is focused, in particular, on two important areas: a) financing and charging for infrastructure; and b) port services.

²² Green Paper on *Sea ports and maritime infrastructure*, COM(97)678 final.

With regard to the first aspect, it is said that, if the Union is to develop a more uniform approach, ensuring that the costs of ports and maritime infrastructures are charged to the users, it will require to proceed in stages in a number of fields, such as transparency on charging practices and on port financing and development of State aid rules. The need for a Community framework on port charges would require charges to be linked with costs and reflecting the cost of infrastructure investments, which is a result that, in the Commission's opinion, would better be achieved through a Council directive establishing an appropriate framework whilst leaving sufficient scope for divergent traditions in port organisation. This directive, however, has never been adopted.

Concerning port services, one of the subject that affected the most European attempts to intervene in port discipline, the paper stresses their function in transferring passengers and cargo from sea to land transport and vice-versa, as well as it underlines the need of achieving fair competition also in this branch of the EU market. The Commission envisages a double approach to this matter: the first one, that was and still is the present one, sees the Commission examining each complaint of alleged breaches of the EC Treaty by local practices on a case by case basis; while the second and complementary approach wants the establishment of a regulatory framework at Community level, aiming at a more systematic liberalisation of the port services market and at establishing a level playing field between and within Community ports, while ensuring compliance with port and maritime safety standards. Such a framework would include a certain minimum professional qualifications and service requirements for the suppliers of technical-nautical services, as well as providing common rules for access to the port services market, taking due consideration of the specific features of this sector.

From the very first considerations expressed in the document, it is evident that, once again, the reference is to fundamental freedoms and to the realisation of fair competition, as the main objectives leading institutions' action in port policy.

6. Following the way outlined by the Green Paper, the activity of EU institutions began to concentrate on port policy, leading to the presentation, on 13 February 2001, of the so-called "Port Package"²³. The Commission presented a

²³ M. BRIGNARDELLO, *La politica portuale alla luce della nuova proposta di direttiva europea*, in *Dir. mar.*, 2001, p. 1310 ss.; S. FARRELL, *If It Ain't Bust, Don't Fix It: The Proposed EU Directive on Market Access to Port Services*, in *Maritime Political Management*, 2001, p. 307 ss.; G. VEZZOSO, *Il progetto di direttiva comunitaria sull'accesso ai servizi portuali*, in *DCSI*, 2001, p. 563 ss.; W. ELSNER, *Reinforcing Quality Service in Sea Ports: A Key for European Transport. The European Commission's so-Called Ports Package*, in E. VAN HOOYDONK (ed), *op. cit.*, p. 9 ss.; E. VAN HOOYDONK, *The Regime of Port Authorities under European Law Including an Analysis of the Port Services Directive*, *ivi*; F. MUNARI, *Rischi e obiettivi di una revisione delle norme sull'accesso al mercato dei servizi portuali*, in *Dir. mar.*, 2004, p. 835 ss.; E. VAN HOOYDONK, *Prospects After the Rejection of the European Port Services Directive*, *ivi*, p. 851 ss.; T. NOTTEBOHM, *Is More Port Competition Needed?*, presented at the International Conference, *The Second EU Ports Package. The Good or the Last Try?*, Antwerp, 20 May 2005; S. M. CARBONE, F. MU-

Communication to the European Parliament and the Council entitled “reinforcing quality service in sea ports: a key for European Transport”²⁴, which is formed by an introduction explaining principles that guide European action in port sector, the wished proposal for a directive on market access to port services and a report of the Commission on public financing and charging practices in the Community sea port sector (“*Inventory*”).

The importance of the proposal for a directive comes from the fact that this is the first attempt in adopting a binding framework for port activities, trying to ensure freedom to provide services in a competitive market also for port infrastructures, which, as we said, are exempted from the application of ECT general rules concerning freedom to provide services.

The Commission explains, at first, that the key principles running its action in this field are directly driven from Treaty rules on the realisation of the internal market and that the directive and its implementation by Member States must not jeopardise safety and environmental protection rules in ports; in particular, the proposal establishes common rules for: i) free access of providers of port services to the market for the provision of port services, in accordance to EC Treaty competition rules; ii) the possibility for Member States to require that a provider of port services obtains prior authorisation, in order to ensure proper management of a port; provided that the conditions for granting the authorisation must be transparent, non-discriminatory, objective, relevant and proportionate; iii) the number of authorisations, which can be limited only for reasons of constraints relating to available space or capacity or, for technical-nautical services, maritime traffic related safety; iv) the duration of authorisations, that must be limited in time; v) Member States implementation of self-handling; vi) the rights and obligations of port managing bodies in their dual function of authority and service provider, specifying that where the managing body of the port directly provides port services in competition with other service providers, it must be treated like any other provider and it must separate its port services accounts from the accounts of its other activities; vii) good governance, which implies full transparency of all procedures related to the provision of port services and the availability of appeal procedures.

In November 2003, after almost three years of inter-institutional legislative process, at the end of the conciliation procedure, the European Parliament rejected the compromise text, so that the 10 March 2005 the Commission withdrew the proposal for a directive²⁵. Well far from giving up the interest on port services regulation, in October 2004 the Commission presented a second

NARI, *La disciplina dei porti*, cit.; A. PALLIS, S. GP. TSIOTIS, *Maritime Interests and the EU Port Services Directive*, in *ETL*, 2008, p. 17.

²⁴ Commission Communication to the European Parliament and the Council, Reinforcing Quality Service in Sea Ports: a Key for European Transport, COM(2001)35 final.

²⁵ On 2005, the Commission withdrew the Proposal in a document entitled “Withdrawal of the Commission proposals which are no longer of topical interest”, available on line at europa.eu.

“Proposal for a directive on market access to port services”²⁶. The principles governing the new document are the same as expressed in the previous one, considering necessary the adoption of a Community framework setting down the basic rules applicable in EU ports, in order to ensure that the competition within and between ports is on a level playing field. The main issues managed by this legal instrument are, firstly, intra-port competition, and, secondly, inter-port competition, considering the foundation of fair competition between providers of the same port service within a port, as well as between different ports, one of the principal purposes of the Community action. The material provisions of the 2004 proposal are pretty much the same as those contained in the 2001 proposal, except from a) now compulsory authorisation for all port services; b) shorter duration of authorisations; c) rudimentary arrangements for compensation for previous service providers; d) the extension of self-handling to new circumstances and e) the actual abandonment of transitional arrangements for existing service providers.

Once again, the Commission, on 17 March 2006, was bound to the withdrawal of the proposal, because of a lack of agreement with the European Parliament.

Going back for a while to the research of the meaning of the word “port” at European level, it is remarkable that Art. 4 of both directive proposals gives a definition of port as “an area of land and water made up of such works and equipment as to permit, principally, the reception of ships, their loading and unloading, the storage of goods, the receipt and delivery of these goods, and the embarkation and disembarkation of passengers”. From the wording of the provision, it is clear the by now well known “fundamental freedoms-oriented” concept, so that port is an infrastructure functional to the grant of the free movement of people and goods.

This is quite surprising, because, as we said, the proposal for a directive was aimed at ensuring freedom to provide services; in this perspective, the port should be seen as a market or, at least, as a dynamic reality where the interest of public and private actors must be balanced; certainly not as a static entity functional to the development of other freedoms granted by the Treaty.

This consideration leads us to understand the reason of the failure of the two directive proposals. Even if European institutions recognise that port areas are characterised by the complexity and variety of applicable national and other rules, and by heterogeneous nature of port services and the diversity of each port, when they established rules concerning port services they made a double mistake: on the one hand they qualify every port service as a commercial service, not considering relevant differences among them. On the other hand, asserting a principle of free access to port market to every interested undertaking, implies

²⁶ Proposal for a directive on market access to port services (presented by the Commission), COM(2004)654 final.

to bring back all ports to a unique managerial model, where many companies compete for each service.

The problem arises from a misunderstanding, well explained by the Authors²⁷, on what kind of “free access” has to be ensured: not the free access to port infrastructures (static view), but the free access to port market (dynamic view).

Notwithstanding the failure of this legislative project, some positive aspects must be underlined. Obviously all provisions introducing transparency rules in service providing are noteworthy, but the most relevant one is the statement of the separation principle. In fact, as already remarked, the proposal left port managing bodies the opportunity to play the dual function of authority and service provider, specifying that where they directly provides port services in competition with other service providers, they must be treated like any other provider and they must separate port services accounts from the accounts of other activities.

In this regard, a digression on Italian compliance with this principle might be done, even if it hasn't already been stated in a binding European regulation. Effectively, Law n. 84/1994 goes beyond the European principle of separation of accounts, establishing a principle of separation of activities, so that Port Authorities, as control authorities, are generally not allowed to provide services in the port market²⁸.

The last significant aspect deriving from the proposals for a directive, concerns the clear mention of the future adoption of “soft law” instruments in order to develop European port policy; the consciousness of the great importance covered by this field at a trans-national level, implies that, if a binding framework can not be achieved at the moment, European institutions, however, must continue to define the way that Member States have to follow in order to ensure complete realisation of European objectives.

The attention paid by European institutions to ports, and their consequent more frequent intervention on port policy, grew also thanks to the tendency expressed by the Commission in the White Paper “European transport Policy for 2010: time to decide”²⁹. This document originates from the statement that, together with the enlargement, a new imperative (i.e. sustainable development) offers an opportunity, not to say lever, for adapting the common transport policy. This objective, as introduced by the Treaty of Amsterdam, has to be achieved by integrating environmental considerations into Community policies. Following this aim, the Commission analyses the actual setting of transports in the EU, and detects three main issues that need to be affected by European transport policy:

²⁷ See S. M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti*, cit., p. 32.

²⁸ As already pointed out, Law n. 84/1994 contemplates the possibility, for Port Authorities, to directly operate some services, as considered of “general interest” or strictly connected to their institutional functions.

²⁹ White Paper, European transport policy for 2010: time to decide, 12.09.2001, COM(2001)370 final.

a) unequal growth in the different modes of transport; b) congestion on the main road and rail routes, in towns, and at airports; c) harmful effects on the environment and public health.

Actually, the heart of the sustainable development strategy relies upon shifting the balance between modes of transport, in particular decreasing road transport in favour of water and rail transport. This ambitious objective, and the expected growth of sea transport, will need to be absorbed through the EU's port infrastructures. Increased investments within ports and towards the hinterland are necessary in order to improve and extend services so that ports become poles for growth, instead of potential transshipment bottlenecks. The lack of port capacity could also be addressed through increased cooperation and specialisation between European ports. Furthermore, a successful port policy will need to combine competition both within and between ports; clear rules for public contributions to investment and transparent access to port services; environmental constraints and development needs; the availability of competitive services and an increase in quality employment.

As we can see, the Commission itself recognises that, till this moment, ports have been considered only as functional infrastructures, not as fundamental elements in the logistics chain, so that traditional issues related to port policy, such as ensuring fair competition and transparency, have to be combined with new issues deriving from this role finally acknowledged to ports.

It is exactly from the draft of the 2001 White Paper, as well as from its 2006 mid-term review³⁰, that the European approach to ports began changing, abandoning the idea of a port as an entity only connected to transport policy and its objectives, or to freedom to provide services, or to fair competition rules, in order to develop an integrated view of port policy with all other European policies, like the protection of the environment or the development of infrastructures. It has to be noted that the deployment of a proper European port policy will not imply the total indifference towards traditional issues connected with ports, but it will need a step forward, trying to integrate them with all new issues deriving from the EU evolution.

The complete expansion of this concept comes from recent documents on maritime policy, precisely from the "Communication towards a future Maritime Policy for the Union: a European vision for the oceans and seas" and the "Communication on an Integrated Maritime Policy for the European Union"³¹.

³⁰ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament Keep Europe moving - Sustainable mobility for our continent, Mid-term review of the European Commission's 2001 Transport White Paper, 22.06.2006, COM(2006)314 final.

³¹ Respectively Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a future maritime policy for the Union: A European vision for the oceans and seas, COM(2006)275, and Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, An Integrated Maritime Policy for the European Union, COM(2007)575.

The aim of those communications is to encourage Member States to find a balance between seas' resources exploitation and environment protection, being conscious that an integrated change, degradation of the marine environment, maritime safety and maritime policy will enhance European capacity to face the challenges of globalisation and competitiveness, climate security, energy security and sustainability. In order to achieve those important objectives, the Commission commits herself to proposing a new port policy, taking account of the multiple roles of ports and of the wider context of European logistics.

7. Considerations upon maritime policy and ports lead us to the latest step taken by the EU in relation to ports: the 2007 "Communication on a European Ports Policy"³².

This "soft law" instrument needs a deep analysis because it contains the state of the art of European port policy and draws its future developments. Its pattern is very simple, consisting in an introduction, a central part identifying problems concerning ports and their possible solutions, and a conclusion.

The introduction recalls immediately the new approach introduced by maritime policy documents, remarking that transport by water is an economic way of transport which can replace less sustainable modes over long distances; in this context prevailing costs and charges of different modes of transport, together with the available offer of suitable transport infrastructure, to a large extent explain the current pattern of trade and transport flows in Europe. The aim of the communication is to build up a performing EU port system, able to cope with the future challenges of EU transport needs. The reference to a "port system" does not have to slip; in fact, the Commission is not referring to European ports as singular entities, considered as a whole only because they lie on European territory, but it refers to European ports as a whole market, in connection to the world trade market.

The first step that has to be taken, in order to identify problems and solutions in port policy, is to list the challenges that a European port system must face: i) a demand for international transport amplified by its low cost and growing quicker than economic growth; ii) a major technological change, marked by the development of container transport, more effective, faster, safer, and cleaner operation of ports, but for which a major adaptation effort in land acquisition and management, in technology and social issues is required from our ports and the cities hosting them; iii) the commitment to reduce greenhouse gases and the current problems with air quality calls for a decrease in harmful emissions and for modal diversification towards rail, inland navigation and maritime transport. It will lead to a better geographical distribution of land transport and to a better use of existing port capacities; iv) the necessity to develop a recurrent dialogue on performance and development of ports between port stakeholders and within the

³² Communication of the Commission, Communication on a European Ports Policy, COM(2007)616 final.

city, the region, and beyond where necessary; v) the need to reconcile ports' development and management with transparency, competition, and in general the Community set of rules.

From these preliminary statements it can be derived that ports have to do with most of European challenges, from technological improvement to environment protection and competition development. A further consideration relates to the geographical singularity of ports: the Commission began recognising that ports are strictly connected with the territory they locate on, so that the efficiency of a port can not be achieved without a dialogue with local authorities and stakeholders.

The second part of the document identifies specific issues and solutions concerning European ports, pointing out that, first of all, having a good situation and site on the sea or water side, and delivering reliable services at reasonable prices is therefore not enough. On the land side, reliable and sustainable hinterland connections are key to the capacity rating and future of a port, so that significant improvements in this field are necessary and possible. A solution to the lack of balance among the growth of transport demand and port capacity, would imply an integrated management of the transport chain, at least through the port from sea to inland carriers, that would lead to a more efficient use of ports. Moreover, shifting the balance between all European ports, will ensure a more intensive use of all existing ports, increasing the efficiency of the whole European system. New infrastructures might be built only after a serious evaluation of alternatives exploiting existing ones. To this extent, the Commission entrusts the intervention to national and regional authorities, while it will draw a study on hinterland connections by 2010.

Moreover, ports capacity must be expanded while respecting the environment, which means ensuring adequate waste facilities (in compliance with directive 2000/59/EC), establishing a proper management of water bodies and sediments, and improving air emissions. To this purpose the Commission will consult the interested actors on means to improve the existing mechanism of the waste directive and its harmonised implementation and come forward with an appropriate proposal; meanwhile it will contribute to establish measures aimed at reducing emissions in ports, including through appropriate incentives (i.e. tax advantages).

Obviously, ports, and the maritime cluster at large, should benefit from the technical progress and the modernisation of transport tools. This includes also the simplification of administrative procedures for Short Sea Shipping, that is disadvantaged towards other transport means (rail-road) because ports are on the external border of the EU, so that maritime transport between Member States is subject to customs supervision. The Commission proposed the creation of a paperless environment for customs and trade, and it will present a legislative proposal on the creation of a European Maritime Transport Space without Barriers. Furthermore, in order to improve ports' performance, cooperation between ports, especially between those close to each other, is welcome, because it would certainly lead, in many cases, to an improvement in output. It is also

underlined that the efficiency of transport chains and their hubs, such as ports, is crucial for logistics performance, so that the Commission intends to develop with stakeholders, by the end of 2009, a set of generic European indicators allowing further specification at local level.

In relation to port operations, the Commission recognises that it is at the national/local level that the best setting for port management can be shaped, so that the Commission does not intend to intervene in order to harmonise the heterogeneous scenario set up in Member States. However, she recognises that the important tasks of Port Authorities can be better fulfilled if they enjoy a sufficient degree of autonomy. Moreover, she states that although it cannot be said that there is competition between all ports in all cases, competition between some of them, as well as competition inside ports, can be significant and calls for a level playing field. Also transparency in financing ports is a fundamental issue, this is why the Commission wants to adopt guidelines on State aids to ports. Transparency principle must govern also port concessions, even if there is currently no Community secondary legislation on service concessions in this field or regarding other terminal facilities. Concerning the length of the concessions, their duration must be set so that it does not limit open competition beyond what is required to ensure that the investment is paid off and there is a reasonable return on invested capital, whilst maintaining a risk inherent in exploitation by the concessionaire. Finally, in relation to technical-nautical services, in the current state of Community law and jurisprudence, the Treaty principle of freedom of establishment applies to technical-nautical services, so that if a legal monopoly upon these services is set up, it must be justified as necessary and proportionate to the service exploitation.

An important statement concerns the need to establish a structured dialogue between ports and cities, because the relationship between cities and their ports remains one of interdependency and should be ruled by long-term strategic vision and planning. Promoting the image of European ports and providing greater public access to them are subjects to be mainly left to ports themselves, regions and Member States. However, the Commission will examine how to cooperate with and enhance co-operation between those authorities and stakeholders in order to improve the image of ports and their integration with “their” cities. The Commission specifies that environment and security are the two specific issues, concerning the relationship between ports and cities, which are especially relevant from a Community perspective.

The last consideration carried out by the Commission relates to the need to enhance the quality of work in ports; to this purpose, the Commission considers that a dialogue between stakeholders can contribute significantly to a better understanding between the parties concerned and to a successful management of change. The attention of the EU is focused on training and health and safety at work; in those sectors she proposes to hold an active legislative and executive role.

At the first glance, the content of the Communication is quite heterogeneous, it concerns all the ports’ issues which arose from the establishment of the

European Community. Omitting any comment on the Commission proposed actions, the importance of the documents stands on the well-framed analysis of the topic.

The most recent development concerning this document dates back to the 4 September 2008, when the European Parliament took a resolution on European port policy³³, stressing the international dimension of ports, which implies the need of a European port policy at Community level, exploiting their comparative geopolitical advantages. The Parliament welcomes the Commission's communication, even if there are no rules concerning market access to port services, which is still a fundamental aspect of port policy, and underlines the four priorities that should inform EU action in this field: i) safety, ii) swift service, iii) low cost and iv) respect for the environment.

Here we can see the intention of European institutions to point out the prompt objectives that a European action concerning ports should comply with and, at the same time, the European Parliament' awareness of the difficulties that still impede the necessary adoption of a European framework in this matter.

Precisely, these objectives should be followed both in promoting competitiveness of maritime transport and high-quality modern services, as well as in developing ports in order to face new challenges connected to the need of modal shift hoped by the Commission³⁴.

The geographical aspect of ports, as entities strictly dependent on the territory they are located on, is highlighted considering the lack of potential areas for port development in Europe, which implies that the Commission should ensure that all European ports are able to reach their full potential, and that cross-border cooperation and coordination between neighbouring port regions will be enforced.

Especially concerning the protection of the environment, the Parliament stresses the vital role of regional and local authorities, suggesting their active participation to the improvement of air and water quality in port areas.

Another focal point of the Parliament resolution relates to infrastructures and technical innovation, as instruments able to enhance the efficiency and productivity of European ports for the benefit of themselves and users. At the same time, having appropriate infrastructures could implement a more multimodal transport policy, following the direction drawn by the 2001 White Paper, and increase the competition within third countries' ports.

In fact, it has to be reminded that the Parliament does not forget the importance of establishing a fair competition field, in this perspective it notes that EU ports are in competition with third countries ports which are often not subject to the same rules, and also face discriminatory economic policies implemented by

³³ European Parliament resolution of 4 September 2008 on a European ports policy (2008/2007(INI)), P6_TA-PROV(2008)0408.

³⁴ See the 2001 White Paper European transport policy for 2010: time to decide, cit.

EU neighbouring countries³⁵; this is why the Parliament invites the Commission to study port safety issues anew and to factor in the increased cost with regard to the competitiveness of European ports.

The Parliament encourages the Commission to submit a legislative proposal on creating a barrier-free European maritime transport area, recommending that Community-cleared goods should be exempted from customs controls in short-sea shipping in the Community and also advocating the creation of separate port zones for intra-community and international traffic, together with simplification of internal transport.

Moreover, considering the port area as such, the Parliament urges the Commission to adopt guidelines concerning State aids to ports, and to analyse port concessions always bearing in mind the importance of some flexibility for port authorities in this field. To this extent, it is obviously important to maintain a balance between the freedom to provide services and the specific requirements of ports, but, at the same time, cooperation between the public and private sector is needed in order to modernise ports.

The last aspect concerned by the resolution relates to port workers and their training, in order to improve the quality of services, competitiveness and the level of investment attracted.

8. After an overview on the evolution of the European measures directly or indirectly concerning ports, the step forward consists in trying to give an answer to the fundamental question: “Is there, or, at least, there will be, a European port policy?”.

First of all, it has to be noted that the European Union stands on its intention of adopting a proper European port policy, departing from the tendency of applying general European policies to ports (i.e. competition rules, freedom to provide services rules, workers protection, etc.); as we said the first clues of this change can be seen in the 2001 White Paper, where the Commission suggests an integrated view of port policy with all other European policies, showing the will to consider port policy by itself.

To this purpose, we must consider that if ports have such a fundamental role in the EU economy, obviously European institutions are interested in giving common rules aimed at developing European competitiveness towards third countries. At the same time, the geographical specificities of each port make it difficult to find out common rules even at a national level, so it requires more efforts at a transnational level (i.e. the European level). Moreover, even if a common policy for national ports located on a Member State should be set up, another problem concerns the specific aspect of port services. In fact, as we said, European institutions are well interested in their uniform regulation, coherent with European principles of fair competition, but, at the moment, Europe is not

³⁵ For example, via discriminatory tariff policies, or providing less strict rules concerning safety and workers in ports, that mean cheaper services attracting end-users.

ready to adopt a unique legal framework for such a category of services, which can not be reduced to a sole type of service.

But a question arises effortlessly: is the presumed new port policy real? Or it is a new stage of the “old” trend where general needs felt at European level are also falling within ports areas? Precisely, are the issues carried out by the Commission in the abovementioned soft-law instruments concerning ports or, more generally, concerning the whole European action?

Well, effectively, the fulcrum point of the latest instruments relating to ports are: a) protection of the environment; b) safety and security aspects; c) State aids and competition; d) infrastructures’ development as a tool for the development of European economy. Following this, we can easily say that the same objectives are pursued in all fields where European institutions get into, particularly in relation to transport policy.

But the greatest difference from the past should come from the method used in identifying port issues: while before they were the indirect consequences of needs and solutions emerged in other fields, nowadays the challenges that the Commission is faced with are bearing directly from the port and from the activities that are practised there. In other words, the Commission and the Parliament are beginning to acknowledge that the territorial singularity of the port entity, as well as the characterisation of the activities that port operators carry out, are able to initiate a proper European port policy, which, obviously, is found to evolve with European Union and its market.

Abstract

European Port Policy vs. European Policies Applied to Ports

The port is a complex infrastructural entity which is fundamental for the economic growth of the States and of the European Union; at the same time, it is a logistics node functional to the development of the four freedoms characterising the European common market and, more generally, to the relationships among all States of the international community.

From the abovementioned considerations, we can infer that many normative levels would be interested in regulating ports (i.e. international, European and national), and the objectives pursued by different legislators often are not the same.

To this purpose, this paper analyses normative interventions concerning port policy, especially from a European point of view, departing from the fact that there is not yet a common legal framework and trying to find out whether there is a proper port policy at the European level or if ports have to be seen as a particular domain of the more general European common market policy.



Note e Commenti

Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

SOMMARIO: 1. I limiti all'operare dell'espulsione in applicazione dell'art. 3 della CEDU. – 2. Le diverse caratteristiche operative dell'art. 8 della CEDU. – 3. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'affare *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*. – 4. Il riferimento nella sentenza all'interesse superiore del minore quale principio previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo: il ruolo da riconoscere a quell'interesse nell'accertamento della violazione dell'art. 8. – 5. L'applicazione nella sentenza del carattere assoluto dell'art. 3: lo *status* minorile quale criterio che con altri concorre alla qualificazione dell'attività statale asserita contraria a quella norma. – 6. La disciplina dell'UE sulla cui interpretazione e applicazione sono suscettibili di incidere le indicazioni della Corte.

1. Come è noto, dal sistema della CEDU emerge che sono poche le norme in materia di espulsione; siffatta circostanza non ha impedito la formazione di un'abbondante giurisprudenza degli organi di garanzia della Convenzione da cui risulta una violazione indiretta, per effetto di un provvedimento di espulsione, di norme diverse dalle prime¹.

Indicazioni di contenuto analogo si ricavano dalla lettura del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 e dalla giurisprudenza, in senso lato, del Comitato dei diritti dell'uomo².

In altri termini, le norme più frequentemente invocate davanti agli organi di garanzia della Convenzione e del Patto in parola presentano una relazione solo indiretta con l'espulsione degli stranieri: si tratta soprattutto delle disposizioni

* Il presente studio è stato condotto nell'ambito del progetto di ricerca nazionale PRIN 2007 "Cittadinanza europea e diritti fondamentali nell'attuale fase del processo di integrazione". Responsabile nazionale, prof. Ennio Triggiani (prot. 2007ETKBLF).

¹ Ampia è la bibliografia sui limiti alle misure statali di allontanamento di individui stranieri derivanti da norme di diritto internazionale consuetudinario e convenzionale; anche per altre indicazioni, ci limitiamo a rinviare a K. HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague-Boston-London, 2000, p. 486 ss.; nonché al nostro *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 189 ss.

² Cfr. *ivi*, p. 247 ss.

che prevedono il divieto di tortura, di pene o trattamenti disumani e degradanti, nonché di quelle poste a tutela della vita privata e familiare³.

In proposito va ricordato anzitutto che l'imputabilità agli Stati della violazione, in particolare, delle norme che prevedono il divieto indicato, per effetto dell'espulsione, va intesa alla luce dei chiarimenti forniti da quegli organi circa la portata delle disposizioni (articoli 1 della Convenzione e 2, par. 1, del Patto) che prevedono l'obbligo delle Parti contraenti di riconoscere a tutte le persone "sottoposte alla loro giurisdizione" i diritti e le libertà enunciate nell'atto di cui si tratta.

Limitandoci alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, questa ha messo sullo stesso piano estradizione ed espulsione e ha precisato che, sebbene eccezionalmente, "acts of the Contracting States performed or producing effects, outside their territories constitute an exercise of jurisdiction by them (...). Reference has been made in the Court's case law, as an example of jurisdiction 'not restricted to the national territory' of the respondent State (...) to situations where the extradition or expulsion of a person by a Contracting State may give rise to an issue under Article 2 and/or 3 (or exceptionally, under Article 5 and 6) and hence engage the responsibility of the State under the Convention (...). However the Court notes that liability is incurred in such cases

³ Il divieto indicato nel testo è previsto dagli articoli 3 della CEDU ("[N]essuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti") e 7 del Patto ("[N]essuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico"). Il diritto al rispetto della vita familiare e privata è contemplato dagli articoli 8 della CEDU ("[O]gni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui") e 17 del Patto ("[N]essuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese"). Ai diritti indicati corrispondono quelli previsti dagli articoli 4 ("[N]essuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti") e 7 ("[O]gni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni") della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: agli stessi va riconosciuta una portata analoga ai diritti previsti dalla CEDU (art. 52, par. 3). Si noti in proposito che l'art. 19 della Carta, ricevendo la giurisprudenza degli organi di garanzia della CEDU sull'operare dell'art. 3 in materia di espulsioni (cfr. *infra*, nel testo, e le analisi sistematiche negli scritti pertinenti citati nelle note che seguono), dispone: "[L]e espulsioni collettive sono vietate. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti". Dette norme sono state trasfuse, con la stessa numerazione, nella Carta adottata il 12 dicembre 2007, il cui contenuto è "riconosciuto" dall'Unione ai sensi dell'art. 6 del TUE approvato a Lisbona il giorno successivo.

by an action of the respondent state concerning a person while he or she is on its territory, clearly within its jurisdiction, and that such cases do not concern the actual exercise of a State's competence or jurisdiction abroad"⁴.

Trattandosi dell'applicazione dell'art. 3 a misure statali di espulsione, gli organi di garanzia della Convenzione europea hanno mosso costantemente dall'affermazione del diritto sovrano degli Stati contraenti di controllare l'immigrazione, materia non "espressamente prevista dalla Convenzione". Peraltro – si legge nella giurisprudenza pertinente – quegli stessi Stati "hanno accettato di restringere i poteri che ad essi derivano dal diritto internazionale generale ivi compreso quello di controllare l'ingresso e l'uscita degli stranieri, nella misura e nei limiti degli obblighi" da essi assunti in quanto parti della Convenzione: ora, "l'espulsione [o l'extradizione] di un individuo in alcuni casi eccezionali può rivelarsi contraria" all'art. 3", ove sussistano "serie ragioni di credere che la persona espulsa o [extradata] possa essere sottoposta nello Stato di destinazione ai trattamenti proibiti da quell'articolo"⁵, con la conseguente responsabilità dello Stato in causa per violazione della Convenzione ("au titre de la Convention")⁶.

⁴ V. la decisione del 12 dicembre 2001, *Bankovic e altri c. Belgio*, par. 67 s.; anche per altre indicazioni, la sentenza del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, par. 125 s.; la sentenza del 24 aprile 2008, *Ismoilov c. Russia*, par. 115 ss. (le sentenze della Corte sono reperibili *on line* all'indirizzo www.echr.coe.int). In argomento v. V. STARACE, *Art. 32*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 537 ss., in specie p. 547 s.; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002, p. 32 ss. e *passim*. Con riferimento alla materia considerata nelle pagine che seguono, va ricordato che l'art. 37, lett. a) della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 prevede il divieto di tortura e di trattamento disumano e degradante delle persone cui ha riguardo la stessa Convenzione (cfr. *infra*, nota 20); e che l'art. 2, par. 1, reca una disposizione di contenuto analogo all'art. 1 della CEDU: all'art. 37, cit., dunque, può attribuirsi ragionevolmente la stessa portata operativa dell'art. 3 della CEDU, nel senso indicato nel testo.

⁵ Così la Commissione europea dei diritti dell'uomo nella decisione del 30 settembre 1974, *X c. Repubblica federale di Germania*, in *DR*, vol. 1, in specie p. 73. Si tratta di giurisprudenza costante: di recente, anche per altre indicazioni giurisprudenziali, v. le sentenze dell'8 novembre 2005, *Bader e altri c. Svizzera*, par. 41; del 24 gennaio 2008, *Riad e Idiab c. Turchia*, par. 94; *Saadi*, cit., par. 124. Il punto di partenza riferito nel testo è presente anche nella giurisprudenza pertinente della Corte costituzionale italiana: v. ad esempio la sentenza del 29 novembre 1997, *Abbioui Abderrahim c. Prefettura di Frosinone*, in *RDI*, 1998, p. 245 ss.

Sui trattamenti proibiti dall'art. 3, anche per la bibliografia e la giurisprudenza, ci limitiamo a rinviare a A. CASSESE, *Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 225 ss., in specie p. 229 ss.; A. ESPOSITO, *Art. 3*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *op. cit.*, p. 49 ss., in specie p. 55 ss.; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, 2006, VIII ed., p. 287 ss.

⁶ Beninteso "il ne s'agit pas (...) de constater ou prouver la responsabilité" dello Stato di destinazione "en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement": così la sentenza del 20 marzo 1991, *Cruz Varas e altri c. Svezia*, par. 69 s., con indicazioni (paragrafi 19-31, 75

Nell'approccio interpretativo riferito, il riconoscimento della possibilità di una violazione dell'art. 3, per effetto dell'espulsione, è accompagnato dall'affermazione del carattere assoluto del diritto previsto da quella norma, come risulta dalla sua formulazione incondizionata: la stessa – ha precisato la Corte – reca un valore fondamentale delle società democratiche⁷; uno dei valori parte del “patrimonio comune di tradizioni e ideali politici, di rispetto delle libertà e di preminenza del diritto”, di cui si fa menzione nel Preambolo della Convenzione⁸. La violazione dell'art. 3, dunque, integra un comportamento incompatibile con quel patrimonio.

2. Come accennato, limiti all'operare dell'espulsione possono derivare anche dall'applicazione dell'art. 8 della CEDU (e dell'art. 17 del Patto), a garanzia del diritto individuale al rispetto della vita privata e familiare previsto da detta

e 83), riprese in altre sentenze, sull'applicazione dell'art. 3 a casi di espulsione; inoltre la sentenza *Saadi*, cit., par. 126. A siffatte indicazioni giurisprudenziali corrisponde – con riguardo alla fattispecie disciplinata – il contenuto dell'art. 3, par. 1, della Convenzione del 10 dicembre 1984 contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti: “[N]o State party shall expel, return (‘refouler’) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture”. In proposito si vedano, tra le altre, la decisione del Comitato contro la tortura del 23 novembre 2004, relativa alla comunicazione 133/1999, in UN Doc. CAT/C/133/1999, riprodotta in *IJRL*, 2005, p. 416 ss.); e il *General comment* n. 1 dello stesso Comitato, in UN Doc. A/53/441, annex IX, par. 6.

⁷ E quindi non derogabile “anche nelle circostanze più difficili, come la lotta al terrorismo e al crimine organizzato”: v., con altre indicazioni giurisprudenziali, la sentenza del 26 ottobre 2005, *Siliadin c. Francia*, par. 112; la citata sentenza *Saadi*, par. 125 ss. Nella giurisprudenza in parola, ulteriore conferma del carattere assoluto dell'art. 3 è desunta da un confronto dello stesso con l'art. 33 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati (norma che, a differenza dell'altra, prevede, per le considerazioni in essa indicate, l'operare di limiti al divieto di espulsione dei rifugiati verso frontiere di territori in cui, in particolare, potrebbe essere minacciata la loro vita): cfr. la sentenza del 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, par. 49 s.; la sentenza del 26 luglio 2005, *N. c. Finlandia*, par. 59. Nel senso indicato vanno segnalate, tra le altre, le posizioni dell'Alto commissario per i diritti umani nello “Human Rights Day Statement”, del 7 novembre 2005 (reperibili *on line* all'indirizzo dell'OHCHR del sito www.un.org), “on terrorists and torturers”: “[T]he right to be free from torture and cruel, inhuman or degrading treatment [...] may not be subject to any limitation, any where, under any condition”; e del Joint Committee on Human Rights nel nono rapporto del 18 maggio 2006, reperibile *on line* all'indirizzo www.parliament.uk.

⁸ V. la sentenza del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, par. 88; la sentenza del 12 giugno 2006, *D. e altri c. Turchia*, par. 45; la sentenza dell'11 gennaio 2007, *Salah Sheekh c. Olanda*, par. 136; la sentenza *Saadi*, cit., par. 127. Sugli aspetti considerati, nel testo, v. in generale J. COLLEWAERT, *L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme: une norme relativement absolue ou absolument relative*, in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris, 1995, p. 11 ss.; K. ADDO, N. GRIEL, *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, in *EJIL*, 1998, p. 510 ss.; per un raffronto con la giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, A. ORAKHELASHVILI, *The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?*, *ivi*, 2008, p. 161 ss., in specie p. 174 ss.

norma⁹. Il diritto in parola, a differenza di quello considerato nel paragrafo che precede, non presenta il carattere dell'assolutezza, potendo subire limitazioni per effetto di misure previste dalla legge e che siano necessarie in una società democratica per la "sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del Paese, la difesa dell'ordine, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà" (art. 8, par. 2)¹⁰. D'altro canto, diversamente dall'art. 3, l'art. 8 può costituire oggetto di deroga ai sensi dell'art. 15 della Convenzione (e dell'art. 4 del Patto).

Trattandosi di un diritto privo del carattere indicato, la sua protezione è suscettibile di equo bilanciamento, per quanto qui interessa, con gli interessi statali ad adottare provvedimenti di espulsione ritenuti necessari in una società democratica nell'esercizio del diritto degli Stati contraenti di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri¹¹. Nella giurisprudenza della Corte europea, l'accertamento del bilanciamento in parola ("fair balance between the relevant interests"¹²), si risolve nell'esaminare se le misure che interferiscono nella vita privata o familiare siano giustificate da un imperioso bisogno sociale e, in particolare, siano proporzionate allo scopo legittimo che con le stesse si intenda perseguire ("a pressing social need, and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued"¹³).

Da quella stessa giurisprudenza risulta altresì che la Corte rileva e prende in considerazione distintamente o, viste le caratteristiche del caso di specie, con-

⁹ Cfr. *supra*, nota 3. In argomento, anche per altre indicazioni, v. K. HAILBRONNER, *op. cit.*, p. 496 ss.; C. TIBURCIO, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague-Boston-London, 2001, p. 115 ss.; B. NASCIBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e i diritti dell'uomo*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 158 ss.; G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, p. 177 ss.; N. BLAKE, *Developments in the Case law of the European Court of Human Rights*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden-Boston, 2004, p. 438 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *DUE*, 2004, p. 723 ss., in specie p. 756 ss.

¹⁰ Per la differente natura dei diritti tutelati dagli articoli 3 e 8 della CEDU, con particolare riguardo agli aspetti di cui si tratta, tra gli altri, v. G. MALINVERNI, *op. cit.*, p. 165 ss.; N. BLAKE, *op. cit.*, p. 431 ss.

¹¹ Considerazione costantemente svolta nella Corte: v. tra le altre le sentenze del 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*, par. 46; del 6 febbraio 2003, *Jakupovic c. Austria*, par. 25; del 31 luglio 2008, *Darren Omoregie e altri c. Norvegia*, par. 56.

¹² Espressione ripresa dalla sentenza del 31 ottobre 2002, *Yildiz c. Austria*, par. 42.

¹³ V. la sentenza *Jakupovic*, cit., par. 25; la sentenza *Darren Omoregie*, cit., par. 57. In argomento v. E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 59 ss.

giuntamente l'esistenza della vita privata e familiare della persona interessata alla misura di espulsione¹⁴.

Il quadro giurisprudenziale sinteticamente riferito appare arricchito dalle indicazioni della Corte circa l'applicabilità degli articoli 3 e 8 in materia di espulsione di minori stranieri non accompagnati e, rispettivamente, di detenzione degli stessi. Tali indicazioni sono contenute nella sentenza del 12 ottobre 2006 relativa all'affare *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*. Vale la pena di soffermarsi brevemente su detta sentenza, la cui importanza – ci sembra – è accresciuta dall'assenza nella Convenzione di norme che prevedano una tutela rafforzata dei bambini in considerazione del loro *status* minorile¹⁵. La qual cosa, beninteso, non ha impedito agli organi di garanzia della Convenzione di tener conto in alcuni casi di quella condizione¹⁶.

3. L'affare prende origine dall'arrivo in Belgio di una bambina congolese dell'età di cinque anni, condotta in quello Stato da uno zio residente in Olanda per facilitarne il ricongiungimento con la madre, in attesa a sua volta del riconoscimento dello *status* di rifugiata in Canada. Giacché sfornita dei documenti di ingresso e di soggiorno, alcuni giorni dopo l'arrivo in Belgio, la minore era posta in detenzione in un centro di transito per adulti, in vista del suo *refoulement* deciso dalle competenti autorità belghe¹⁷. A seguito della partenza dello zio per l'Olanda, l'avvocato nominato da quelle autorità per assistere la minore aveva richiesto, in nome di questa, il riconoscimento della qualità di rifugiata. Respinta tale domanda e constatato il rifiuto dei competenti organi olandesi di prendere in carico la bambina in base alla Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990

¹⁴ Cfr. le sentenze del 27 luglio 1996, *C. c. Belgio*, par. 25; del 21 ottobre 1997, *Boujlifa c. Francia*, par. 35 s.; del 9 ottobre 2003, *Slivenko c. Lettonia*, par. 97; del 16 giugno 2005, *Sisojeva e altri c. Lettonia*, par. 103.

¹⁵ Ciò a differenza di altri atti generali sui diritti dell'uomo come il Patto (art. 24), e la Convenzione americana sui diritti umani del 22 novembre 1969 (art. 19; giurisprudenza in L. BURGOGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2008, p. 443 ss.). A parte il riferimento implicito nell'art. 8 (v. *supra*, nota 3), ai fanciulli hanno riguardo genericamente gli articoli 5, par. 1, lett. d) della CEDU (cfr. *infra*, nota 19), 2 (diritto all'istruzione) del Protocollo addizionale del 20 marzo 1952, e 5 (eguaglianza dei genitori anche nelle relazioni con i figli) del Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984.

¹⁶ Giurisprudenza in M. BUQUICCHIO DE BOER, *Children and the European Convention on Human Rights*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 73 ss.; U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sidney, 1999; L. COUTURUER-BOURDINIÈRE, *La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des droits des enfants*, in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, I, Bruxelles, 2004, p. 523 ss.

¹⁷ Per siffatto orientamento delle autorità belghe e di altri Stati, v. J. C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 383 s. e p. 433 ss. (per i richiedenti asilo) e p. 534 ss. (sulla detenzione dei minori).

(sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee¹⁸), la minore era *refoulée*, viaggiando con alcuni adulti espulsi verso il Congo, dove peraltro nessun parente l'attendeva. Tale *refoulement* seguiva da vicino la decisione con la quale il tribunale competente di Bruxelles aveva ordinato la messa in libertà della bambina, contrastando la detenzione con gli interessi superiori della stessa garantiti dall'art. 3 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo. Inoltre, quel *refoulement* scartava la richiesta del rappresentante dell'Alto commissariato dei rifugiati: accertata l'assenza in Congo di persone adulte capaci di aver cura della bambina, il medesimo aveva sollecitato la concessione di un permesso temporaneo di soggiorno, in attesa del visto di ingresso della minore in Canada.

Successivamente al riconoscimento dello *status* di rifugiata della madre, la bambina è stata trasferita in Canada a spese delle governo belga, così consentendo il ricongiungimento familiare. Ciò grazie all'intervento diretto dei primi ministri del Belgio e del Canada.

In considerazione dei fatti esposti, la madre e la figlia si sono rivolte alla Corte sostenendo che la detenzione della seconda nel centro di transito destinato all'espulsione di adulti in condizione irregolare e il *refoulement*, senza accompagnamento e accoglienza all'arrivo, avevano causato la violazione dell'art. 3 della Convenzione; e che la misura detentiva – in quanto sproporzionata rispetto allo scopo (di controllo) che le autorità belghe intendevano raggiungere con la medesima – aveva realizzato una violazione dei diritti alla non ingerenza nella vita familiare e privata *ex art. 8*, nonché delle finalità previste dall'art. 5, par. 1, lett. d) a favore dei minori¹⁹.

La Corte, all'unanimità, ha ricollegato ai comportamenti tenuti dalle autorità belghe la violazione di quelle disposizioni, senza escludere – è opportuno precisare – in via di principio l'ammissibilità della detenzione alle frontiere dei minori stranieri irregolari non accompagnati. La qual cosa merita di essere segnalata a fronte dell'interpretazione dell'art. 37, lett. b) della Convenzione dei diritti del fanciullo accolta dal Comitato su tali diritti: “unaccompanied or separated children should not, as a general rule, be detained. Detention cannot be justified solely on the basis of the child being unaccompanied or separated, or on their migratory or residence status, or lack thereof”; con l'ulteriore precisazione che “illegal entry into or stay in a country” di quei minori “may also be

¹⁸ Convenzione trasfusa, con modifiche, nel regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, *GUUE* L 50, 25 febbraio 2003, p. 1 ss.

¹⁹ Vale la pena di riportare parte dell'art. 5: “[N]essuno può essere privato della libertà, salvo che nei casi seguenti e nei modi prescritti dalla legge: (...) d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa per sorvegliare la sua educazione o della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; (...) f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare irregolarmente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione”.

justified according to general principles of law, where such entry or stay is the only way of preventing a violation of the fundamental human rights of the child”²⁰.

Né dalla sentenza risulta che la Corte europea dei diritti dell’uomo abbia escluso in via di principio l’ammissibilità del *refoulement* di quelle persone. Seguendo un approccio ben consolidato, essa ha concentrato la propria attenzione sulle caratteristiche complessive dell’affare pendente, tra le quali le modalità della detenzione e del *refoulement*. In particolare, ribadito il significato da riconoscere al combinato disposto degli articoli 1 e 3 della Convenzione, nel senso sopra riferito, e il conseguente obbligo degli Stati contraenti di realizzare una protezione efficace – soprattutto delle persone più deboli – contro la lesione dei diritti garantiti dall’art. 3, la Corte ha rilevato che la bambina era in una condizione di particolare vulnerabilità, sicché necessitava di quella protezione²¹. Questa esigenza – si legge efficacemente nella sentenza – “prevale sulla qualità di straniera in soggiorno illegale” dell’interessata.

La Corte ha ritenuto del tutto insufficienti le misure prese dalle autorità belghe a favore della bambina (avvertire la madre, consentire comunicazioni telefoniche con questa, prendere contatti con l’ambasciata belga a Kinshasa), trattata comunque in stato di detenzione nonostante le numerose possibili alternative

²⁰ L’art. 37 dispone, in particolare: “[G]li Stati parti vigilano affinché: a) nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. (...); b) nessun fanciullo sia privato di libertà in maniera illegale o arbitraria. L’arresto, la detenzione o l’imprigionamento di un fanciullo devono essere effettuati in conformità con la legge, costituire un provvedimento di ultima risorsa ed avere la durata più breve possibile (...)”. Per la posizione del Comitato, v. il *General comment* n. 6 (2005), *Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin*, in UN Doc. CRG/GC/2005/6, del 1° settembre 2005, par. 61 s. La disposizione riferita ha inciso sul contenuto della linea guida n. 5 delle “linee guida” dell’UNHCR “sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo” (del febbraio 1999, reperibile *on line* all’indirizzo www.unhcr.it: “[S]e nessuna alternativa è applicabile e gli Stati detengono minori, ciò dovrebbe configurarsi come misura estrema per il più breve possibile (...)”); nonché del principio n. 11 (par. 1: “[L]es enfants ne doivent être placés en détention que s’il s’agit d’une mesure de dernier recours et pour la durée la plus courte possible”) dei “vingt principes directeurs sur le retour forcé” adottati nel settembre 2005 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa (reperibili *on line* all’indirizzo www.coe.int). Come è facile scorgere, si tratta di disposizioni che non escludono del tutto la detenzione. D’altro canto, il Comitato dei diritti dell’uomo non considera la detenzione dei minori una misura contrastante di per sé con le disposizioni pertinenti del Patto. Ciò, va precisato, a condizione che la stessa sia conforme con la legislazione dello Stato dal cui punto di vista ci si pone e non sia “arbitraria” ai sensi dell’art. 9, par. 2, del Patto; è tale (e cioè inappropriata, ingiusta e non necessaria) la misura adottata ancorché non ci sia pericolo di fuga del minore: cfr. gli svolgimenti relativi agli affari *Jalloh c. Pays Bas* (in UN Doc. CCPR/C/74/D/794/1998, punto 8.2; comm. n. 784/1998 del 15 aprile 2002), e *Bakhtiyari c. Australie* (in UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2003; comm. n. 1069/2002 del 6 novembre). In argomento v. C. TEITGEN-COLLY, *La détention des étrangers et les droits de l’homme*, in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, Bruxelles, 2007, p. 571 ss., in specie p. 585 ss.

²¹ Per la considerazione che “children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, against (...) serious breaches of personal integrity”, v. la sentenza del 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*, par. 22 s.

a detta misura. Siffatto comportamento era da considerare un trattamento disumano vietato dall'art. 3, valutazione estesa alla madre dato lo stretto legame familiare e considerato che, nelle circostanze del caso di specie, la stessa era stata posta in una condizione di particolare sofferenza a causa delle limitate iniziative di quelle autorità, nel senso testé riferito. In altri termini, seguendo da vicino quanto osservato altrove, la Corte ha esteso la protezione prevista dall'art. 3 a favore di alcuni membri della famiglia della persona oggetto del trattamento vietato da detta norma²²; ciò, va ribadito, non in via di principio, ma in considerazione del legame esistente tra le persone interessate e della concorrenza di condizioni che consentano di rilevare, giusta un'espressione della Commissione europea dei diritti dell'uomo, che il familiare sia stato non semplicemente "affected" ma "aggrieved" dalla violazione di una norma convenzionale²³. In siffatte circostanze, dunque, può dirsi che alla prima violazione dell'art. 3 se ne ricollega un'altra, "par ricochet".

La Corte ha accertato che l'art. 3 è stato violato anche a causa della profonda condizione di angoscia causata nella bambina dalle modalità del *refoulement* e dall'assenza di adeguate misure di accoglimento della stessa, condizione estesa alla madre in quanto privata di notizie circa quel *refoulement*.

A parte il rilevato inadempimento degli obblighi positivi dello Stato di facilitare i ricongiungimenti familiari, è degno di nota che la misura detentiva sia stata considerata dalla Corte un'ingerenza (anche) nella vita privata, comprensiva dell'integrità fisica, morale e dello sviluppo della personalità: in assenza del rischio che la bambina, in condizione di particolare vulnerabilità, potesse sottrarsi al controllo delle autorità belghe, la detenzione era sproporzionata rispetto allo scopo che si intendeva raggiungere a mezzo della stessa, non era indispensabile per quel controllo e contrastava – ha rilevato la Corte – con gli interessi superiori del fanciullo garantiti dall'art. 3 della citata Convenzione del 1989. In altri termini, detti interessi avrebbero dovuto consigliare l'adozione di misure – d'altro canto suggerite dell'avvocato della bambina – diverse da quella detentiva.

Quegli stessi interessi, dunque, sono venuti in gioco nella valutazione della legittimità della misura detentiva, così realizzando un'applicazione dinamica dell'art. 8 della CEDU, conforme all'art. 3 della Convenzione del 1989. In proposito non è privo di rilievo ricordare che l'art. 53 della CEDU reca una clausola di salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti in altri accordi internazionali.

Da segnalare infine che, scartata la posizione della madre di vittima di una violazione dell'art. 5 della CEDU, la Corte è pervenuta a diversa conclusione con riguardo alla figlia; ciò in considerazione delle modalità della detenzione, in un centro per adulti, come tale non appropriata alla situazione di particolare

²² Cfr. la sentenza dell'8 luglio 1999, *Çakici c. Turchia*, par. 48; la sentenza *Bader*, cit., par. 46; la sentenza del 22 giugno 2006, *D. e altri c. Turchia*, par. 56.

²³ V. la decisione n. 11394/85 del 5 marzo 1986. In argomento, anche per altre indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche, v. K. ROGGE, *The "Victim" Requirement in Article 25 of the European Convention on Human Rights*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *op. cit.*, p. 539 ss.

vulnerabilità dell'interessata in quanto minore straniera non accompagnata in un Paese sconosciuto, con conseguente lesione della libertà della stessa²⁴. Così decidendo, la Corte ha fornito indicazioni circa la “qualité des (...) normes judiciaires applicables aux intéressés”²⁵.

4. Nella sentenza esaminata, dunque, arricchendo la giurisprudenza sull'operare della Convenzione a favore dei minori²⁶, la Corte ha applicato l'art. 3 al trattamento dei minori stranieri non accompagnati, anteriore e successivo al provvedimento di espulsione che li riguarda; inoltre, ha utilizzato il principio di proporzionalità dell'art. 8 in senso contrario alla detenzione degli stessi. Si tratta di notevoli indicazioni – compresa l'azione dell'art. 3 a favore dei familiari, nel senso indicato – data la diffusione del fenomeno di cui si tratta nei territori degli Stati parti della Convenzione, nonché membri dell'UE; e ciò vale in particolare per l'esperienza italiana²⁷. Tanto più che – a quanto risulta – in precedenza gli organi di garanzia della Convenzione europea, pur valutando i provvedimenti di espulsione di minori stranieri alla luce del rischio di rottura dell'unità familiare garantita dall'art. 8, non avevano avuto modo di pronunciarsi, per raggiunto regolamento amichevole, o avevano scartato la violazione dell'art. 3 per effetto di detti provvedimenti²⁸.

Dalla stessa sentenza discende in particolare che la condizione personale della minore, causa della sua situazione di estrema vulnerabilità, ha svolto un

²⁴ Cfr. gli svolgimenti della Corte con la posizione del Comitato dei diritti dell'uomo riportata *supra*, nota 20.

²⁵ Cfr., in particolare, il par. 27. Cfr., in tal senso, anche il par. 5 del principio n. 11 cit. *supra*, nota 20: “[L]’intérêt supérieur de l’enfant doit être une considération primordiale dans les cas de détention préalable à l’éloignement”.

²⁶ Bibliografia *supra*, nota 16.

²⁷ In generale, per la diffusione del fenomeno in parola v. il par. 3 del *General comment*, citato *supra*, nota 20. Per l'esperienza italiana v. i documenti reperibili *on line* all'indirizzo www.savethechildren.it; e il rapporto dell'ANCI del 7 aprile 2008, reperibile *on line* all'indirizzo www.anci.it.

²⁸ Nel primo senso v., ad esempio, la decisione della Commissione del 9 ottobre 1985, *Taspinar c. Olanda* (in European Court of Human Rights, *HUDOC DVD*, periodicamente aggiornato); nel secondo, la sentenza della Corte del 28 novembre 1996, *Nsona c. Olanda*; per un esempio di giudizio di inammissibilità del ricorso, v. la nota decisione del 15 maggio 2007, *Giusto e Bornacin c. Italia*, nella quale la Corte ha statuito, in particolare, che alla luce dell'impegno delle autorità interessate per eliminare “i traumi” di cui la minore avrebbe potuto “essere vittima e di tutte le precauzioni adottate, il rimpatrio di V., pur avendo provocato un certo grado di sofferenza inevitabile, non ha, nelle circostanze particolari della presente causa, costituito un trattamento contrario all'articolo 3 della Convenzione” (corsivi aggiunti). Con sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, la Corte si è pronunciata, per la prima volta, sulla detenzione (in una zona aeroportuale di transito) di stranieri richiedenti asilo, tra cui undici bambini, quale mezzo di controllo dell'ingresso degli stessi nel territorio di uno Stato parte della Convenzione. Concentrando l'attenzione sulle modalità del fermo alle frontiere di quelle persone, la Corte ha statuito che la detenzione aveva dato luogo alla privazione, non già, come sostenuto dal governo convenuto, alla restrizione della loro libertà. Altre indicazioni negli scritti citati *supra*, nota 16.

ruolo centrale nell'accertamento della violazione delle disposizioni convenzionali: avendo riguardo all'art. 3, la Corte – vale la pena di ripetere – ha preso in considerazione la “situation personnelle de la second requérant” (“son très jeune âge”; “étrangère en situation d'illégalité dans un pays inconnue”; “pas accompagnée car séparée de sa famille et donc livrée à elle-même”), per desumerne l'appartenenza alla “catégorie des personnes les plus vulnérables d'une société” (par. 53); proprio in considerazione di tale situazione, l'interessata è stata ritenuta vittima della violazione del diritto assoluto garantito dall'art. 3. Inoltre, è su queste basi che l'atteggiamento delle autorità competenti è stato causa di una grande “souffrance”, non di un semplice “désarroi affectif”, nella madre. Infine, in quella stessa situazione (par. 60) di vulnerabilità, il *refoulement* ha determinato uno stato di profonda angoscia nella minore, estesa alla madre.

L'esigenza di tutela rafforzata dei minori stranieri non accompagnati in considerazione della loro condizione di particolare vulnerabilità, in specie se rifu giati, è rilevabile da accordi internazionali, da atti dell'UE e da leggi statali: per queste ultime, qui è sufficiente ricordare gli articoli 28, 3° comma, e 33 del testo unico italiano sull'immigrazione; l'art. 28 del decreto legislativo n. 251 del 19 novembre 2007, che ha recepito la direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta; l'art. 25, 5° e 6° comma, del decreto legislativo n. 25 del 28 gennaio 2008, emanato in attuazione della c.d. direttiva procedurale 2005/85/CE²⁹.

²⁹ Limitandoci ad alcune indicazioni, tra gli accordi v. il Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali dell'8 giugno 1977 (art. 77, par. 1); la Convenzione del Consiglio d'Europa del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti del fanciullo; il Protocollo delle Nazioni Unite sulla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar modo donne e bambini, aperto alla firma nella Conferenza internazionale di Palermo del 12-15 dicembre 2000, aggiuntivo alla Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale. In argomento, anche per altre indicazioni bibliografiche e normative, v. G. S. GOODWIN-GILL, *Protecting the Human Rights of Refugee Children. Some Legal and Institutional Possibilities*, in J. DOEK, H. VAN LOON, P. VLAARDINGBROEK (eds.), *Children on the Move: How to Implement Their Right to Family Life*, The Hague-Boston-London, 1999, p. 97 ss.; J. BHABHA, *Children, Migration and International Norms*, in T. A. ALENIKOFF, V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003, p. 203 ss.; M. C. MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 232 ss. Per l'UE v. ad esempio la direttiva del 29 aprile 2004, citata nel testo; inoltre l'art. 18, par. 1, della direttiva 2003/9/CE del 27 gennaio 2003 (cfr. *infra*, par. 6 e le considerazioni di J. HANDOLL, *Directive 2003/9 on Reception Conditions of Asylum Seekers: Ensuring “Mere Subsistence” or a “Dignified Standard of Living”?*, in A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice: EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford-Portland, 2007, p. 195 ss., in specie p. 222 ss.), le indicazioni della Commissione nella comunicazione dal titolo “Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori”, COM(2006)367 def., del 4 luglio 2006, e nel “Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo”, COM(2007)301 def., del 6 giugno 2007, par. 2.4.1. Gli articoli 28, 3° comma, e 33 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e la condizione dello straniero (*GURI* n. 191, 18 ago-

Si tratta di disposizioni informate al noto principio della preminenza dell'interesse superiore del minore contenuto nell'art. 3, par. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo³⁰: ciò risulta in modo inequivocabile dalla prima delle disposizioni italiane testè citate, talvolta posta a fondamento di pronunce di annullamento di provvedimenti di espulsione dall'Italia di familiari clandestini di minori clandestini³¹.

Il valore da riconoscere allo stesso è stato posto in luce dal Comitato dei diritti del fanciullo e ampiamente esaminato in dottrina: in particolare, la “primary consideration” di quell'interesse, “in the search of short and long-term solutions”, è stata efficacemente sottolineata dal Comitato nel *General comment* n. 6 relativo al trattamento, per l'appunto, dei bambini non accompagnati o separati al di fuori del loro Paese di origine³². Detta preminenza è statuita anche dall'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

sto 1998, suppl. ord.) dispongono rispettivamente: “[I]n tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'articolo 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo”; “[A] fine di vigilare sulle modalità di soggiorno dei minori stranieri temporaneamente ammessi sul territorio dello Stato e di coordinare le attività delle amministrazioni interessate è istituito (...) un Comitato presso la Presidenza del Consiglio dei ministri”, tra i cui compiti rientrano quelli relativi alle “regole” e alle “modalità per l'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato dei minori stranieri in età superiore a sei anni (...)”. L'art. 28 del primo decreto legislativo citato nel testo (*GURI* n. 3, 4 gennaio 2008, p. 5 ss.) reca in particolare che “[F]erma la possibilità di beneficiare degli specifici programmi di accoglienza, riservati a categorie di soggetti vulnerabili (...) il minore non accompagnato richiedente la protezione internazionale è affidato dalla competente autorità giudiziaria a un familiare, adulto e regolarmente soggiornante, qualora questi sia stato rintracciato sul territorio nazionale. I provvedimenti di cui al presente comma sono adottati nell'interesse prevalente del minore, avendo comunque cura di non separare il medesimo dai fratelli, eventualmente presenti sul territorio nazionale, e di limitarne al minimo gli spostamenti sul territorio stesso”. L'art. 26, 5° e 6° comma del decreto legislativo n. 25/2008 (*GURI* n. 40, 16 febbraio 2008) fissa un percorso specifico di accoglimento per i minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo, escludendo in ogni caso che gli stessi possano essere ospitati o trattenuti presso le strutture di cui agli articoli 20 e 21 di tale decreto legislativo. Si veda pure la direttiva del Governo italiano del 12 marzo 2007, sulla presa in carico da parte delle istituzioni italiane dei minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo, reperibile *on line* all'indirizzo www.asgi.it.

³⁰ “In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione permanente”.

³¹ Aspetto esaminato da P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 203 ss., in specie p. 457 ss. Il divieto di espulsione degli “stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto di seguire il genitore o l'affidatario espulsi” previsto dall'art. 19, par. 1, del testo unico citato in nota 21, non intacca la possibilità di disporre l'espulsione per “motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato” (art. 13, par. 1); sicché si impone l'esigenza di interpretare tale disposizione alla luce della Convenzione in parola: cfr. anche P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali*, *ivi* (nel Cap. V), p. 861 ss., in specie p. 891.

³² V. UN Doc. RC/GC/2006/6, cit., par. 19 ss.

Ora, vale la pena di notare che nella sentenza in esame (par. 83), e in altre, quell'interesse è stato richiamato espressamente avendosi riguardo all'asserita violazione dell'art 8 della CEDU³³: la Corte ha escluso che le misure detentive adottate dalle autorità belghe fossero conformi all'interesse tutelato dalla Convenzione delle Nazioni Unite. Inoltre la Corte ha ricordato che la lotta contro l'immigrazione illegale da parte degli Stati membri, pur costituendo esercizio del loro diritto di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri previsto da un principio ben consolidato di diritto internazionale, deve essere compatibile con gli obblighi derivanti dallo stesso diritto, tra i quali quelli contenuti nella CEDU e nella Convenzione sui diritti del fanciullo di cui era parte lo Stato convenuto (par. 81).

Siffatta interpretazione implica un confronto tra i contrapposti interessi dello Stato e del minore (con prevalenza nel caso di specie dei secondi)³⁴; è in linea, dunque, con il "best-interests-based balancing test" di cui si fa menzione nel *General comment* (par. 83 s.) poc'anzi citato³⁵, nonché con quanto osservato dalla Corte altrove: "[E]u égard aux lourdes conséquences qu'une expulsion aurait sur les responsabilités qui pèsent sur la première requérante en sa qualité

³³ V., tra le altre, la sentenza del 18 ottobre 2006, *Üner c. Olanda*, par. 57, dove sono richiamati i noti criteri formulati dalla Corte nella sentenza del 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera* (cfr. nota 37).

³⁴ Degna di nota la sentenza del 22 giugno 1989, *Eriksson c. Svezia*, par. 58 (l'interesse superiore del fanciullo può prevalere su quello del genitore) e, nello stesso senso, la sentenza del 16 settembre 1999, *E.P. c. Italia*, par. 62. Vale la pena di seguire da vicino quanto osservato dalla Corte nella sentenza del 31 gennaio 2006, *Rodrigues Da Silva e Hoogkamer c. Olanda*: "[T]he applicants complained that the refusal to grant the first applicant a residence permit constituted a breach of their right to respect for their family life. They relied on Article 8 of the Convention" (par. 30); "[T]he Court reiterates that in the context of both positive and negative obligations the State must strike a fair balance between the competing interests of the individual and of the community as a whole. However, in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation. Moreover, Article 8 does not entail a general obligation for a State to respect immigrants' choice of the country of their residence (...) in a case which concerns family life as well as immigration, the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest" (par. 39); "[T]he Court further notes that, from a very young age, Rachael has been raised jointly by the first applicant and her paternal grandparents, with her father playing a less prominent role" (par. 42); "[I]n view of the far-reaching consequences which an expulsion would have on the responsibilities which the first applicant has as a mother, as well as on her family life with her young daughter, and taking into account that it is clearly in Rachael's best interests for the first applicant to stay in the Netherlands, the Court considers that *in the particular circumstances of the case the economic well-being of the country does not outweigh* the applicants' rights under Article 8, despite the fact that the first applicant was residing illegally in the Netherlands at the time of Rachael's birth" (par. 44; corsivi nostri).

³⁵ *Supra*, nota 20. Con indicazioni di diritto comparato e sulla base degli svolgimenti del Comitato dei diritti del fanciullo, cfr. J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford-New York, 2007, p. 185 s.

de mère, ainsi que sur sa vie familiale avec Rachel, et vu qu'il *est manifestement dans l'intérêt* de cette dernière que sa mère demeure aux Pays-Bas, la Cour estime que dans les circonstances particulières de l'espèce le bien-être économique du pays *ne l'emporte* pas sur les droits découlant pour les requérantes de l'article 8, nonobstant le fait que la première requérante résidait illégalement aux Pays-Bas à l'époque de la naissance de Rachel"³⁶. Inoltre nella sentenza relativa all'affare *Boultif* "la Cour a énuméré les critères devant être utilisés pour l'appréciation de la question de savoir si une mesure d'expulsion *était nécessaire* dans une société démocratique et *proportionnée* au but légitime poursuivi". Tra tali criteri, indicati nel par. 40 di quella sentenza, continua la Corte, può considerarsi implicitamente ricompreso "*l'intérêt et le bien-être des enfants*, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé"³⁷.

Si tratta del tradizionale metodo applicativo dell'art. 8 seguito dagli organi di garanzia della Convenzione, nel senso precedentemente riferito. Ciò posto, dalla circostanza che nella sentenza in esame la Corte abbia affermato l'interesse superiore del fanciullo, quale criterio previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite per indirizzare le scelte degli Stati, non potrebbe desumersi che la decisione rechi "un raisonnement (...) qui relève davantage d'une application" di quella Convenzione³⁸. Invero, alla luce di quanto testé riportato, è da ritenere che con quel riferimento la Corte abbia semplicemente rafforzato, così confermando, l'azione dei criteri applicativi dell'art. 8 della CEDU da essa già formulati nella materia considerata³⁹: per altro verso, siffatto approccio esegetico

³⁶ V. la sentenza *Rodrigues Da Silva e Hoogkammer*, cit., par. 44; corsivi nostri.

³⁷ Corsivi aggiunti. Nel par. 40 della sentenza *Boultif*, cit., la Corte ha elencato dei criteri volti a valutare se una misura di espulsione possa considerarsi necessaria in una società democratica e proporzionata allo scopo perseguito; tra gli stessi figurano "(...) la situation familiale du requérant (...); la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale; la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge" (corsivi aggiunti).

³⁸ V. B. MANSSON, *Un enfant n'est pas un étranger comme les autres*, in *RTDH*, 2007, p. 823 ss., in specie p. 826.

³⁹ In argomento v. P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1988, p. 107 s.; G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007, p. 77 s. In generale, sui problemi di coordinamento tra atti internazionali sui diritti individuali e tra questi e altri atti internazionali, v. variamente F. CAPOTORTI, *Interferenze tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed altri accordi e loro riflessi negli ordinamenti interni*, in *Com. St.*, 1966, p. 117 ss.; G. CPHEN-JONATHAN, *Les rapports entre la Convention européenne des Droits de l'Homme et les autres traités conclus par les Etats Parties*, in R. LAWSON, M. DE BLOIS (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry Schermers*, III, Dordrecht-Boston-London, 1984, *op. cit.*, p. 79 ss.; le indicazioni metodologiche, applicabili anche nella materia di cui si tratta, di G. GAJA, *Rapporti fra trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, in F. SALERNO (a cura di), *op. cit.* p. 126 ss.

appare idoneo a far percepire la conformità dell'interpretazione della Convenzione, accolta nel caso di specie, agli obblighi internazionali assunti dagli Stati in causa (art. 53).

5. Come si è avuto modo di osservare, procedendo nel senso sopra riferito e concentrando l'attenzione sulle modalità e condizioni della detenzione, la Corte ha applicato l'art. 3 della CEDU in senso conforme all'art. 37 della Convenzione sui diritti del fanciullo. Peraltro, a differenza di quanto rilevabile con riguardo all'art. 8, nell'interpretazione dell'art. 3 la Corte ha fatto riferimento alla vulnerabilità della persona interessata, e alla conseguente insufficienza delle misure statali a favore di questa, senza richiamare gli interessi superiori del minore, quale principio previsto dall'altra Convenzione. Giusta un consolidato orientamento, la Corte si è limitata a prendere in considerazione l'età del ricorrente in quanto fattore che, con altri, consente di delineare la situazione personale (di vulnerabilità) dell'interessato e, su queste basi, di accertare la violazione dell'art. 3: muovendo dal carattere assoluto di questa norma, la Corte, cioè, ha valutato tutte le circostanze del caso di specie, tra le quali la posizione personale del ricorrente e quindi la sua età. Si tratta dell'ordinaria applicazione dei criteri utilizzati dalla Corte per valutare se sussista il minimo livello di severità (“un minimum de gravité”) affinché un dato comportamento possa farsi rientrare o meno tra quelli vietati dall'art. 3; tale valutazione – ha ribadito la Corte nella sentenza in esame (par. 84) – è variabile giacché dipende dall'insieme delle circostanze del caso di specie, inclusi il sesso, l'età e la condizione di salute della vittima⁴⁰.

In altri termini, il “minimum de gravité” del comportamento asserito contrastante con l'art. 3 è variabile in funzione delle caratteristiche personali della persona interessata, a prescindere dalle esigenze dello Stato convenuto. Si ha riguardo – come già ricordato – al metodo casistico seguito dalla Corte per accertare in concreto la violazione dell'art. 3, ancorché detta norma presenti il carattere indicato⁴¹: in detto approccio, la minore età è presa in considerazione in quanto fattore che *insieme* ad altri consente alla Corte di valutare complessivamente la situazione del caso di specie. Non si tratta, cioè, di individuare quali siano gli interessi del fanciullo, come può accadere per l'applicazione dell'art. 8⁴², al fine di confrontarli con altri interessi, e stabilire su queste basi la necessità o l'opportunità di una restrizione dei diritti garantiti dalla Convenzione; si tratta

⁴⁰ Orientamento giurisprudenziale illustrato da A. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 55 ss.; G. MALINVERNI, *op. cit.*, p. 177 ss.; F. SUDRE, *op. cit.*, p. 267 ss. Di recente v. la sentenza dell'11 gennaio 2007, *Salah Sheekh c. Olanda*, par. 137; la sentenza del 24 gennaio 2008, *Riad e Idiab c. Olanda*, par. 96; la sentenza *Saadi*, cit., par. 128.

⁴¹ V. la sentenza *Soering*, cit., par. 87 ss., e il par. 48 s. della sentenza in esame; altre indicazioni nel mio *La disciplina*, cit., p. 267 ss. In argomento v. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2001, p. 119 ss.; problematicamente, A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *RDI*, 2006, p. 644 ss., in specie p. 681 ss.

⁴² Cfr. la sentenza *Rodrigues Da Silva*, cit., par. 41 s., e *supra*, note 31 e 34.

bensì – per usare un’espressione della stessa Corte – di “qualificare”, nel caso di specie, il comportamento statale asserito contrario all’art. 3, in funzione dell’affermazione del valore da esso garantito⁴³; valore, è appena il caso ricordare, riconosciuto anche da una norma internazionale di *jus cogens*⁴⁴.

D’altro canto, la disposizione in esame reca un divieto incondizionato il cui operare, dunque, non potrebbe essere accostato al funzionamento di altre norme che non presentino tale caratteristica⁴⁵.

A conferma indiretta delle osservazioni che precedono – circa il valore riconosciuto alla minore età nell’accertamento della violazione dell’art. 3 – può ricordarsi che nell’affaire *Nsona*, “une feillette de neuf ans” il cui *refoulement* ha determinato nella stessa una “expérience pénible”, la Corte ha escluso che “l’attitude” delle competenti autorità olandesi (“prête certainement à critique”) avesse dato luogo a un trattamento vietato dall’art. 3 o al rischio di siffatto trattamento⁴⁶. A questa conclusione la Corte è pervenuta tenendo conto di tutti i fattori pertinenti, tra i quali la minore età dell’interessata, che pertanto, nonostante quell’esperienza certamente non conforme agli interessi della bambina, non è stata ritenuta di per sé decisiva al fine di riconoscere l’asserita violazione dell’art. 3. In definitiva, affermato il carattere assoluto di questa norma, la relativa applicazione è variabile in funzione delle caratteristiche del caso di specie⁴⁷.

6. Nelle pagine che precedono si è accennato all’importanza che rivestono le indicazioni giurisprudenziali riferite in considerazione della diffusione anche in

⁴³ V. ad esempio la sentenza del 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, par. 167, e cfr. M.-E. EISEN, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 65 ss. in specie p. 74 ss.

⁴⁴ V. la sentenza del Tribunale penale per la ex Jugoslavia, del 10 dicembre 1998, *Prosecutor c. Furundzija* (reperibile *on line* all’indirizzo www.un.org/icty), par. 154 ss.; la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, par. 25 ss., con altre indicazioni. In dottrina, tra gli altri, v. L. HANNIKAINEN, “*Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*”, Helsinki, 1988, p. 499 ss.; E. DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law*, in *EJIL*, 2004, p. 97 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale* (a cura di P. GAETA), Bologna, 2006, p. 211 s.; A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, pp. 53 ss. e 342 ss. Per il carattere puramente formale del riconoscimento di *jus cogens* al divieto di cui si tratta, v. F. SUDRE, *op. cit.*, p. 83; ma v. la Commissione del diritto internazionale, in *Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for international wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001)*, p. 283 s., reperibile *on line* all’indirizzo untreaty.un.org/ilc/texts.

⁴⁵ Degne di nota in argomento le seguenti indicazioni contenute nel *General comment*, cit., *supra*, nota 20: “in affording proper treatment of unaccompanied children, states must fully respect non-refoulement obligations deriving from international human rights, humanitarian and refugee law” (par. 12 ss., in specie par. 26).

⁴⁶ V. la sentenza del 28 novembre 1996, *Nsona c. Olanda*, paragrafi 97 e 103.

⁴⁷ V. le osservazioni incisive di A. CASSESE, *op. cit.*, p. 253 ss.; inoltre J. COLLEWAERT, *op. cit.*, p. 19; A. TANCREDI, *op. loc. cit.*

Italia del fenomeno da cui prende origine l'affare esaminato. Quell'importanza è accresciuta dal ruolo da riconoscere, come è noto, nell'ordinamento italiano alla CEDU, quale interpretata dalla sua Corte⁴⁸: in altri termini, giusta quel ruolo, della sentenza commentata va debitamente tenuto conto nell'interpretazione delle norme italiane pertinenti, in modo da assicurarne la congruità alle disposizioni convenzionali di cui si tratta.

Un ordine analogo di considerazioni può svolgersi ove si abbia riguardo al diritto dell'Unione europea: ciò in considerazione del valore, come pure è noto, attribuito in quel diritto alla Convenzione e alla sua interpretazione da parte della Corte europea. In tal senso, vale la pena di ricordare gli svolgimenti della comunicazione dal titolo "verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori": ai sensi dell'art. 6, par. 2, TUE, l'Unione "è tenuta a rispettare i diritti fondamentali nelle azioni intraprese nel quadro delle sue competenze", diritti "sanciti", nel settore in esame, dalla CEDU e dalla citata Convenzione del 1989⁴⁹. Per effetto di quella norma, dunque, le indicazioni sopra riportate sono

⁴⁸ Anche per altre indicazioni, per tutti, v. U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 2008, p. 7 ss., in specie p. 19 s. Inoltre, in senso propositivo, L. R. HELFER, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *EJIL*, 2008, p. 125 ss.

⁴⁹ COM 2006(367)def., del 4 luglio 2006, par. 1.2. La Convenzione sui diritti del fanciullo può ritenersi richiamata dall'art. 63, par. 1 TCE, posto che il Consiglio adotta misure in materia di asilo a norma della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati pertinenti, tra i quali, per l'appunto, quella Convenzione. Ampia è la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'aspetto considerato nel testo: di recente v. punto 283 ss. della sentenza del 3 settembre 2008 (reperibile *on line* all'indirizzo curia.eu), nei procedimenti riuniti C-402 e 415/05 P, relativi ai ricorsi con i quali *Kadi* e *Al Barakaat International Foundation* hanno chiesto e ottenuto l'annullamento delle sentenze del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, relative agli affari tra le stesse parti, da un lato, e il *Consiglio* e la *Commissione*, dall'altro (con interventi di alcuni Stati membri in primo grado e nel giudizio di impugnazione), sentenze già ampiamente criticate in dottrina giacché, per quanto qui interessa, scarsamente attente "a conciliare la lotta al terrorismo con i rispetto dei diritti umani" (U. VILLANI, *L'attuazione da parte dell'Unione europea delle decisioni del Consiglio di sicurezza per il mantenimento della pace e la lotta al terrorismo*, in M. L. TUFANO (a cura di), *La crisi dell'Unione Europea. Problematiche generali e verifiche settoriali*, Napoli, 2007, p. 163). L'incidenza che la CEDU può svolgere nel senso indicato appare rafforzato dal carattere *erga omnes* degli obblighi derivanti agli Stati membri dai trattati sui diritti umani. Limitandoci ad alcune classiche citazioni, v. le sentenze della Corte internazionale di giustizia del 5 febbraio 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgio c. Spagna)*, nuova domanda, in *ICJ Reports*, 1970, p. 3 ss., in specie par. 34; e del 27 giugno 1986, *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)*, merito, *ivi*, 1986, p. 3 ss., in specie p. 133 ss.; il *General comment* del Comitato dei diritti dell'uomo n. 31 (*Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, in UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, del 26 maggio 2004): nonostante la formulazione dell'art. 2 del Patto, "every State has a legal interest in the performance by every other State party of its obligations"; "rules concerning the basic rights of the human person are *erga omnes* obligations", sicché "the article 41 does not mean that this procedure is the only method by which States Parties can assert their interest in the performance of others States Party" (par. 2 s.); la risoluzione dell'Istituto di diritto internazionale (*rapporteur* Giorgio Gaja) dedicata al tema in parola, in *RDI*, 2005, p. 1191 s. Ampia è la bibliografia sulla

suscettibili di incidere sull'interpretazione e applicazione della disciplina pertinente dell'UE: si pensi alle disposizioni sui minori contenute negli articoli 18 e 19 della direttiva 2003/9, sulle norme minime per l'accoglienza dei richiedenti asilo⁵⁰; agli obblighi degli Stati membri previsti dalla decisione 2004/573, sull'organizzazione dei voli congiunti per l'allontanamento dei cittadini di paesi terzi presenti illegalmente nei territori di uno o più paesi membri⁵¹; e soprattutto alla disciplina operante nella materia di cui si tratta recentemente posta dalla direttiva 2008/115, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di Stati terzi il cui soggiorno è irregolare⁵². Tra dette norme qui vanno segnalate quelle contenute negli articoli 5, 10: il primo reca genericamente che nell'applicazione della direttiva gli Stati membri “tengono nella debita considerazione (...) l'interesse superiore del bambino (...), la vita familiare (...) e rispettano il principio di non-refoulement”; il secondo consente comunque il loro allontanamento verso Paesi (anche diversi da quello di origine) con “adeguate strutture di accoglienza” (par. 2).

Data l'ambiguità di siffatte disposizioni, alcune organizzazioni non governative hanno rilevato, in particolare, la scarsa considerazione, nella direttiva, della tutela dei minori coinvolti in una procedura di rimpatrio⁵³. La sentenza della

categoria degli obblighi *erga omnes*: per tutti, v. P. PICONE, *Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in V. STARACE (a cura di), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milano, 1983, p. 17 ss. (con riguardo al settore in esame p. 35 e p. 44); e in P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*. *Studi critici di diritto internazionale*, Napoli 2006, p. 1 ss.; in tale volume sono riprodotti gli altri studi dell'autore dedicati agli obblighi in parola e alla loro distinzione dalle norme di *jus cogens*.

⁵⁰ In *GUCE* L 31, 6 febbraio 2003, p. 18 ss. L'art. 18, par. 1, dispone: “Il prevalente interesse del minore costituisce un criterio fondamentale nell'attuazione, da parte degli Stati membri, delle disposizioni della presente direttiva concernenti i minori”; ai sensi dell'art 19: “[G]li Stati membri adottano quanto prima misure atte ad assicurare la necessaria rappresentanza dei minori non accompagnati da parte di un tutore legale oppure, ove necessario, la rappresentanza da parte di un organismo incaricato della cura e del benessere dei minori, oppure qualsiasi altra forma adeguata di rappresentanza (...). Gli Stati membri possono alloggiare i minori non accompagnati che abbiano compiuto i 16 anni in centri di accoglienza per adulti richiedenti asilo (...). 3. Gli Stati membri, a tutela del prevalente interesse del minore non accompagnato, si adoperano per rintracciare quanto prima i suoi familiari”. La direttiva è stata attuata in Italia con d. lgs. n. 140, 30 maggio 2005, *GURI* n. 168, 21 luglio 2005, p. 3 ss. Per quanto qui interessa, va ricordato l'art. 8, paragrafi 1 e 4, sull'accoglienza dei minori in quanto persone vulnerabili. Rispetto alle osservazioni svolte nelle pagine che precedono va nuovamente segnalato l'art. 26, cit. *supra*, testo e nota 29.

⁵¹ Del 29 aprile 2004, *GUUE* L 261, 2 agosto 2004, p. 28 ss.

⁵² La direttiva, del 16 dicembre 2008, è in *GUUE* L 248, 24 dicembre 2008, p. 98 ss.

⁵³ V. i documenti di Amnesty International CS7/2008 e CS78/2008, reperibili *on line* all'indirizzo www.amnesty.it; e la posizione di Save the Children, reperibile *on line* all'indirizzo www.savethechildren.it. Osservazioni critiche (per le medesime ragioni accennate poc'anzi nel testo e conseguente scarsa conformità della disciplina di seguito indicata con l'art. 3 della citata Convenzione delle Nazioni Unite: cfr. European Council on Refugees and Exiles, doc. CO/1/2009/Ext/MDM recante la *Information Note* di detto Consiglio sulla direttiva, reperibile *on line* all'indirizzo www.ecre.org) sono state svolte anche con riguardo agli articoli 14, par. 1, lett. c), e 17: il primo

Corte reca alcune indicazioni idonee a indirizzare un'applicazione dell'atto in parola che realizzi quella tutela in conformità della CEDU – d'altro canto richiamata nel par. 22 del preambolo della direttiva unitamente alla citata Convenzione del 1989 – e quindi delle norme pertinenti della Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁵⁴.

Abstract

Expulsion of Unaccompanied Foreign Minors and European Convention of Human Rights

In the examined decision, the personal condition of the child has played a central role in investigating the violation of Articles 3 and 8 of the ECHR. Referring to the best interests of the child, under the Convention on the Rights of the Child, the European Court has strengthened the action of the traditional criteria of application of Art. 8 and showed the conformity of the construction accepted with the international obligations undertaken by the interested State (Article 53 ECHR). In the interpretation of Art. 3, the Court referred to the vulnerability of the person concerned, without calling the best interests of the child: this is the casuistic method followed by the Court to determine whether there is a violation of Art. 3, although that rule has neither exceptions nor limitations. Given the role to be recognized in the Italian and EU Laws to the ECHR, as interpreted by its Court, the examined decision must be properly taken into account in the interpretation of the relevant provisions of these laws.

prevede la garanzia all'accesso al sistema educativo “*tenuto conto della durata del soggiorno*” nei periodi di tempo anteriori al rimpatrio, cui la stessa norma al riguardo; il secondo autorizza il trattenimento dei minori non accompagnati “*in mancanza di altra soluzione e per un periodo di tempo il più breve possibile*” (par. 1), aggiungendo che a quelle persone (qualificate “*vulnerabili*” dall'art. 3, n. 9) “*è fornita, per quanto possibile, una sistemazione*” in istituti idonei a soddisfare le esigenze proprie della loro età (corsi aggiunti).

⁵⁴ Che la direttiva “rispetta”: par. 24 del preambolo. Cfr. *supra*, nota 3.

Il ribadimento di un approccio ispirato ad un principio personalistico nella giurisprudenza comunitaria relativa alla protezione dei consumatori

SOMMARIO: 1. I due problemi affrontati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Gysbrechts* del 16 dicembre 2008: la qualificazione di una misura avente effetto equivalente ad una restrizione quantitativa alle esportazioni e la determinazione dell'esistenza di una sua causa giustificativa. – 2. I criteri che la Corte ha precedentemente applicato nella sentenza *Groenveld* per risolvere il primo problema. – 3. *Segue*: le ragioni per cui l'Avvocato generale Trstenjak, nelle conclusioni presentate nel caso *Gysbrechts*, ha ritenuto di non poter seguire tali criteri e il nuovo metodo che ha proposto. – 4. La posizione che nel caso ha preso la Corte. – 5. Il metodo che, per risolvere il secondo problema postosi nel caso *Gysbrechts*, la Corte aveva seguito nel caso *easyCar*. – 6. Le reazioni suscitate dalla posizione così presa dalla Corte. – 7. L'approccio radicalmente innovativo assunto della Corte con la nuova pronuncia. – 8. L'applicazione che la Corte ha fatto del suo nuovo approccio. – 9. La conferma che la Corte ha così dato del metodo già seguito nella precedente pronuncia *Mostaza Claro*.

1. Con la sentenza che ha reso il 16 dicembre 2008 nel caso *Gysbrechts e Santurel Inter BVPA*¹, la Grande sezione della Corte di giustizia delle Comunità europee ha, in modo importante, preso posizione su due questioni: una prima, più specifica, concernente l'art. 29 TCE e, in particolare, la definizione dei criteri da applicare per stabilire quando si sia in presenza di una misura avente effetto equivalente ad una restrizione quantitativa alle esportazioni ed una seconda concernente il modo in cui la tutela dei consumatori può rilevare nel quadro dell'interpretazione della 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 e dell'applicazione delle norme nazionali che ad essa hanno dato attuazione.

¹ Causa C-205/07, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

Dette questioni sono state sottoposte all'attenzione della Corte da una richiesta di pronuncia pregiudiziale avanzata da giudici belgi, di fronte ai quali, nel quadro di un procedimento penale a carico del sig. Gysbrechts e della società Santurel Inter BVPA, si è posto il problema della compatibilità con il diritto comunitario dell'art. 80, n. 3 della legge belga sulla tutela dei consumatori e dell'interpretazione ad essa data in Belgio con riferimento a contratti a distanza. A termini di detta disposizione “non si può richiedere al consumatore alcun acconto o pagamento prima che sia decorso il termine di recesso dal contratto di sette giorni lavorativi”; procedendo alla relativa applicazione la giurisprudenza belga considera vietata e sanzionata penalmente la richiesta che, all'atto della stipula di un contratto a distanza con un consumatore, sia fatta a quest'ultimo del numero di una sua carta di credito da parte di un fornitore che, a questo modo, intenda garantirsi contro un'eventuale omissione di pagamento.

2. Quanto al primo problema, come in modo puntuale ed analitico ricostruito nelle conclusioni nel caso presentate dall'Avvocato generale Trstenjak², la Corte l'ha risolto in modo diverso nel tempo.

In un primo momento, con la sentenza *Bouhelier*³ del 1977, considerando che per la qualificazione di misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative alle esportazioni di cui all'art. 29 TCE trovino applicazione gli stessi criteri utilizzati, a partire dalla sentenza *Dassonville*⁴, per la determinazione di misure equivalenti alle restrizioni quantitative alle importazioni, la Corte ha ritenuto che debbano considerarsi misure del primo tipo quelle che “possano costituire un ostacolo diretto o indiretto, attuale o potenziale, per gli scambi intracomunitari”⁵.

Con la sentenza *Groenveld*⁶ del 1979 la Corte ha reso meno ampia la categoria di misure incompatibili con l'art. 29 TCE stabilendo che rientrano in tale categoria misure che presentino tre condizioni: 1) abbiano “per oggetto o per effetto di restringere specificamente le correnti di esportazione”, 2) costituiscano “una differenza di trattamento fra il commercio interno di uno Stato membro e il suo commercio di esportazione” e 3) assicurino “un vantaggio particolare alla produzione nazionale o al mercato interno dello Stato interessato, a detrimento della produzione o del commercio di altri Stati membri”⁷. L'ha resa meno ampia non riprendendo dalla formula *Dassonville* l'elemento che conduceva a qualificare come misure equivalenti a restrizioni quantitative

² Conclusioni del 17 luglio 2008, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punti 29-33.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 3 febbraio 1977, causa 53/76, *Procureur de la République de Besançon c. Les Sieurs Bouhelier e altri (Bouhelier)*, *Raccolta*, p. 197.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Procureur du Roi c. Benoît e Gustave Dassonville*, *Raccolta*, p. 837, punto 5.

⁵ Sentenza *Bouhelier*, cit., punto 16.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia 8 novembre 1979, causa 15/79, *P.B. Groenveld BV c. Produktschap voor Vee en Vlees (Groenveld)*, *Raccolta*, p. 3409.

⁷ Sentenza *Groenveld*, cit., punto 7.

alle esportazioni misure che possono costituire un ostacolo “potenziale” per gli scambi intracomunitari.

La Corte ha sostanzialmente confermato questa interpretazione dell’art. 29 TCE nelle sue successive pronunce, omettendo soltanto in alcune di esse di riprendere parte della terza condizione (quella determinata dall’espressione “a detrimento della produzione o del commercio di altri Stati membri”)⁸.

3. Nelle sue conclusioni sul caso che ha portato alla sentenza in esame l’Avvocato generale Trstenjak ha ritenuto che la posizione presa nel caso *Groenveld* e successivamente seguita dalla Corte non potesse essere seguita per tre ordini di ragioni. Innanzitutto perché la seconda e la terza condizione fissate in detta sentenza non possono sussistere in relazione a merci prodotte in uno Stato membro ma destinate esclusivamente all’esportazione e non vendute sul mercato nazionale con riferimento alla cui esportazione lo Stato in cui sono prodotte ponga rilevanti e non ragionevolmente accettabili limitazioni. Poi perché la Corte, nella sua più recente giurisprudenza, e in particolare nella sentenza *Commissione c. Austria*⁹, ritornando al linguaggio utilizzato nella sentenza *Bouhelier* del 1977, ha statuito che “gli artt. 28 CE e 29 CE” – e non solo l’art. 28 –, “inseriti nel loro contesto, devono essere intesi nel senso che mirano ad eliminare qualsiasi ostacolo, diretto o indiretto, attuale o in potenza, alle correnti di scambi nel commercio intracomunitario”¹⁰, dando così segno di ritenere che la qualificazione di misure come misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative non debba essere diversa a seconda che esse riguardino le esportazioni o le importazioni. E, infine, perché la sussistenza di una disparità di trattamento (vale a dire la seconda condizione *Groenveld*) per l’esistenza di una misura equivalente a una restrizione quantitativa alle esportazioni non è ragionevole si ritenga necessaria con riferimento alla libera circolazione delle merci quando la Corte non la richiede con riferimento alle altre tre libertà fondamentali, per le quali, per la qualificazione nel senso in questione di una misura, ritiene sufficiente che essa dia luogo a delle restrizioni.

Sulla base di detti rilievi l’Avvocato generale Trstenjak ha suggerito alla Corte di seguire un nuovo metodo e di applicare, con gli adattamenti del caso e coordinandoli tra loro, i criteri utilizzati nelle sentenze *Dassonville*, *Cassis de Dijon*¹¹ e *Keck e Mithouard*¹². In linea con tale metodo ha sostenuto che, in via di principio, misure adottate da uno Stato membro a) possano essere qualificate come misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative quando possano

⁸ Cfr., sul punto, le conclusioni nella causa C-205/07, cit., punto 32.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2005, causa C-320/03, *Commissione c. Repubblica d’Austria*, Raccolta, p. I-9871.

¹⁰ *Ibidem*, punto 67.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, Raccolta, p. 649.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1993, cause riunite C-267 e 268/91, *Keck e Mithouard*, Raccolta, p. I-6097.

ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, le esportazioni, b) possano essere qualificate come legittime quando siano giustificate sulla base di esigenze imperative e c) possano non essere qualificate come misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative alle esportazioni quando, anziché essere costituite da norme relative ai prodotti, siano costituite da norme non discriminatorie relative a talune modalità di vendita. Ha ritenuto, però, che nel procedere agli adattamenti in questione, si debba tenere presente che alcune norme che stabiliscono determinate modalità di vendita impediscono o limitano l'uscita dal mercato, pur non operando una discriminazione sotto il profilo giuridico o sostanziale. Ne ha tratto la conseguenza che alcune di dette norme, tra cui quelle che vietano le vendite via Internet, anche se non espressamente discriminatorie, e anche se in diritto e in fatto producano identici effetti sulle vendite nazionali e sulle esportazioni¹³, possono limitare queste ultime in modo maggiormente diretto, in quanto maggiormente collegate con il passaggio delle merci attraverso la frontiera¹⁴, venendo in fatto a costituire “modalità di vendita [che impediscono o limitano] l'uscita dal mercato”¹⁵.

4. Nel pronunciarsi sulla questione a essa sottoposta nel caso di specie la Corte di giustizia è dovuta partire dal dato che attualmente la materia oggetto della causa pendente davanti al giudice di rinvio costituisce oggetto della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e che tale direttiva non concreta un'armonizzazione esaustiva ma un'armonizzazione minima, stante che l'art. 14 di tale direttiva espressamente prevede che gli Stati membri possano adottare o mantenere, nel settore da essa disciplinato, “disposizioni più severe, per garantire al consumatore un livello di protezione più elevato”¹⁶. Sulla base di tale premessa la Corte ha ritenuto che il problema di compatibilità della disposizione in questione con il diritto comunitario debba essere affrontato facendo riferimento all'art. 29 TCE e non alla direttiva 97/7/CE, come si imporrebbe ove questa avesse dato luogo ad un'armonizzazione completa.

Quanto così premesso, la Corte ha, in primo luogo, puntualmente richiamato i tre criteri che ha enunciato nel caso *Groenveld*. Ciò poteva indurre a pensare che essa intendesse assumere tali criteri a parametro che avrebbe seguito per valutare la disposizione belga sottoposta alla sua considerazione da parte dei giudici del rinvio. Questo, invece, non ha fatto. Ha qualificato come una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'esportazione il divieto posto ai fornitori di richiedere un qualunque acconto o pagamento prima della scadenza del termine per il recesso da parte del consumatore sancito dall'art. 80, n. 3 della legge belga sulla tutela dei consumatori e l'interpretazione di questo come un divieto agli stessi fornitori di richiedere ai clienti consumatori il numero

¹³ Conclusioni nella causa C-205/07, cit., punto 73.

¹⁴ *Ibidem*, punto 62.

¹⁵ *Ibidem*, punto 59.

¹⁶ Sentenza *Gysbrechts*, cit., punto 34.

della carta di pagamento; e ha qualificato alla stessa maniera questa interpretazione anche quando i fornitori si impegnano a non fare uso di tale numero di detta carta per incassare l'ammontare pattuito per il pagamento prima della scadenza del termine per il recesso. L'una cosa e l'altra ha fatto sulla base di considerazioni ben più tenui di quelle svolte in *Groenveld*: ha considerato che il divieto in questione, anche se destinato indistintamente ad operatori agenti sul piano interno e ad operatori agenti nel quadro del commercio esterno, abbia "generalmente conseguenze *più significative* sulle vendite transfrontaliere fatte direttamente ai consumatori, in particolare su quelle via Internet, segnatamente per la difficoltà di perseguire in un altro Stato membro eventuali clienti morosi, specie ove si tratti di vendite a prezzi relativamente modesti"¹⁷.

Anche se si caratterizza rispetto alle conclusioni dell'Avvocato generale per il richiamo acritico che all'inizio del suo ragionamento ha fatto alla sentenza *Groenveld*, ad esse, in fatto, anche se con un passaggio un po' brusco, si è avvicinata per il criterio alla fine adottato. Ha seguito un criterio basato su un metodo diverso rispetto a quello imperniato sulla considerazione di caratteristiche decisamente proprie delle misure concernenti l'esportazione che ispira le tre condizioni *Groenveld* (e che richiede che tali misure abbiano "per oggetto o per effetto di restringere specificamente le correnti di esportazione", diano luogo, si potrebbe dire a prima vista, a differenze di trattamento tra il commercio di uno Stato membro ed il suo commercio di esportazione e risultino, sempre di per sé, dare luogo ad "un vantaggio particolare alla produzione nazionale o al mercato interno dello Stato interessato"): un metodo ispirato a valutazioni più puntualmente comparative e quindi più idonee ad allargare l'ambito di applicazione dell'art. 29 TCE¹⁸.

La Corte di giustizia, infatti, analogamente a quanto fatto dall'Avvocato generale Trstenjak al punto 62 delle sue conclusioni, considera sufficiente, perché una misura ricada in detto ambito, il fatto che essa, "quand'anche applicabile a tutti gli operatori attivi sul territorio nazionale, di fatto incide maggiormente

¹⁷ Sentenza *Gysbrechts*, cit., punto 42 (corsivo aggiunto).

¹⁸ Per l'utilizzazione di un identico criterio comparativo utilizzato con riferimento all'applicazione dell'art. 28 CE ed in particolare all'applicazione di questo rispetto all'importazione via internet in Germania di medicinali; cfr. la sentenza del Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV e Jacques Waterval*, Raccolta, p. I-14887. Su di essa cfr. E. PEDILARCO, *Le farmacie Internet tra libera circolazione delle merci e tutela della salute umana*, in *DPCE*, 2004, p. 931; C. DELFORGE, *Le médicament et Internet*, in *Revue du droit commercial belge*, 2004, p. 435 ss.; C. BARNARD, *The Discrimination Doctor*, in *The Cambridge Law Journal*, 2004, p. 300 ss.; R. LANG, in *CML Rev.*, 2005, p. 189; M. E. ARBOUR, V. HAMEL, *La vente à distance de médicaments: du drugstore à l'officine (propos nés de l'affaire DocMorris)*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2005, p. 221; S. CAMARA LAPUENTE, *Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria: "easyCar" o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos: (sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, asunto C-336/03)*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, p. 375; L. FALCIONI, *La vendita dei medicinali su internet alla luce del caso C-322/01*, in questa *Rivista*, 2007, p. 183 ss.

sull'uscita dei prodotti dal mercato dello Stato membro di esportazione che sulla commercializzazione degli stessi sul mercato nazionale del detto Stato membro"¹⁹.

Si tratta di una tecnica che a prima vista può apparire molto particolare, ma che risponde alla filosofia generale della Corte di attribuire un rilevante effetto alle libertà di circolazione sancite dal TCE e di cui costituisce la più diffusa applicazione il suo orientamento a considerare una violazione di esse anche misure che le ostacolano "dissuadendo" dal loro esercizio²⁰.

5. Passando alla seconda questione sottoposta alla Corte di giustizia nel caso *Gysbrechts*, consistente nello stabilire il modo in cui la tutela dei consumatori può rilevare nel quadro dell'interpretazione della direttiva 97/7/CE e può incidere sull'applicazione delle norme nazionali che ad essa hanno dato attuazione, è utile partire da una considerazione del modo in cui la Corte l'aveva trattata nella sentenza che aveva reso nel caso *easyCar*²¹, che costituisce l'unico precedente in cui tale questione le si è posta.

Nel caso *easyCar* la Corte di giustizia era stata richiesta di pronunciarsi dalla High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division del Regno Unito, in relazione ad un caso in cui l'Office of Fair Trading (OFT) aveva convenuto in giudizio la *easyCar* in merito ai termini e alle condizioni dei contratti di noleggio di autoveicoli senza autista da questa proposti e conclusi e all'applicabilità ad essi della normativa inglese che ha dato attuazione all'art. 3, par. 2 della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza, ai sensi del quale, tra l'altro, il diritto di recesso non opera con riferimento "ai contratti di fornitura di servizi relativi (...) ai trasporti (...) quando all'atto della conclusione del contratto il fornitore si impegna a fornire tali prestazioni ad una data determinata o in un periodo prestabilito". I giudici inglesi chiedevano alla Corte di stabilire se detti contratti ricadessero nell'ambito di applicazione di tale disposizione della direttiva e, di conseguenza, di quelle nazionali che hanno dato ad essa attuazione.

Il problema era sostanzialmente di interpretazione della nozione di servizi relativi ai trasporti e di riconducibilità ad essa di contratti di autonoleggio di veicoli senza autista. Per risolverlo la Corte si è basata, oltre che sul senso che i termini impiegati dal legislatore comunitario hanno abitualmente nel linguaggio corrente e sul contesto in cui essi sono utilizzati, sugli "scopi perseguiti dalla normativa di cui essi fanno parte"²².

¹⁹ Sentenza *Gysbrechts*, cit., punto 43.

²⁰ Per una macroscopica applicazione di detta tecnica cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, *Raccolta*, p. I-4921.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2005, causa C-336/03, *easyCar (UK) Ltd contro Office of Fair Trading (easyCar)*, *Raccolta*, p. I-1947. Su di essa cfr. R. CONTI, E. FALLETTI, *Autonoleggio, contratti a distanza e protezione dei consumatori*, in *Dir. dell'Internet*, 2005, p. 239; F. CASOLARI, *La protezione dei consumatori nei contratti di autonoleggio conclusi a distanza al vaglio del giudice comunitario*, in *Diritto del turismo*, 2006, p. 56.

²² Sentenza *easyCar*, cit., punto 21.

Indicando di dover tener conto degli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario con la direttiva – e non di quanto da esso perseguito specificamente con il suo art. 3, par. 2²³ – ha ricostruito la volontà di detto legislatore affermando che esso “ha inteso istituire una tutela degli interessi dei consumatori che si avvalgono dei mezzi di comunicazione a distanza, ma anche una tutela degli interessi dei fornitori di determinati servizi, affinché costoro non subiscano gli inconvenienti sproporzionati connessi all’annullamento, senza spese né motivazione, di servizi che abbiano dato luogo a una prenotazione”²⁴.

Sulla base di una tale ricostruzione degli obiettivi della direttiva la Corte ha inteso che il suo art. 3, par. 2 abbia dato luogo ad una esenzione “non per tipi di contratto” ma di tipo settoriale concernente tutti i contratti aventi ad oggetto un trasporto implicante prestazioni ad una data predeterminata o in un periodo prestabilito e ricomprenda quindi anche contratti di autonoleggio senza autista con la conseguenza di ritenere che anche per questi contratti il diritto di recesso del consumatore non può trovare applicazione. Per la Corte le imprese di autonoleggio devono poter prendere misure per effettuare, alla data fissata al momento della prenotazione, la prestazione convenuta e, in caso di annullamento, non devono subire inconvenienti superiori a quelli delle altre imprese attive nel settore dei trasporti²⁵.

²³ Per una messa in rilievo del fatto che l’art. 3, par. 2 della direttiva non esclude i contratti di fornitura di servizi dall’ambito di applicazione della direttiva ma stabilisce che questa sia in relazione ad essi “solo parzialmente applicabile” cfr. F. A. REGOLI, *La direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Contr. imp./E.*, 1997, p. 837; M. A. LIVI, *L’attuazione della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, *ivi*, 1998, p. 1085.

²⁴ Sentenza *easyCar*, cit., punto 28. Per un’analogia ma non identica messa in rilievo del fatto che la disciplina sui contratti a distanza nasce dalla necessità di bilanciare l’esigenza del commercio e della libertà contrattuale con quella di tutelare il consumatore cfr. G. FINOCCHIARO, A. RICCI, *Commento a art. 50 del Codice del consumo*, in R. ROLLI (a cura di), *Codice del consumo*, Pienezza, 2008, p. 477. Per una riconduzione di questa caratteristica della direttiva di mirare a stabilire un tale bilanciamento al fatto che essa è stata adottata sulla base dell’attuale art. 95 (buon funzionamento del mercato interno) e non dell’attuale art. 153 (protezione dei consumatori) cfr. F. TORIELLO, *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contr. imp./E.*, 1997, p. 884; ID., *I contratti di vendita stipulati dai consumatori. Recenti sviluppi*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell’Unione europea*, t. I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XXVI, Torino, 2000, p. 671.

²⁵ Questa motivazione si differenzia marcatamente da quella che un commento alla lett. b) del 1° comma dell’art. 55 del Codice del consumo italiano, che senza sostanziali modifiche ha riscritto l’attuazione già data con il d. lgs. n. 185 del 22 maggio 1999 alla direttiva 97/7/CE, si preoccupa di dare all’esclusione del diritto di recesso e degli altri diritti contemplati dagli articoli 52, 53 e 54, 1° comma del Codice del consumo italiano riproducenti gli articoli 4, 5, 6 e 7, par. 1 della direttiva (G. FINOCCHIARO, A. RICCI, *op. cit.*). Chi effettua tale commento individua la *ratio* di detta esclusione nel fatto che i contratti di fornitura di servizi relativi ai trasporti, al pari dei contratti di fornitura degli altri servizi contemplati dalla stessa lett. b) di tale 1° comma dell’art. 55, sarebbero riconducibili alla categoria dei contratti di servizi turistici per i quali trova applicazione l’art. 82 dello stesso Codice del consumo, il quale a sua volta riscrive la normativa di cui al d. lgs. n. 111 del 17 marzo 1995 recante norme in materia di contratti di vendita di pacchetti turistici di recepimento della direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le va-

6. La ricostruzione così fatta degli obiettivi della direttiva 97/7/CE non ha mancato di determinare reazioni che si sono incentrate sull'interpretazione non restrittiva a cui essa ha dato luogo di una disposizione, l'art. 3, par. 2, che può essere intesa come una eccezione rispetto al regime fissato dalla direttiva. Si rileva che la sentenza ha derogato alla giurisprudenza consolidata della Corte secondo cui le eccezioni alle direttive di protezione dei consumatori devono essere interpretate restrittivamente, per dare spazio al principio secondo cui nell'interpretazione di norme comunitarie si devono tenere presenti tutti gli interessi in gioco e le politiche comunitarie che entrano in linea di conto nella redazione di una norma. Si accusa, di conseguenza, la Corte di aver dato priorità agli interessi dei professionisti rispetto a quelli dei consumatori. Si ammette, sì, che nell'interpretare una normativa comunitaria, come quella contenuta nella direttiva 97/7/CE, il giudice debba tener conto non solo degli interessi dei consumatori ma anche del bilanciamento di interessi che tale normativa volge a stabilire; ma si lamenta che la Corte abbia seguito questo criterio anche in relazione ad una norma che stabilisce un'eccezione in relazione all'ambito di applicazione di una direttiva senza chiarire espressamente che, a suo avviso, la regola dell'interpretazione restrittiva delle eccezioni deve essere privilegiata rispetto alla regola dell'interpretazione ponderata degli interessi²⁶.

Riguardo a queste critiche non si può non rilevare che la Corte ha desunto la posizione a questo modo criticata nel quadro non di un'interpretazione della "esenzione" prevista dall'art. 3, par. 2 della direttiva ma dall'interpretazione del testo di questa considerato nel suo insieme.

È vero, infatti, che essa, dopo avere determinato, al punto 28, costituente la parte centrale del suo ragionamento, gli "obiettivi" perseguiti dalla direttiva nei termini generali indicati nel precedente paragrafo, al punto 30 ha desunto da quanto affermato nei punti che questo precedono che "l'interpretazione secondo la quale i servizi di autonoleggio sono servizi relativi ai trasporti ai sensi dell'art. 3, par. 2, della direttiva, è l'unica a garantire all'esenzione prevista da tale norma il carattere di un'esenzione settoriale e a permettere il conseguimento dell'obiet-

canze ed i circuiti "tutto compreso"; e, a fronte del dato che anche per i contratti relativi a servizi e/o pacchetti turistici detto art. 82 prevede, al 2° comma, il recesso da parte del consumatore, richiama due distinte spiegazioni che in dottrina si danno della contraddizione capace di apparire tra tale dato e la riconduzione a detta categoria dei contratti in questione quando per questa l'art. 55 esclude il recesso; ricomprende tra di esse una spiegazione che, per il modo nitido e chiaro in cui la descrive, pare prediligere: una spiegazione secondo cui "il recesso attribuito al consumatore nei contratti relativi ai servizi e/o pacchetti turistici non costituisce un vero e proprio recesso di pentimento quanto piuttosto un recesso per giustificato motivo e/o per 'modificazione dei presupposti', nella specie revisione in aumento del prezzo al di sopra di una certa percentuale e/o modifica delle condizioni contrattuali".

Nel contempo però detto commento ricorda che nel caso *easyCar* la Corte di giustizia ha stabilito che tra i contratti di trasporto per cui è escluso il recesso vanno annoverati quelli aventi ad oggetto servizi di autonoleggio. Ci si può allora domandare come il commento in questione possa continuare a spiegare l'evoluzione del recesso in questione sulla base di una ragione diversa da quella indicata dalla Corte di giustizia senza ritenere che la disciplina fissata dall'art. 55 del Codice del consumo italiano si discosti da quanto prescritto dalla direttiva.

²⁶ Cfr. S. CAMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 402 s.

tivo che la detta norma si prefigge”²⁷. Essa, però, ha formulato quanto si legge nel punto 30, compreso il riferimento all’obiettivo perseguito dall’art. 3, par. 2, come risultante “da quanto precede”, come risultante, cioè, dalla sopra evidenziata affermazione più ampia concernente gli obiettivi generali della direttiva contenuta nel punto 28²⁸.

7. Ad ogni modo, siano o non siano accoglibili le critiche nei confronti della sentenza *easyCar* analizzate nei due precedenti paragrafi, con la sentenza *Gysbrechts* la Corte, dovendo pronunciarsi sulla possibilità di giustificare la legislazione belga sulla tutela dei consumatori e l’interpretazione ad essa data dalla giurisprudenza che ha considerato concretare nel loro insieme misure equivalenti a restrizioni quantitative alle esportazioni, ha innovato radicalmente rispetto all’approccio precedentemente seguito in *easyCar*. Anch’essa è arrivata, di fatto, a limitare la tutela del consumatore e a prendere una posizione indirettamente favorevole al professionista, ma lo ha fatto dando segno di considerare che la direttiva 97/7/CE ha un obiettivo essenzialmente consumeristico e prescindendo da un’interpretazione della stessa direttiva come mirante a bilanciare gli interessi dei consumatori con quelli dei fornitori di determinati servizi: ha concentrato tutta la sua attenzione sulla protezione giuridica da accordarsi ai consumatori, la cui tutela essa ritiene possa “costituire un obiettivo legittimo di interesse generale atto a giustificare una restrizione alla libera circolazione delle merci”²⁹, a condizione che tale tutela “sia proporzionata al legittimo scopo perseguito”³⁰.

8. Passando a valutare in concreto la proporzionalità della disciplina con cui il Belgio ha dato attuazione alla direttiva, la Corte ha richiamato la sua costante giurisprudenza secondo cui, per stabilire che una normativa nazionale sia conforme al principio di proporzionalità, si deve accertare non soltanto che i mezzi da essa predisposti siano idonei a conseguire lo scopo perseguito, ma anche che non eccedano quanto è necessario per raggiungere detto scopo.

Quanto alla prima condizione la Corte ha, innanzitutto, ritenuto che il divieto di richiedere un pagamento prima della scadenza del termine per il recesso stabilito dall’art. 80, n. 3 della legge belga sia idoneo a conseguire lo scopo di assicurare una elevata tutela dei consumatori, in quanto necessario per garantire loro tale tipo di tutela; ha, poi, considerato che non sia contrario allo scopo perseguito da detta disposizione il divieto imposto al fornitore dalla giurisprudenza belga di richiedere il numero della carta di pagamento del consumatore in quanto lo ha considerato inscindibile dal divieto enunciato da detta disposizione.

²⁷ Sentenza *easyCar*, cit., punto 30.

²⁸ Per un’attribuzione al punto 28 della sentenza di un rilievo assorbente rispetto a quanto contenuto nel punto 30 cfr. E. ADOBATI, *La Corte di giustizia precisa la portata della protezione dei consumatori nei contratti a distanza di noleggio di autoveicoli conclusi via Internet*, in *DCSI*, 2005, p. 706.

²⁹ Sentenza *Gysbrechts*, cit., punto 47.

³⁰ *Ibidem*, punto 45.

Un atteggiamento opposto la Corte ha assunto con riferimento all'accertamento del darsi della seconda condizione: ha ritenuto che "il divieto imposto al fornitore di richiedere il numero della carta di pagamento del consumatore eccede quanto necessario per raggiungere lo scopo perseguito"³¹, con la conseguenza che essa ha risposto al giudice remittente statuendo che "l'art. 29 CE non osta ad una normativa nazionale che vieta al fornitore, nell'ambito di una vendita a distanza transfrontaliera, di richiedere al consumatore qualsivoglia acconto o pagamento prima della scadenza del termine per il recesso dal contratto, ma osta a che, in applicazione di tale normativa, sia vietato, prima della scadenza del detto termine, richiedere il numero della carta di pagamento del consumatore"³².

9. Il carattere innovativo della posizione che a questo modo la Corte ha preso rispetto a quella espressa nel caso *easyCar*, circa il modo in cui la tutela dei consumatori può rilevare nel quadro dell'applicazione delle norme nazionali di attuazione della direttiva 97/7/CE, fa sì che non si possa ripetere con riferimento alla nuova sentenza la critica rivolta alla precedente di essere più orientata al mercato che alla protezione dei diritti dei consumatori³³. Il che è particolarmente rilevante per due ragioni. In primo luogo perché la Corte ha assunto il nuovo atteggiamento illustrato decidendo nella sua composizione di Grande Sezione. In secondo luogo perché, nel ritenere che il divieto di richiedere il numero della carta di pagamento presenti carattere sproporzionato, lo ha fatto non seguendo la motivazione suggeritale dall'Avvocato generale secondo cui la comunicazione di tale dato "rende possibile un congruo equilibrio tra un elevato livello di tutela del consumatore e l'esigenza che il venditore non rimanga esposto al rischio che il consumatore non paghi"³⁴.

Confermando l'interpretazione della tutela comunitaria dei consumatori come ispirata ad un principio di tutela personalistica già precedentemente seguita con riferimento ad altra direttiva³⁵ con la sentenza *Mostaza Claro*³⁶, la

³¹ *Ibidem*, punto 62. Per una precedente applicazione di tale criterio cfr., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1988, causa 407/85, *Drei Glocken GmbH e Kritzinger c. USL Centro-Sud e Provincia autonoma di Bolzano*, *Raccolta*, p. 4233, punti 26 e 27, secondo cui il divieto di importazione di pasta di grano tenero o di pasta prodotta con grano tenero o con una miscela di grano tenero e grano duro non può essere giustificato sulla base di un'esigenza di protezione dei consumatori, dato che tale esigenza può essere soddisfatta attraverso mezzi meno restrittivi, quali l'obbligo di indicare la composizione esatta dei prodotti commercializzati o l'introduzione di una denominazione particolare riservata alla paste prodotte esclusivamente con grano duro.

³² Sentenza *Gysbrechts*, cit., punto 63.

³³ S. CAMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 404.

³⁴ Conclusioni nella causa C-205/07, cit., p. 85.

³⁵ Sul punto, oltre a L. IDOT, *Protection des consommateurs – Clauses abusives et recours à l'arbitrage*, in *Gazette du Palais*, 13-14 décembre 2006, p. 28, sia consentito il rinvio al nostro *L'ordine pubblico comunitario e l'applicazione di disposizioni CE a tutela dei consumatori*, in *Contr. imp./E.*, 2007, p. 767 ss.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*, *Raccolta*, p. I-10421.

Corte ha invece elaborato la soluzione a cui è pervenuta facendo perno esclusivamente sull'idea che i consumatori hanno un diritto ad una tutela elevata³⁷. Il che, peraltro, non le ha impedito di precisare che il contenuto di tale diritto non può eccedere quanto necessario per raggiungere lo scopo perseguito dalla normativa che lo sancisce. Se si tiene presente che la direttiva 97/7/CE è stata adottata non sulla base dell'art. 153 TCE, che abilita la Comunità a porre in essere atti per far fronte alle esigenze inerenti alla protezione dei consumatori, ma sulla base dell'attuale art. 95, che le consente di adottare misure aventi per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, l'atteggiamento così assunto dalla Corte non può non apparire più rilevante e segno di un'evoluzione dinamica nel senso di un suo ispirarsi a detto principio.

Abstract

The Confirmation of an Approach Inspired to a Personalistic Principle in the EC Consumer Protection Case-law

This article analyses the recent *Gysbrechts* Court of Justice ruling comparing it with the one previously adopted in the *easyCar* case. Whilst in the latter, *easyCar*, it had stated that directive 97/7/EC on distance-selling contracts aims at balancing the interests of consumers with those of the suppliers of services, in *Gysbrechts* the Court of Justice has interpreted it as a directive focusing on the protection of the former. It has maintained that national measures aiming at protecting consumers with reference to distance contracts may limit trade between two Member States if the means that those measures employ to pursue their goal are appropriate and do not go beyond what is necessary and it has maintained this without making any reference to a need to take into account the interest of the suppliers. The author points out that this peculiarity bears out the position of the Court to a personalistic principle that it had already shown in the *Mostaza Claro* case.

³⁷ Mettendo, ancora una volta, a questo modo l'accento sull'idea, peraltro contenuta nell'art. 153 TCE, secondo cui la Comunità è impegnata ad assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, si può ritenere che essa stia contribuendo a quella "trasformazione di natura politica" di una serie di diritti che si ritiene sia in corso (sul punto cfr. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sopranazionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 448).

I meccanismi di recepimento degli atti delle istituzioni UE nei Paesi membri. Una riflessione sulle modalità applicate dall'Italia

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'adattamento degli atti delle istituzioni UE negli ordinamenti dei Paesi membri. – 3. Le prestazioni nazionali in materia di recepimento: il caso italiano. – 4. Possibili miglioramenti delle modalità di recepimento italiane. – 5. Necessità di una revisione della legge n. 11/2005?

1. L'adattamento dei rispettivi ordinamenti nazionali al diritto dell'Unione europea costituisce uno degli obblighi principali che comporta per gli Stati membri l'appartenenza all'Unione e al tempo stesso una delle principali condizioni attraverso cui viene assicurato il rispetto del diritto comunitario, sia esso primario (Trattati istitutivi e atti collegati), che secondario (atti delle istituzioni)¹. La dottrina e la giurisprudenza italiana si sono lungamente soffermate sui rapporti tra i due ordinamenti, comunitario e nazionale, concentrandosi in particolare sui problemi della prevalenza e della diretta applicabilità del diritto dell'Unione e sui relativi meccanismi giurisdizionali di garanzia. Un'attenzione comparativamente minore è stata riconosciuta alle concrete modalità attraverso cui avviene nel nostro ordinamento l'adattamento agli atti delle istituzioni comunitarie, che riveste invece un ruolo primario al fine di determinare l'effettiva e tempestiva attuazione del diritto comunitario in un Paese membro².

¹ La dottrina anglosassone distingue tra *transposition*, che si riferisce al processo attraverso il quale le direttive europee sono inserite (*incorporated*) nel diritto nazionale, al fine di rendere i propri obiettivi e requisiti direttamente applicabili negli Stati membri, *implementation*, processo con il quale il diritto UE è applicato in ambito nazionale ed *enforcement*, attività che assicura il pieno rispetto del diritto comunitario attraverso un sistema di controllo e – in caso di disapplicazione – di sanzioni da parte del potere giudiziario. Al fine di garantire il pieno rispetto del diritto comunitario, vi è un'evidente connessione tra i tre livelli (cfr. L. ALLIO, M. H. FANDEL, *Making Europe Work: Improving the Transposition, Implementation and Enforcement of EU Legislation*, Working paper n. 25 dell'European Policy Center, Londra, 2006).

² Si ricordano, senza pretesa di esaustività, i contributi di M. CARTABIA, *L'ordinamento italiano e la comunità europea*, in AA.VV., *L'Unione Europea*, Bologna, 1998, p. 112 ss.; M. CONDINANZI,

Ci si riferisce in particolare ai meccanismi attraverso cui vengono “recepte” nel nostro ordinamento *in primis* le direttive *ex art. 249, 3° comma TCE* (per cui sugli Stati membri incombe un obbligo di risultato entro i termini temporali previsti dalle direttive stesse³) ma anche altri atti per cui è necessario un intervento legislativo, quali ad esempio le decisioni che si rivolgano a Stati e le decisioni quadro adottate *ex art. 34 TUE*, nell’ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁴. Tale attività si estrinseca nell’adozione nell’ambito degli ordinamenti nazionali di misure attuative⁵ delle direttive che vengono abitualmente qualificate di “recepimento”, “trasposizione”, “adattamento”, “adeguamento” o ancora “integrazione”.

Al riguardo, l’Italia, dopo un avvio incerto, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta si è orientata verso un meccanismo *sui generis* (la cosiddetta legge comunitaria) che consente essenzialmente di concentrare in un’unica legge, da adottare su base annuale, una serie di deleghe al Governo per il recepimento di direttive ed altri atti. L’impostazione di tale strumento, definito a partire dalle c.d. Leggi Fabbri⁶ e La Pergola⁷, è stato essenzialmente confermata⁸ dalla legge n. 11 del 2005 (c.d. legge Buttiglione)⁹.

L’adattamento al diritto delle comunità e dell’Unione europea, Torino, 2003; M. FRANCHI, *L’adattamento e l’attuazione nell’ordinamento italiano*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1152 ss.; F. BONA CALVAGNO, *Commento alla Legge 4 febbraio 2005, n. 11*, Roma, 2005; M. CARTABIA, L. VIOLINI, *Le norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione Europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari. Commento alla legge 4 febbraio 2005, n. 11*, in *Le Regioni*, 2005, p. 475 ss.; S. VUOTO, *La nuova disciplina della partecipazione italiana al processo di formazione e di attuazione del diritto comunitario*, in S. PANIZZA, R. ROMBOLI (a cura di), *L’attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Pisa, 2006, p. 379 ss.; P. M. PAOLUCCI, *Il processo di partecipazione alle decisioni europee e il recepimento della normativa comunitaria*, Cosenza, 2007.

³ Un ulteriore obbligo a carico degli Stati membri – che discende dall’obbligo di leale cooperazione fissato dall’art. 10 TCE – è quello di comunicare tempestivamente alla Commissione le misure di attuazione adottate per ogni singolo atto.

⁴ Anche per tali atti vige un obbligo di risultato a carico degli Stati membri che sono quindi tenuti a provvedere al loro recepimento, senza che tuttavia la Commissione possa attivare un procedimento di infrazione per mancata o non adeguata trasposizione. L’attuazione di una sentenza di condanna pronunciata dalla Corte di giustizia, pur avendo anch’essa carattere obbligatorio, può invece consistere sia in attività normative (ad es. abrogazione di una norma censurata) che in comportamenti amministrativi.

⁵ Le norme così adottate possono avere carattere innovativo o abrogativo/modificativo di norme già esistenti. È riconosciuta anche l’ipotesi in cui non vi sia bisogno di misure di recepimento in quanto l’ordinamento interno risulta già conforme alle prescrizioni dell’atto, rendendone superflua la trasposizione.

⁶ Legge 16 luglio 1987, n. 183, Coordinamento delle politiche riguardanti l’appartenenza dell’Italia all’Unione europea ed adeguamento dell’ordinamento interno agli atti normativi comunitari.

⁷ Legge 9 marzo 1989, n. 86, Norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari.

⁸ Così anche S. VUOTO, *op. cit.*

⁹ Legge 4 febbraio 2005, n. 11, Norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari.

A quasi venti anni dalla legge La Pergola e a tre da quella Buttiglione, appare utile confrontare l'esperienza italiana con quella degli altri Paesi membri, compresi quelli di nuova adesione, anche per verificarne la rispettiva efficacia. Per fare ciò si è preso spunto dai risultati della ricognizione sui meccanismi di adeguamento al diritto comunitario nei Paesi membri, promossa tra il novembre 2007 e il gennaio 2008 dal Ministero degli Affari Esteri – Direzione Generale per l'Integrazione europea¹⁰. In tale ambito, oltre alle caratteristiche dei vari sistemi, si sono considerati anche i dati disponibili in materia di tempestivo recepimento delle direttive comunitarie da parte dei diversi Paesi membri.

2. A titolo preliminare, nel guardare all'esperienza degli altri Paesi, va tenuto a mente che l'attività di adattamento al diritto dell'UE, pur potendo essere analizzata in un'ottica meramente tecnico-giuridica, comporta anche significativi aspetti di organizzazione interna dei processi normativi, nonché aspetti di gestione politico-amministrativa, e infine aspetti generali di "contesto". La validità degli schemi applicati nei vari Paesi membri non è infatti assoluta, ma dipende anche dal contesto di cultura (e prassi) giuridica, politica e istituzionale in cui essi insistono, trattandosi di sistemi con diverse articolazioni e tradizioni dei rapporti tra maggioranza e opposizione, legislativo e esecutivo, ma anche "centro" e articolazioni regionali, Governo e gruppi di interesse.

Ciò premesso, da un punto di vista istituzionale le modalità di recepimento del diritto comunitario possono essere distinte secondo il ruolo attribuito ai diversi soggetti coinvolti nel recepimento¹¹, la scelta dello strumento con cui recepire le norme UE nell'ordinamento interno (legislativo o regolamentare) e le procedure da applicare (ordinarie o straordinarie).

È così possibile distinguere tra i Paesi che prevedono che il recepimento avvenga tramite l'applicazione dei meccanismi parlamentari ordinari (sia pure su iniziativa del Governo), e quelli che invece attribuiscono un ruolo primario al Governo¹². Quest'ultimo può consistere in una delega legislativa "automatica"

¹⁰ La ricognizione è stata promossa in occasione dell'"Indagine conoscitiva su Italia e Unione europea dopo la Legge n. 11 del 2005: bilanci e prospettive" avviata nell'ottobre 2007 dalla Commissione per le Politiche dell'Unione europea della Camera dei Deputati. In precedenza, analoghe indagini sulle modalità di partecipazione dell'Italia all'attività normativa europea erano state promosse dalla Giunta per gli affari europei del Senato nel 1991 e dalla Commissione politiche dell'Unione europea nel corso della XIII legislatura. Nel corso dell'attuale legislatura, nell'ambito della XIV Commissione della Camera è stata avviata una nuova indagine conoscitiva sull'attuazione e sulle prospettive di riforma della legge n. 11 del 2005.

¹¹ Tali organismi possono a loro volta essere distinti sotto il profilo delle fonti che ne disciplinano i relativi compiti (P. GAMBALE, *La partecipazione dei parlamenti nazionali alla fase "ascendente" del diritto comunitario: modelli stranieri e novità dell'ordinamento nazionale*, in *Amministrazione in cammino*, reperibile *on line* all'indirizzo www.amministrazioneincammino.luiss.it).

¹² Si tratta del modello storicamente prevalente, per la tradizionale centralità dell'Esecutivo nelle relazioni internazionali e per la struttura del processo decisionale comunitario, imperniata sul Consiglio (M. CARTABIA, *op. cit.*). La progressiva evoluzione del sistema istituzionale comunitario e la sua crescita sul piano delle competenze hanno peraltro comportato un tendenziale recupero della dimensione parlamentare, tanto a Bruxelles che nei Paesi membri.

all'Esecutivo, a volte accompagnata da riserve di legge su particolari materie, ovvero da meccanismi che riconoscono al Parlamento la facoltà di intervenire ma solo *ex post*, annullando – entro un determinato periodo – la normazione effettuata dall'Esecutivo¹³).

Ma vi è anche l'approccio adottato da Francia e da Repubblica Ceca che, pur nell'ambito di una procedura parlamentare, garantiscono comunque al governo effettivi strumenti di indirizzo e controllo sull'attività delle rispettive assemblee. Alcuni ordinamenti prevedono poi la possibilità di interventi legislativi da parte del Governo solo nei casi di urgenza (ad esempio in presenza di procedure di infrazione per inadempimento, *ex* articoli 226 o 228 TCE). Un altro strumento interessante è rappresentato dalla possibilità, tipica del sistema danese, che le deleghe accordate al Governo per il recepimento di una direttiva siano valide anche per il recepimento di successive distinte direttive che rientrino nello stesso ambito. In altri termini tali deleghe hanno una valenza tematica non soggetta a scadenze temporali.

All'altro estremo vi sono invece Paesi che recepiscono, per via parlamentare, ogni singola direttiva, secondo la modalità che era inizialmente seguita anche dall'Italia (il caso più tipico è quello dei Paesi Bassi¹⁴). Tale scelta può avere varie spiegazioni. Molto spesso si tratta di Paesi di recente adesione che hanno effettuato un considerevole sforzo di adattamento in un'unica soluzione, al momento dell'adesione, e non hanno ancora maturato un "arretrato" sensibile. In altri casi, si tratta di Paesi in cui l'*iter* parlamentare risulta agevole e rapido, vuoi perché vi sono sistemi monocamerali (o bicamerali imperfetti), vuoi perché, come nel caso della Polonia, al Parlamento sono imposti precisi limiti temporali per l'approvazione dei progetti di legge di trasposizione, limiti che possono essere ulteriormente ridotti in caso di necessità. Vanno infine considerati altri elementi quali il contesto politico, sociale ed economico dei singoli Paesi, e l'eventuale sensibilità *bipartisan* in materia comunitaria, per cui l'attività di

¹³ È il caso della *negative declaration* inglese e del regolamento "ravvicinativo" slovacco, così chiamato perché volto a ravvicinare la normativa di Bratislava a quella europea. Tale regolamento è adottato dal Governo slovacco senza un coinvolgimento dell'Assemblea nazionale, che tuttavia può successivamente richiederne la ridefinizione in proposta di legge (con scadenza semestrale il Governo è infatti tenuto a presentare al Parlamento l'elenco dei "Regolamenti ravvicinativi" che ha emanato).

¹⁴ L'Aja utilizza il procedimento legislativo ordinario (che richiede in genere da 15 a 24 mesi) per la trasposizione – caso per caso – delle direttive, laddove vi sia la necessità di regolare la materia a livello legislativo (o per una riserva di legge o per la necessità di modificare una legge esistente). Vi è inoltre la possibilità di usufruire dei meccanismi ordinari di delega legislativa (sono stati invece respinti – per l'opposizione del Senato – i tentativi effettuati dal Governo sin dalla fine degli anni '90 di introdurre meccanismi speciali di delega). Di fatto una larga parte delle direttive (secondo alcuni studiosi l'87%) viene comunque attuata a livello di fonte secondaria. Nel 2004 il Governo olandese ha introdotto alcune misure di politica legislativa che hanno prodotto positivi effetti sulla procedura di recepimento. I risultati complessivi ottenuti dai Paesi Bassi in materia di recepimento sono discreti.

trasposizione parlamentare del diritto UE non diventa un momento di scontro tra maggioranza e opposizione, con i conseguenti vantaggi in termini di celerità.

Va poi rilevato che, specularmente ad un ruolo maggiore o minore del Parlamento, è spesso la presenza di efficaci meccanismi che ne garantiscono il coinvolgimento nella c.d. fase ascendente (aspetto tipico ad esempio delle democrazie nordiche). Si rinvengono così situazioni in cui il Parlamento viene formalmente coinvolto (a volte attraverso l'espressione di un parere) già al momento della presentazione dell'iniziativa legislativa della Commissione, ed altre in cui ciò, invece, avviene solo al momento della sua adozione finale da parte di Parlamento europeo e del Consiglio UE.

In dottrina è stata formulata anche una tendenziale bipartizione tra i sistemi che assicurano al Parlamento la possibilità di esercitare un controllo fondato sui documenti comunitari (*document based scrutiny*) ed i sistemi che invece permettono all'istituzione parlamentare di esprimere un vero e proprio mandato a negoziare, a cui il Governo deve attenersi (*mandating system*)¹⁵. In alcuni casi, per rafforzare le prerogative parlamentari, viene poi prevista una riserva di esame parlamentare (*scrutiny reserve*)¹⁶, variamente formulata, che blocca la partecipazione dell'Esecutivo al processo legislativo comunitario¹⁷.

In via generale i diversi schemi applicati dai Paesi membri tendono in ogni caso ad assicurare il coinvolgimento delle rispettive assemblee parlamentari attraverso un bilanciamento tra i due momenti, ascendente e discendente, per cui di norma l'intervento parlamentare più penetrante viene concentrato in una sola fase, mentre per l'altra sono garantiti meccanismi di informazione.

Sempre per quanto riguarda il Parlamento, oltre alle attività di trasposizione effettuate nell'ambito della plenaria, in alcuni Paesi viene attribuito un ruolo specifico alle varie Commissioni istituite per materia, ovvero a quelle specializzate negli affari esteri o in quelli europei¹⁸.

All'interno del Governo è invece solitamente previsto un ruolo guida per il recepimento, a cui solitamente corrisponde una cabina di regia interministeriale,

¹⁵ Classico esempio è il caso danese, ma è degno di nota anche quello finlandese. P. GAMBALE, *op. cit.*, osserva giustamente come tale sistema rischia peraltro di irrigidire eccessivamente la posizione negoziale degli esecutivi.

¹⁶ L'istituto in questione è nato nel Regno Unito ed è applicato tra l'altro anche in Danimarca e Svezia.

¹⁷ L'abbinamento più frequente, specie nei Paesi di nuova adesione, è tra mandato negoziale e riserva di esame parlamentare. Nel caso dell'Italia una norma di tale tipo è stata introdotta con l'art. 4 della legge n. 11 del 2005, distinguendo tra il caso in cui l'apposizione della riserva è obbligatoria in quanto gli atti sono ancora all'esame del Parlamento ed i casi in cui l'apposizione della riserva è discrezionale e discende da una valutazione di opportunità. In entrambi i casi, tuttavia, è previsto che il Parlamento debba esprimere la propria posizione entro venti giorni, decorso i quali il Governo può procedere anche in assenza di tale parere. *Mutatis mutandis*, la possibilità di apporre una riserva è riconosciuta anche su richiesta di una o più Regioni o Province autonome qualora l'atto normativo rientri nella loro competenza.

¹⁸ Nel caso dell'Italia si tratta delle Commissioni politiche sull'Unione europea attivate presso Camera e Senato. È interessante notare che alcuni Paesi prevedono che ai lavori di tali Commissioni partecipino anche gli europarlamentari eletti dallo stesso Paese (P. GAMBALE, *op. cit.*).

con funzioni di impulso e monitoraggio sull'intera attività di recepimento. Il coordinamento a volte è ricondotto alla Presidenza del Governo¹⁹, altre volte al Ministero degli esteri²⁰, ed eccezionalmente ad altri dicasteri²¹. In alcuni Paesi è poi previsto un Ministro (o Sottosegretario) per gli Affari europei, che gestisce strutture costituite, secondo i casi, presso la Presidenza del Consiglio o il Ministero degli Esteri. Un ruolo maggiore del Capo del Governo o del Ministro degli Esteri è poi previsto nei casi "patologici", ovvero qualora i termini per il recepimento delle direttive siano ormai ravvicinati ovvero sia già stata aperta una procedura di infrazione per mancata trasposizione.

Laddove prevista, la cabina di regia è generalmente articolata in un livello politico e in un livello tecnico, con l'assistenza di una segreteria stabile²². La predisposizione dei testi di recepimento prevede infine in diversi casi il concorso di gruppi di coordinamento a livello tecnico che possono essere già esistenti e attivi nella fase ascendente, ovvero venire istituiti caso per caso²³. Al di là degli aspetti di coordinamento, tuttavia, la materiale predisposizione degli atti di recepimento compete generalmente al Ministero competente per materia²⁴.

Sempre in relazione agli attori del procedimento, va poi considerato l'aspetto attinente alla struttura più o meno federale dello Stato (e alle implicazioni che tale struttura ha sull'attività normativa in genere e nel caso specifico del recepimento comunitario), nonché il ruolo riconosciuto alle parti sociali, particolarmente significativo in alcuni Paesi nordici²⁵, ed alle autorità indipendenti (laddove siano provviste di poteri normativi).

Per quanto poi riguarda la scelta degli strumenti con cui attuare il recepimento (legislativo o regolamentare), essa è in genere differenziata secondo le materie, in

¹⁹ È lo schema applicato – con modalità diverse – da Austria, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Lituania, Malta, Polonia, Regno Unito, Romania, Svezia.

²⁰ Schema seguito, tra l'altro, da Belgio, Bulgaria, Danimarca, Lussemburgo, Portogallo e Spagna.

²¹ In Ungheria e in Lettonia tale ruolo è affidato al Ministero della Giustizia, mentre in Germania la competenza è suddivisa tra Ministero degli Esteri e Ministero dell'Economia e delle Finanze.

²² Nel caso di Malta, il Comitato interministeriale per gli affari dell'UE (a cui partecipano i Segretari generali e i Direttori per gli affari UE dei Ministeri interessati) è presieduto dal Rappresentante permanente presso l'UE.

²³ In diversi Paesi (Belgio, Repubblica Ceca, Germania, ecc.), tali strutture predispongono anche rapporti periodici sullo stato di attuazione del diritto comunitario all'interno del Paese.

²⁴ In alcuni Paesi nordici contraddistinti da strutture ministeriali ridotte, per la trasposizione del diritto comunitario si può altresì ricorrere a agenzie *ad hoc* (sul punto, vedi l'indagine realizzata dalla Commissione XIV della Camera dei deputati "Qualità e modelli di recepimento delle direttive comunitarie", pubblicata nel 2001, p. 313). In Estonia, tramite un'agenzia governativa viene espletata la stessa attività di coordinamento generale del processo di recepimento.

²⁵ Nella maggior parte dei casi il coinvolgimento di queste ultime è peraltro mediato attraverso il Governo (così avviene – con intensità diverse – nel Regno Unito, in Francia, Danimarca e Finlandia). In Italia l'art. 7 della legge Buttiglione ha introdotto la possibilità di una partecipazione delle parti sociali e delle categorie produttive alle decisioni relative alla formazione di atti comunitari, essenzialmente tramite il CNEL.

base alla ripartizione prevista da ciascun ordinamento costituzionale, o, empiricamente, in base alla necessità di intervenire o meno su normative già esistenti. Nella maggior parte dei casi si ritiene necessario procedere con interventi normativi espressi, che avvengono sempre più in stretta aderenza con il testo delle stesse direttive, fino ad utilizzare tecniche di riproduzione letterale²⁶ (che sono state raccomandate espressamente dai Governi francese, tedesco e britannico). Ciò deriva da un lato dal carattere fortemente dettagliato delle direttive, che non lasciano alcun concreto margine di “adattamento” agli Stati membri, dall’altro dalla progressiva compenetrazione tra ordinamento comunitario e nazionale, per cui le nozioni e gli istituti giuridici tendono a coincidere sempre più.

Vi è anche una crescente tendenza ad utilizzare formule di recepimento per rinvio, soprattutto in relazione agli allegati delle c.d. direttive di “adattamento al progresso tecnico”²⁷, che vengono modificati di frequente dalla Commissione attraverso la procedura detta di “comitologia”. Infine, si ricordano le raccomandazioni in materia di recepimento formulate dalla Commissione nel luglio 2004 a partire dalle *best practices* registrate in alcuni Stati membri²⁸. Si tratta di una serie di suggerimenti pratici, soprattutto di natura amministrativa, che insistono essenzialmente su cinque ambiti: anticipazione dell’attività di trasposizione sin dal momento del negoziato sulla direttiva, monitoraggio continuo per il rispetto del calendario di trasposizione, recepimento concepito come priorità politica a livello governativo, coinvolgimento costante del Parlamento e meccanismi di salvaguardia che permettano una trasposizione rapida nel caso in cui il termine fissato dalla direttiva sia già superato.

3. Come anticipato, la descrizione della cornice istituzionale e delle procedure giuridiche attraverso cui si dipana l’attività di recepimento non basta di per sé a qualificare l’efficienza concreta dei vari sistemi, ovvero la capacità di trasporre le direttive entro i termini fissati dalle stesse (abituamente 2/3 anni). Si tratta di un aspetto assai importante, anche perché qualora lo Stato membro non provveda a recepire una direttiva entro il termine da essa previsto, la

²⁶ Si è parlato in tal senso di adattamento per “fotocopia”.

²⁷ È un sistema utilizzato da Paesi Bassi, Slovacchia, Austria, Finlandia e Estonia. L’ordinamento interno della Lettonia prevede invece l’applicabilità diretta delle direttive comunitarie, purché esse rispondano ad alcune caratteristiche, quali la disponibilità in lingua lettone, il carattere preciso e dettagliato delle disposizioni in esse contenute e la corrispondenza della terminologia in esse utilizzate con quella impiegata nella normativa lettone.

²⁸ Comunicazione della Commissione SEC(2005)1658 del 13 dicembre 2005. Vedi anche le comunicazioni della Commissione sul miglioramento nel controllo dell’applicazione del diritto comunitario, COM(2002)725 def., del 20 dicembre 2002, e su un’Europa dei risultati – Applicazione del diritto comunitario, COM(2007)502 def., del 5 settembre 2007. Nella seconda metà del 2007 Commissione e Stati membri hanno inoltre avviato un’ulteriore riflessione sull’attuazione del diritto comunitario. La seconda riunione del gruppo di esperti in materia di recepimento e applicazione del diritto comunitario si è svolta il 23 settembre 2008.

Commissione può avviare una procedura di infrazione per inadempimento in base all'art. 226 TCE²⁹.

Per verificare tale aspetto sono stati pertanto comparati i dati relativi ai cosiddetti *deficit* di trasposizione dei vari Paesi membri (ovvero la percentuale delle direttive non recepite entro i termini sull'insieme di quelle entrate in vigore). Sono stati in particolare utilizzati i dati delle ultime edizioni dell'*Internal Market Scoreboard* (relativo alle sole direttive sul mercato interno) e della Banca dati ASMODEE II (relativa a tutte le direttive), entrambi curati dalla Commissione³⁰. Si tratta di statistiche periodiche³¹, i cui dati per definizione variano nel tempo. Inoltre tali statistiche si limitano a registrare il numero di direttive per cui non sono state comunicate le misure di trasposizione, senza verificare se tale trasposizione sia stata completa e corretta³².

Ciò premesso, è tuttavia possibile desumere delle specifiche tendenze nazionali: vi sono infatti Paesi virtuosi, che presentano costantemente un basso *deficit* di recepimento, e altri che invece si trovano sempre nelle ultime posizioni. Tra i primi figurano Lituania, Danimarca e Slovacchia. Seguono Lettonia e Regno Unito (che, tra i grandi Paesi, è quello che registra le migliori *performance*, mentre Francia e Germania si posizionano nella fascia media). Tra gli ultimi Italia, Lussemburgo, Portogallo e Grecia. In genere i nuovi Paesi fanno registrare migliori prestazioni rispetto ai Paesi che aderiscono all'Unione da più lungo tempo. In particolare l'ultimo *Internal Market Scoreboard* registra ottime prestazioni da parte di Bulgaria e Romania. Molti Paesi che arrivano nelle prime posizioni si caratterizzano, poi, per meccanismi di delega legislativa al Governo con termini precisi per l'esercizio delle prerogative parlamentari (Regno Unito e Slovacchia) ovvero per l'esistenza di parlamenti monocamerali (Lituania, Danimarca, Lettonia, Slovacchia e Ungheria)³³. Infine, sembra che gli Stati federali (Austria, Belgio e Germania) o regionalizzati (Italia e Spagna) abbiano tendenzialmente maggiori problemi di adeguamento rispetto a quelli centralizzati³⁴.

Per quanto in particolare riguarda l'Italia, l'esame dei dati sembra confermare che nella maggior parte dei casi i nostri ritardi non discendono da una volontà "sistemica" di non dare attuazione alle direttive o specificamente a

²⁹ Nel linguaggio della Commissione si parla di "mancata comunicazione delle misure di attuazione".

³⁰ Non si dispone invece di dati, né generali né particolari, sul processo di recepimento delle decisioni quadro previste nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

³¹ I dati dell'*Internal Market Scoreboard* sono aggiornati ogni sei mesi, tendenzialmente a maggio e novembre di ogni anno (pur venendo pubblicati con due/tre mesi di ritardo). Quelli di ASMODEE sono aggiornati ogni due mesi.

³² Pure in presenza di una direttiva formalmente trasposta da uno Stato membro, la Commissione potrebbe infatti decidere di aprire comunque una procedura di infrazione "per scorretto recepimento".

³³ Si tratta tuttavia di un fattore che di per sé non è decisivo. Infatti Lussemburgo, Grecia e Portogallo, pur disponendo anch'essi di parlamenti monocamerali, registrano in media prestazioni assai negative.

³⁴ Così anche l'indagine "Qualità e modelli di recepimento delle direttive comunitarie", cit., p. 313.

talune di esse, quanto piuttosto da vischiosità strutturali del sistema di recepimento, che lo portano ad essere tendenzialmente più laborioso di quello applicato da altri Paesi, con quindi maggiori probabilità di superare il termine previsto da ciascuna direttiva per la propria trasposizione³⁵.

I dati relativi agli ultimi due *Internal Market Scoreboard*³⁶ hanno tuttavia fatto registrare un forte recupero del nostro Paese, che va peraltro inserito in un tendenziale miglioramento generale da parte degli Stati membri. In particolare, al 30 aprile 2008 l'Italia non aveva ancora trasposto 21 direttive su un totale di 1687 relative al mercato interno. In termini complessivi ciò corrisponde ad una percentuale dell'1,02% lontanissima dal 4,1 registrato nel maggio 2005³⁷. Si tratta del risultato migliore dal 1997, anno in cui sono state avviate tali comparazioni³⁸. Sia pure di poco, esso resta tuttavia ancora superiore alla media del *deficit* per i 27 Paesi (1,00%) e all'obiettivo di un *deficit* massimo dell'1% che è stato fissato dal Consiglio europeo come *target* da raggiungere entro il 2009³⁹. Inoltre i dati dello *Scoreboard* n. 17 *bis*, in via di elaborazione, sembrano indicare un lieve aumento del nostro *deficit* (salito all'1,37%).

I progressi effettuati di recente sono comunque ragguardevoli e non sembra si possa più parlare di "legislatore recalcitrante"⁴⁰. Ciò premesso, il nostro recepimento è rimasto per molti versi "difficile"⁴¹, per le vischiosità sopra descritte. Il nostro Paese deve pertanto effettuare uno sforzo supplementare per migliorarne la tempistica (e a volte anche la qualità). Va sottolineato che si tratta di un'azione non solo auspicabile per il prestigio nazionale e per dare concretezza al nostro tradizionale europeismo, ma anche di una pratica necessità per evitare che a termine possano esserci comminate delle pesanti sanzioni finanziarie. Sinora i ritardi nel recepimento non hanno infatti comportato conseguenze "reali". Servivano infatti circa due/tre anni per completare l'*iter* di una procedura di infrazione *ex art.* 226 TCE e arrivare ad una prima condanna nei con-

³⁵ Secondo quanto indicato dall'*Internal Market Scoreboard*, n. 16 del luglio 2007, l'Italia scontava un ritardo medio di 9 mesi rispetto al termine indicato nelle direttive, di poco superiore rispetto a quello generale di 8 dell'insieme dei Paesi membri (nelle versioni successive il dato non è riportato). L'edizione n. 17 del rapporto conferma che il nostro Paese ha un numero di direttive non recepite dopo oltre due anni ("*long overdue directives*") relativamente basso (appena una, laddove il Lussemburgo e il Belgio ne hanno rispettivamente dodici e sette).

³⁶ *Internal Market Scoreboard*, n. 16 *bis* del novembre 2007 e n. 17 del luglio 2008.

³⁷ La tendenza positiva è confermata anche dall'aggiornamento di ottobre 2008 della banca dati ASMDEE II, con appena 27 direttive non recepite su un totale di 2967.

³⁸ Si stima che nel 1990 il *deficit* di recepimento dell'Italia si aggirasse intorno al 20%.

³⁹ Punto 9 delle Conclusioni del Consiglio europeo dell'8-9 marzo 2007, 7224/1/07 REV 1.

⁴⁰ A. PREDIERI, *Il legislatore recalcitrante e il rimedio degli effetti diretti delle direttive comunitarie*, in AA.VV., *L'adeguamento della disciplina delle società per azioni alle direttive comunitarie nel d.p.r. 30/1986*, Firenze, 1987.

⁴¹ ANIDE (Associazione Nazionale per l'Informazione e la Documentazione Europea), *Il recepimento difficile: la trasposizione dell'ordinamento italiano delle direttive comunitarie*, Roma, 1993.

fronti del Paese membro, e altri due o tre per arrivare ad una seconda condanna, questa volta *ex art.* 228 TCE, con conseguente possibilità di una penalità di mora quotidiana qualora la direttiva non fosse ancora stata recepita. Vi era quindi modo di recepire anche nel corso del secondo dibattimento in Corte, che si poteva materialmente svolgere anche tre/quattro anni dopo il termine previsto dalla direttiva. La seconda condanna da parte della Corte di Lussemburgo non comportava pertanto, di fatto, il pagamento di alcuna sanzione, in quanto l'Italia riusciva sempre ad adempiere recependo la direttiva in questione, sia pure tardivamente. D'ora in poi, tuttavia, tale situazione rischia di cambiare.

La tempistica delle procedure di infrazione gestite dalla Commissione si è infatti sensibilmente accelerata, soprattutto qualora si tratti di mancato recepimento⁴². Dal momento della scadenza dei termini della direttiva al deferimento alla Corte di giustizia passano ormai appena sei mesi⁴³. Anche la stessa condanna – che in questi casi è ovviamente scontata, non essendovi possibili argomenti di difesa – arriva oramai dopo qualche mese. Qualora il mancato recepimento persista anche dopo tale sentenza, viene rapidamente attivata una nuova procedura, questa volta in base al più severo art. 228 TCE. Dopo il solito *iter* amministrativo presso la Commissione, può quindi avere luogo un nuovo rinvio di fronte alla Corte, con la proposta di sanzioni finanziarie. A questo proposito l'esecutivo di Bruxelles ha iniziato a proporre sistematicamente il pagamento da parte dello Stato inadempiente sia di una penalità di mora che di una sanzione forfetaria e si è impegnato a non rinunciare più – in caso di tardivo adempimento dello Stato – alle cause avviate di fronte alla Corte in base a tale norma⁴⁴. Quanto precede implica che in caso di tardivo adempimento nelle more del giudizio *ex art.* 228, il Paese interessato potrebbe essere condannato a pagare comunque una sanzione forfetaria⁴⁵.

Più in prospettiva, occorre poi considerare che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁴⁶, il quadro sanzionatorio verrebbe ulteriormente inasprito. Attraverso una modifica dell'attuale art. 228 TCE⁴⁷ (già prevista dal Trattato

⁴² La priorità attribuita alle procedure relative al mancato recepimento (e a quelle *ex art.* 228 TCE) è stata da ultimo ribadita al punto 3 della comunicazione COM(2007)502 def., cit.

⁴³ Poiché la notifica del recepimento avviene per via informatica, se alla scadenza prevista non è giunta alcuna comunicazione da parte dello Stato membro, la Commissione attiva automaticamente la procedura di infrazione.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione SEC(2005)1658, cit.

⁴⁵ Il 9 dicembre 2008 la Francia per il grave ritardo nel recepimento di una direttiva è stata condannata dalla Corte di giustizia al pagamento di una somma forfetaria di 10 milioni di Euro (causa C-121/07, *Commissione c. Francia*). Secondo i parametri indicati dalla Commissione, nel caso dell'Italia potrebbe essere proposta una sanzione forfetaria comunque non inferiore a 9.920.000 €, mentre la penalità di mora potrebbe oscillare tra un minimo di 11.904 ed un massimo di 714.240 € per ciascun ulteriore giorno di ritardo nell'adempimento.

⁴⁶ Sul punto, vedi *infra*, par. 5.

⁴⁷ A seguito della rinumerazione prevista dal Trattato di Lisbona, tale articolo diventerà il 260, mentre il 226 diverrà il 258. Il testo consolidato del TCE, con le modifiche che verranno introdotte dal Trattato di Lisbona, è stato pubblicato in *GUUE* C 115, 9 maggio 2008, ed è reperibile *on line* all'indirizzo europa.eu.

costituzionale)⁴⁸ verrebbe infatti attribuita alla Commissione la possibilità di proporre, nei confronti di uno Stato membro che non abbia recepito entro i termini, la condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria (sotto forma di somma forfetaria o penalità di mora), già nell'ambito di un primo deferimento alla Corte di giustizia e non – come avviene adesso – solo al momento di un secondo deferimento alla stessa Corte. Ciò comporterebbe un anticipo delle sanzioni per mancato recepimento di due/tre anni rispetto alle procedure attuali.

4. Vi è quindi un'esigenza di migliorare – quanto meno in termini di tempistica – le modalità di recepimento applicate dall'Italia, esigenza che solo in parte investe la legge Buttiglione. Come dimostra anche la recente evoluzione positiva della posizione italiana, molti miglioramenti possono infatti essere attivati in via amministrativa e organizzativa, applicando le norme esistenti, senza bisogno di interventi legislativi “strutturali”, che pure non vanno esclusi. Possibili interventi in vista di un ulteriore miglioramento della prestazione nazionale in materia di recepimento potrebbero situarsi tanto a monte che a valle della fase discendente.

Si potrebbe innanzitutto agire sulla legge comunitaria, assicurandone tempi di approvazione più brevi e certi, in modo da anticipare l'avvio dell'azione di recepimento vera e propria. In numerosi casi la legge comunitaria è stata infatti approvata un anno dopo la sua presentazione alle Camere da parte del Governo⁴⁹. Ciò è dipeso dai ritardi nella calendarizzazione da parte delle Camere, alla lunghezza dei dibattiti ed alla frequente navetta tra i due rami del Parlamento. La lunghezza di tale *iter* da un lato comporta l'incompletezza (e la precoce senescenza) dell'elenco di direttive da recepire, elenco che dovrebbe essere continuamente aggiornato per tener conto delle direttive che sono state approvate successivamente, dall'altro finisce per comprimere il tempo a disposizione delle amministrazioni competenti per predisporre i decreti legislativi con cui avviene il recepimento rispetto ai termini fissati dalle stesse direttive.

L'obiettivo di una riduzione dei tempi di approvazione della legge comunitaria può essere conseguito in due modi, agendo sulla procedura con cui viene

⁴⁸ In particolare, nell'art. 260 del Trattato di Lisbona è stato aggiunto un terzo paragrafo, che così recita: “La Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell'articolo 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l'importo della somma forfetaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze. Se la Corte constata l'inadempimento, può comminare allo Stato membro in questione il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità entro i limiti dell'importo indicato dalla Commissione. Il pagamento è esigibile alla data fissata dalla Corte nella sentenza”.

⁴⁹ Da ultimo la legge comunitaria 2007 è stata approvata tredici mesi dopo la sua presentazione, e i tempi non sono stati ancora più lunghi solo grazie all'incombenza delle elezioni e ad un'intesa *bi-partisan* per la sua approvazione. Nei primi anni di applicazione della legge La Pergola si era anzi spesso arrivati ad un'approvazione della legge comunitaria su base biennale.

approvato tale provvedimento ovvero intervenendo sui suoi contenuti. Sul piano procedurale, si conferma vieppiù l'esigenza di una sessione comunitaria dedicata, con una precisa scansione dei tempi per l'esame e l'approvazione del disegno di legge da parte delle Camere (si potrebbero ipotizzare tre mesi, come avviene per la legge finanziaria). Tale misura, che appare preferibile, comporterebbe una modifica dei regolamenti parlamentari⁵⁰.

L'alternativa sarebbe di alleggerire i contenuti della legge comunitaria, rispetto all'impostazione attuale. La discussione in Parlamento dei disegni di legge comunitaria presentati nella XV legislatura ha fatto anzitutto emergere l'opportunità di separare la discussione sulla relazione sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, prevista dall'art. 15 della legge Buttiglione, dall'esame della legge comunitaria in senso stretto⁵¹. In effetti, la discussione sulla relazione potrebbe essere effettuata separatamente, eventualmente ad inizio anno ed in coincidenza con la discussione sui programmi legislativi della Commissione e del Consiglio dell'Unione europea, in modo da consentire l'approvazione tempestiva di indirizzi parlamentari.

Si potrebbe poi ipotizzare di concentrare in uno strumento legislativo distinto le altre tipologie (diverse dal recepimento di direttive o atti assimilati) previste dall'art. 9 della legge Buttiglione. Ci si riferisce *in primis* alle norme che vengono introdotte per sanare procedure di infrazione, le quali molto spesso hanno assorbito i tempi di discussione della legge comunitaria nelle aule parlamentari, allungandone i tempi di approvazione.

Tale distinto strumento – una sorta di “minicomunitaria” – dovrebbe però essere adottato tramite le “misure urgenti” previste dall'art. 10 della legge Buttiglione (altrimenti si rischierebbe di “duplicare” i ritardi che già si verificano in relazione alla legge comunitaria). In concreto esso potrebbe consistere in un decreto legge⁵², oppure in un disegno di legge da esaminare con corsia preferenziale. L'ipotesi del decreto legge appare tuttavia preferibile in quanto l'esigenza di ricorrere a tale tipo di strumento si può verificare lungo tutto l'arco dell'anno, non essendo prevedibile con largo anticipo. Inoltre tale esigenza può comportare scadenze assai ravvicinate⁵³, non compatibili con l'ordinaria tempistica parlamentare. Infine i contenuti degli interventi da effettuare vengono solitamente definiti in contatti tecnici tra Governo e Commissione, che limitano di fatto la possibilità di una normazione “aperta” da parte del Parlamento.

⁵⁰ Nel caso della Camera dei deputati, ad esempio, specifici termini sono previsti solo per l'esame istruttorio degli atti comunitari e del disegno di legge comunitaria ma non per la programmazione dei lavori dell'assemblea.

⁵¹ Tale opportunità è stata tra l'altro evidenziata sia dal Ministro Bonino che dal suo successore Ronchi.

⁵² L'ultimo esempio in tal senso è rappresentato dal decreto legge 8 aprile 2008 n. 59, convertito con legge 6 giugno 2008 n. 101.

⁵³ I pareri motivati emanati dalla Commissione in base all'art. 226 TCE richiedono un intervento risolutivo entro due mesi, termine prorogabile al massimo per altri tre solo qualora vi sia da completare l'*iter* di una modifica normativa.

In tale contesto non si ravvisa, almeno per il momento, la necessità di inserire in uno strumento distinto le norme necessarie a dare attuazione alle decisioni quadro adottate *ex art. 34, par. 2, lett. b) TUE*⁵⁴, anche nella prospettiva della possibile entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, come noto, comporterebbe la “comunitarizzazione” di tale settore.

Più a valle, si può agire sulla riduzione dei termini assegnati a ciascuna Amministrazione per la predisposizione dei decreti legislativi di recepimento delle direttive. Da questo punto di vista va senza dubbio nella giusta direzione la correzione intrapresa a partire dalla legge comunitaria 2006, che ha riportato a 12 mesi il termine massimo per la loro emanazione dai 18 a cui si era giunti nelle leggi comunitarie 2004 e 2005. Ma soprattutto appare decisiva la modifica introdotta nella legge comunitaria 2007⁵⁵, con un previsione confermata anche nel disegno di legge comunitaria 2008, che pone quale punto di riferimento la scadenza fissata dalla stessa direttiva (qualora la stessa sia già scaduta o stia per scadere, il termine è limitato a 90 giorni dall'entrata in vigore della legge). Peraltro, in sede di prima applicazione di tali norme, il termine in questione è stato rispettato soprattutto in relazione all'approvazione in via preliminare da parte del Consiglio dei Ministri degli schemi di decreto, dovendosi poi attendere i pareri parlamentari per l'approvazione dei testi definitivi, il che ha comportato talvolta un lieve sfioramento del termine di recepimento⁵⁶. Potrebbe pertanto essere considerato un eventuale ritocco della norma, volto ad anticipare l'approvazione governativa preliminare del disegno di legge rispetto alla scadenza fissata in ciascuna direttiva, anche se i margini per una siffatta riduzione dei termini appaiono ridotti.

Potrebbe altresì essere utile introdurre deleghe senza scadenza – sul modello danese – che consentano al Governo di recepire con decreti legislativi nuove direttive che rientrino nell'ambito della delega già conferita dal Parlamento, senza necessità che ne venga approvata una nuova⁵⁷. Considerato tuttavia che, in

⁵⁴ Al riguardo, l'Italia nelle ultime leggi comunitarie ha optato per un percorso essenzialmente analogo a quello previsto per il recepimento delle direttive (ovvero emanazione di decreti legislativi a partire da circostanziati principi direttivi fissati nella legge comunitaria). Tale approccio è stata codificato dalla legge Buttiglione che, colmando una lacuna della legge La Pergola, ha in particolare menzionato le “disposizioni occorrenti per dare attuazione o assicurare l'applicazione degli atti del Consiglio o della Commissione delle Comunità europee di cui alle lettere a) e c) del comma 2 dell'articolo 1, anche mediante il conferimento al Governo di delega legislativa”. A sua volta la lett. c) del 2° comma dell'art. 1 cita le “decisioni-quadro” e le “decisioni adottate nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale”.

⁵⁵ Art. 1, legge 25 febbraio 2008 n. 34.

⁵⁶ La norma sopracitata prevede che qualora il termine per l'espressione del parere parlamentare scada nei trenta giorni che precedono la scadenza prevista dalla direttiva, esso sia prorogato di sessanta giorni (art. 1, par. 3). Nel disegno di legge comunitaria 2008 tale proroga viene estesa a novanta giorni, per evitare i problemi che si sono verificati in connessione con la chiusura estiva delle Camere.

⁵⁷ Il sistema sinora applicato prevede che la delega iniziale possa di fatto essere prorogata per un periodo limitato per varare disposizioni integrative e correttive. In particolare l'art. 1, par. 5 della legge comunitaria 2007 prevede che entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore di ciascun

base alla nostra Costituzione, la delega può essere concessa solo per un “tempo limitato”, si tratterebbe di rinnovare le deleghe già concesse nell’ambito di ciascuna nuova legge comunitaria. Le Commissioni competenti che si sono espresse nell’*iter* della direttiva *a quo* continuerebbero ad essere consultate con le consuete procedure. Non appare viceversa necessario ritoccare il sistema (di cui all’art. 13, 1° comma della legge Buttiglione) che consente di recepire con decreti ministeriali le norme di attuazione adottate dalla Commissione (allegati tecnici di altre direttive), in quanto si tratta di un meccanismo tutto sommato efficace. Né quindi appare necessario introdurre sistematicamente un sistema di rinvio recettizio, sia pure limitato ai soli aspetti tecnici delle direttive.

Sempre per quanto riguarda gli interventi da realizzare più a valle, nel corso della XV legislatura è stata sollevata l’ipotesi di distinguere i compiti delle Commissioni parlamentari competenti per affari europei, che si dovrebbero concentrare sulla fase ascendente e sulla formulazione degli indirizzi di massima, rispetto a quelli delle Commissioni competenti per materia, che invece si dovrebbero concentrare nella fase discendente ed in particolare nel merito dei singoli decreti legislativi di recepimento, evitando un doppio esame da parte di entrambi. È un’ipotesi da approfondire, tenuto anche conto che, in linea di principio, un siffatto approccio potrebbe portare ad un’eventuale divaricazione tra le posizioni espresse nelle due fasi dagli organismi parlamentari competenti. Nell’ambito dell’attuale legislatura, all’interno della Commissione della Camera competente per gli affari europei sono stati intanto istituiti due distinti Comitati permanenti, incaricati rispettivamente dell’esame dei progetti di atti comunitari e dell’UE e del monitoraggio sull’attuazione delle politiche europee.

Vi sono poi gli strumenti amministrativi e organizzativi: in particolare sarebbe utile che in ciascuna amministrazione fossero gli stessi Uffici (*melius*, gli stessi funzionari) a seguire le fasi ascendente e discendente di ogni singolo atto. Il lavoro di recepimento potrebbe così più facilmente essere avviato a livello tecnico già in parallelo al negoziato a Bruxelles o subito dopo l’approvazione della direttiva stessa (sul modello seguito da Francia, Germania e altri Stati). Un’ipotesi subordinata potrebbe prevedere la possibilità per le amministrazioni di avviare i lavori non appena il disegno di legge comunitaria fosse approvato da parte del Consiglio dei Ministri.

Al di là del lavoro materiale di stesura delle norme, appare inoltre prioritario predisporre una scheda di impatto (sul modello di quelle francese e britannica) contenente una tabella di concordanza tra norme della direttiva e norme corrispondenti dell’ordinamento da modificare o introdurre *ex novo*⁵⁸ con un’individuazione degli oneri finanziari che ciò comporterà. Tale scheda dovrebbe essere

decreto legislativo il Governo possa adottare disposizioni integrative e correttive di tali decreti (tale previsione è ripresa anche dal disegno di legge comunitaria 2008).

⁵⁸ L’importanza attribuita a tale strumento è stata evidenziata nella Comunicazione della Commissione COM(2007)502 def., cit. Tali tabelle vengono infatti frequentemente richieste dalla Commissione nell’ambito di procedure di infrazione, già avviate o potenziali, per verificare più agevolmente la corrispondenza tra normativa comunitaria e nazionale. Lo scorso ottobre la Com-

elaborata dalle Amministrazioni più direttamente interessate alle implicazioni normative e di merito (tendenzialmente dovrebbe trattarsi di quelle che partecipano al negoziato nella fase ascendente). Un approccio siffatto non è vietato dal nostro ordinamento, anche se è risultato difficile imporlo in mancanza di una norma espressa.

Il monitoraggio periodico già avviato dal Dipartimento per le Politiche Comunitarie sull'attività dei vari Ministeri capofila potrebbe poi essere ulteriormente rafforzato e strutturato, con eventuali ausili informatici che permettano meccanismi automatici di allerta due/tre mesi prima del termine fissato dalla direttiva per la trasposizione, sulla falsariga di quelli applicati in Germania, Belgio, Ungheria, Slovenia e Paesi Bassi⁵⁹.

L'esperienza degli altri Paesi membri dimostra poi quanto sia importante, anche in fase ascendente, il ruolo di strutture di coordinamento quali il Comitato Interministeriale per gli Affari Comunitari Europei (CIACE), istituito dall'art. 2 della legge Buttiglione⁶⁰. A tre anni dal suo concreto avvio⁶¹, questo strumento ha ormai dimostrato la sua utilità, anche se le sue potenzialità possono ancora essere sviluppate. Oltre alle limitate risorse di cui esso dispone⁶², va infatti considerato che la funzionalità di tale strumento dipende anche dal contributo che riescono a offrire le singole Amministrazioni, che possono o meno disporre al proprio interno di strutture dedicate alle tematiche comunitarie. Dalle combinazioni di tali fattori dipende anche la concreta possibilità di attivare gruppi o tavoli di coordinamento che siano in grado di fornire tempestive indicazioni per i diversi negoziati nella fase ascendente. Per i limiti sopradescritti, al momento il Comitato tecnico permanente e i gruppi di lavoro che sono stati costituiti nel suo ambito⁶³ hanno lavorato essenzialmente su alcuni grandi *dossier* trasversali e orizzontali e si sono in ogni caso occupati raramente di problemi attinenti alla fase discendente.

missione ha sottoposto all'attenzione degli Stati membri una tabella di concordanza *standard*, che intenderebbe inviare a ciascun Paese un mese dopo l'adozione di ogni direttiva.

⁵⁹ Un meccanismo del genere potrebbe essere previsto nell'ambito della banca dati Eur-infra, istituita a inizio 2008 presso il Dipartimento per le Politiche Comunitarie per facilitare la gestione delle procedure di infrazione, che prevede già anche una sezione – ancora sperimentale – sul recepimento delle direttive.

⁶⁰ Il regolamento per il funzionamento del CIACE è stato adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 9 gennaio 2006. Contestualmente il Ministro per le Politiche comunitarie ha approvato con proprio decreto il regolamento per il funzionamento del Comitato tecnico permanente.

⁶¹ La sua prima riunione a livello politico si è tenuta il 10 febbraio 2006.

⁶² La disposizione che ha istituito il CIACE ha previsto che ciò avvenisse senza costi aggiuntivi, per cui la Segreteria tecnica che è stata costituita presso il Dipartimento per le Politiche Comunitarie utilizzando le risorse già disponibili, a giugno 2008 risultava composta da 14 unità. Per fare un raffronto, presso il *Sécretariat Général des Affaires Européennes* francese operano circa duecento persone.

⁶³ Il Comitato tecnico permanente (a cui partecipano i Direttori generali delle Amministrazioni interessate) si riunisce con cadenza mensile, mentre i gruppi di lavoro si incontrano con periodicità più frequente.

Ci si può poi interrogare sulle modalità attraverso cui viene garantito il coinvolgimento delle Camere, tanto nella fase ascendente che in quella discendente. Di norma i vari Paesi membri cercano di assicurare il coinvolgimento dei propri parlamenti attraverso modalità bilanciate tra le due fasi. Per quanto in particolare riguarda la fase ascendente, va tenuto presente che la legge Buttiglione prevede che le nostre Camere esercitino essenzialmente un controllo basato sui documenti. La concreta possibilità di svolgere tale ruolo è stata rafforzata per effetto di due distinte iniziative, che consentono al Parlamento di ricevere tutti gli atti preparatori e i documenti correlati della Commissione. Da un lato, dal 1° settembre 2006, è la Commissione a trasmettere direttamente ai parlamenti nazionali le sue proposte e i documenti di consultazione⁶⁴. Dall'altro la legge n. 11 del 2005 ha poi previsto all'art. 3 che i progetti di atti comunitari siano trasmessi dal Governo alle Camere (ed anche alla Conferenza Stato Regioni), in modo che esse possano formulare osservazioni e adottare eventuali atti di indirizzo⁶⁵. Tale attività è stata per tempo attivata anche dal Dipartimento per le Politiche Comunitarie, con modalità informatiche⁶⁶, ed è in via di perfezionamento in modo da renderla più mirata⁶⁷. A partire da tali documenti le Commissioni competenti di Camera e Senato hanno la possibilità di esprimere pareri che possono valere quali atti di indirizzo per il Governo in fase ascendente, ovvero essere trasmessi direttamente alla Commissione qualora relativi ad atti da essa ricevuti⁶⁸. Si tratta di un'attività assai importante, tanto sul piano interno che su quello comunitario, anche in vista della possibile entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dei connessi protocolli sul ruolo dei parlamenti nazionali e sull'applicazione del principio di sussidiarietà⁶⁹.

⁶⁴ Peraltro le nostre Camere sembrano per adesso aver fatto un utilizzo ridotto di tale nuovo strumento (secondo quanto indicato dal Presidente della Commissione Barroso in occasione della sua audizione nel Parlamento italiano il 15 luglio 2008, su 231 pareri ricevuti da parlamenti nazionali, solo due provenivano dall'Italia).

⁶⁵ Già in precedenza, peraltro, l'art. 9, par. 1 della legge n. 183 del 1987 prevedeva che i progetti dei regolamenti e delle direttive fossero comunicati alle Camere. La nuova norma tuttavia precisa che l'informazione trasmessa al Parlamento debba essere "qualificata e tempestiva". Vengono inoltre aggiunti gli obblighi di informare il Parlamento dell'agenda del Consiglio dei Ministri UE e di riferire alle Camere la posizione che il Governo intende mantenere in occasione dei Consigli europei.

⁶⁶ Si tratta del sistema *e-urop@*.

⁶⁷ È interessante notare che da febbraio 2008 sul sito del Senato è stata creata una banca dati contenente i "progetti normativi comunitari", consultabile *on line*, con informazioni sull'*iter* dei vari provvedimenti.

⁶⁸ Per quanto riguarda l'attuale legislatura, nel periodo maggio-novembre 2008 le Commissioni competenti della Camera hanno in particolare esaminato 8 proposte e comunicazioni e 3 pacchetti di proposte legislative dalla Commissione europea, adottando 6 documenti finali.

⁶⁹ C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel nuovo Trattato*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 1, p. 23. Nell'ambito della Conferenza degli organismi Specializzati negli Affari Comunitari (COSAC), che riunisce le Commissioni per le politiche europee dei vari parlamenti nazionali è stato istituito un gruppo di lavoro con l'incarico di migliorare la cooperazione in vista dell'applicazione di tale protocollo, identificando quale primo "test" di sussidiarietà la proposta di direttiva che applica il principio di parità di trattamento tra le persone senza distinzione di religio-

Vi è poi il problema del rapporto con le Regioni, le cui competenze – con la riforma costituzionale del 2001 – sono state estese a molti ambiti comunitari. Anche in questo caso vanno distinti i livelli ascendente e discendente. Sul primo piano la soluzione scelta dalla legge Buttiglione è da un lato quella di garantire la tempestiva informazione delle Regioni (con la possibilità di inviare commenti)⁷⁰ e dall'altro quella di consentire la partecipazione dei rappresentanti regionali ai tavoli costituiti presso il CIACE⁷¹ (con una formulazione che è stata peraltro criticata dalle Regioni, che avrebbero preferito mantenere modalità di coordinamento analoghe a quelle utilizzate della Conferenza Stato Regioni⁷²). Vi sono inoltre le cosiddette sessioni comunitarie della Conferenza Stato Regioni nell'ambito delle quali – con cadenza almeno semestrale – viene presentato lo stato dell'arte del processo di integrazione e sono discussi gli indirizzi da seguire.

Quanto al secondo piano, la legge Buttiglione prevede che il Governo – che è tenuto a presentare il disegno di legge comunitaria alla Conferenza Stato Regioni prima dell'avvio del suo *iter* in Parlamento – possa procedere al recepimento con decreti legislativi e decreti ministeriali anche nelle materie di competenza regionale. Tali decreti hanno però natura cedevole, ovvero vengono meno nel caso di successiva attività di recepimento da parte delle Regioni con proprie normazioni. Ciò risolve tra l'altro i problemi relativi agli eventuali dubbi in relazione alla competenza nella materia, sia essa nazionale, regionale o concorrente (negli altri Paesi l'esistenza di schemi di ripartizione delle competenze non del tutto chiari è uno dei fattori che possono contribuire a rallentare il recepimento). I meccanismi in questione hanno sin qui funzionato bene e non vi è ragione di rivederli.

Per quanto invece riguarda le procedure di infrazione che coinvolgono le Regioni, il nostro ordinamento prevede anche l'ipotesi dell'intervento sostitutivo da parte dello Stato. Si tratta peraltro di un'ipotesi raramente applicata⁷³, in quanto la maggior parte delle infrazioni di competenza delle Regioni riguarda problemi amministrativi, di applicazione del diritto comunitario, e non di recepimento. Per risolvere tali fattispecie è comunque necessario l'attivo coinvolgimento della

ne, credo, handicap, età e sesso. Le Camere italiane hanno anche proposto di definire un accordo interistituzionale sull'applicazione di alcune delle disposizioni del Trattato di Lisbona relative al ruolo dei parlamenti nazionali. In particolare si trattava di approfondire con le istituzioni europee alcuni aspetti applicativi del protocollo sulla sussidiarietà e definire una base minima di criteri comuni anche per quanto riguarda la definizione delle procedure interne dei singoli parlamenti nazionali.

⁷⁰ Sulle differenze rispetto ai meccanismi informativi previsti a favore delle Camere, vedi M. CARTABIA, L. VIOLINI, *op. cit.*, p. 498 ss.

⁷¹ La partecipazione diretta dei rappresentanti regionali alle riunioni del Consiglio e agli organismi preparatori e gestionali istituiti in ambito comunitario è invece disciplinata dalla legge La Loggia.

⁷² In senso critico rispetto a tali disposizioni, vedi M. CARTABIA, L. VIOLINI, *op. cit.*, p. 487.

⁷³ Un unico caso, a cavallo tra fine 2006 e inizio 2007, riguarda la normativa in materia di caccia della Regione Liguria.

Regione interessata, non disponendo più lo Stato degli strumenti necessari. Questo, tanto più che molte procedure possono coinvolgere al tempo stesso competenze statali, regionali e locali. Come ulteriore pungolo per le Regioni è stato comunque introdotto il diritto di rivalsa da parte dello Stato nei confronti delle Regioni e degli altri enti qualora dal loro comportamento siano derivate sanzioni pecuniarie⁷⁴, ad esempio al termine di una procedura di infrazione *ex art.* 228 TCE. Le Regioni hanno richiesto l'apertura di un tavolo per disciplinare l'applicazione di tale norma. Il 24 gennaio 2008 la Conferenza Stato Regioni ha approvato un'intesa che chiarisce gli obblighi reciproci di collaborazione e informazione tra Governo e Regioni. In tale ambito è stato chiarito che la norma in questione ha solo una valenza estrema, da applicare *ex post*, mentre l'obiettivo primario di tutte le amministrazioni interessate, lungo tutto l'arco della procedura, deve essere quello di risolvere la procedura, evitando così sanzioni di cui dovrebbe comunque rispondere la Repubblica italiana, indipendentemente dal destinatario finale.

5. L'esperienza di questi primi anni di applicazione della legge n. 11 del 2005 induce poi a riflettere su alcune norme che potrebbero essere meglio calibrate. È il caso dell'art. 9, par. 1, lett. e), relativo alle disposizioni occorrenti per dare esecuzione ai Trattati internazionali conclusi nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione europea, norma sinora applicata una sola volta⁷⁵, che potrebbe essere integrata in modo da prevedere la ratifica nazionale dei cosiddetti accordi misti (o anche altre tipologie di atti per cui le norme dei trattati comunitari prevedono formule quali la previa approvazione da parte degli Stati membri nell'ambito dei rispettivi ordinamenti costituzionali). Inoltre la norma relativa alla possibilità di apporre una riserva di esame parlamentare nel corso del negoziato ascendente è apparsa di non facile applicabilità.

In conclusione, si può ritenere che i meccanismi previsti dalla legge Buttiglione rappresentino a tutt'oggi uno schema abbastanza completo e bilanciato. Rispetto alla legge La Pergola, la legge n. 11 del 2005 ha infatti ampliato i contenuti della legge comunitaria e introdotto soluzioni sofisticate, quali la clausola di cedevolezza per i decreti legislativi adottati in materia di competenza regionale (oltre alla possibilità di esercitare poteri sostitutivi), la possibilità per il Governo di apporre una riserva di esame parlamentare nel corso del negoziato ascendente e l'istituzione del CIACE. Altri arricchimenti – quali l'ampliamento degli obblighi periodici di informazione al Parlamento⁷⁶ e le norme sul diritto di

⁷⁴ Art. 1, 1213°-1216° e 1218°-1222° comma, della legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006 n. 296). La norma è stata poi integrata nella stessa legge Buttiglione.

⁷⁵ Art. 25 della legge comunitaria 2006 (legge 6 febbraio 2007 n. 13), relativo all'attuazione di alcune decisioni dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri dell'Unione europea riuniti in sede di Consiglio, relative a privilegi e immunità accordati ad agenzie e meccanismi istituiti dall'Unione europea nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune e della politica europea di sicurezza e di difesa.

⁷⁶ L'art. 7 della legge comunitaria 2006 ha introdotto nella legge n. 11 del 2005 gli articoli 15-*bis* e 15-*ter*.

rivalsa dello Stato nei confronti delle Regioni responsabili di sanzioni comunitarie – sono stati inoltre apportati dalle leggi comunitarie adottate successivamente⁷⁷. Per quanto in particolare riguarda il recepimento del diritto comunitario, si ritiene che, sia pure con i correttivi sopradescritti lo schema della legge comunitaria – che senza dubbio riveste caratteristiche originali nel panorama europeo, non avendo equivalenti negli altri Paesi – possa essere mantenuto. Assolutamente da scartare appaiono in ogni caso ipotesi di ritorno al passato, ai meccanismi applicati prima dell'entrata in vigore della legge La Pergola, che – è bene ricordarlo –, con i ritardi che comportavano, sono stati all'origine di gran parte delle condanne italiane da parte della Corte di giustizia.

Oltre che per inserire gli eventuali correttivi già segnalati, occorrerà poi valutare l'opportunità di un possibile aggiornamento della legge n. 11 del 2005 in funzione della possibile entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁷⁸. Sebbene l'entrata in vigore di tale accordo sia stata di fatto rinviata, a seguito dell'esito negativo del *referendum* irlandese, rispetto alla data inizialmente prevista del 1° gennaio 2009, l'*iter* di ratifica sta proseguendo negli altri Paesi e dovrebbe auspicabilmente completarsi entro la fine dell'anno, conformemente alle conclusioni del Consiglio europeo di dicembre 2008⁷⁹. Una volta che il nuovo Trattato sia entrato in vigore, sarebbe allora opportuno “rinfrescare” la terminologia della Buttiglione, eliminando termini quali legge comunitaria, Comunità europea, decisioni quadro, ecc., che verrebbero a scomparire con il nuovo Trattato.

Ma oltre a tali aspetti formali – che potrebbero essere superati in via interpretativa – ve ne sono altri su cui il Trattato di Lisbona introdurrebbe innovazioni sostanziali. Si tratta in particolare del già citato ruolo dei parlamenti nazionali (il cui intervento – soprattutto nell'ambito della procedura di sussidiarietà – potrebbe essere proceduralizzato⁸⁰). Altre innovazioni, quali la comunitarizzazione del terzo pilastro, l'ampliamento del ruolo del Parlamento europeo e degli ambiti per cui si vota a maggioranza, non sembrano invece di per sé richiedere interventi correttivi interni, fatte salve le considerazioni già svolte sull'opportunità di un rafforzamento della nostra partecipazione alla fase ascendente dei negoziati.

⁷⁷ La norma che dispone l'obbligo di recepire le direttive entro i termini previsti dalle stesse, inserita a partire dalla legge comunitaria 2007, non è stata però “perennizzata”, per ragioni di ordine costituzionale.

⁷⁸ Si tratterebbe di un esercizio affatto diverso da quello della ratifica del Trattato stesso. La legge di ratifica italiana si limita infatti a prevedere che al Trattato venga data piena ed intera esecuzione a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, senza prevedere norme interne ulteriori, come hanno invece fatto alcuni altri Paesi (contestualmente alla ratifica la Germania ha ad esempio adottato una normativa specifica, relativa all'applicazione del protocollo sulla sussidiarietà).

⁷⁹ Nel momento in cui scriviamo risultano aver completato le procedure parlamentari di ratifica 25 Paesi su 27, mancando all'appello unicamente la Repubblica Ceca e l'Irlanda.

⁸⁰ In particolare, un aspetto che potrebbe essere chiarito è il ruolo del Governo nella presentazione dei ricorsi promossi da parte di una Camera per violazione del principio di sussidiarietà, in base all'art. 8 del citato Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali.

Infine non si può sottacere un aspetto di natura “culturale”: al di là dei meccanismi applicati, in un Paese caratterizzato da una complessa *governance* a più livelli, con rapporti tra Amministrazioni centrali e tra centro e Regioni che esulano dalla classica dialettica tra Governo e Parlamento, è evidente che l’azione di adattamento al diritto comunitario tanto più sarà efficace, quanto più vi sarà una comune volontà di cooperare in tal senso tra tutti i livelli interessati, a prescindere dalle convenienze politiche del momento o dagli interessi “particolari” di ciascuna Amministrazione. L’esperienza degli altri Paesi dimostra che quanto più sulle tematiche comunitarie si registra un comune sentire, che facilita l’identificazione delle priorità negoziali nazionali, tanto più la partecipazione alla formazione del diritto comunitario risulta efficace e il conseguente adattamento dell’ordinamento interno risulta agevole.

Abstract

The Mechanisms of Transposition of EU Law among Member Countries. Reflections on the Italian Approach

Transposition of EU law (especially of directives) within the internal legal system of every Member Country, is one of the main obligation stemming from its belonging to the Union.

Through a comparative recognition of the different mechanisms applied by Member States (as well as their respective results, gathered by data bases provided by the Commission) possible reasons for better performances are highlighted.

In this context the Italian approach, governed by Law no. 11 of 4 February 2005, is quite peculiar and partially favours to ensure a more effective compliance with the transposition of Community rules into the Italian system.

Recently, and thanks also to some adjustments, the national transposition deficit has decreased dramatically. Despite these significant achievements, the Italian performance should still improve. Moreover, the future entry into force of the Lisbon Treaty will introduce stricter provisions and penalties in case of delayed transposition of EU directives.

Further improvements could be realised through legislative and organizational measures, but also by means of a more general, “cultural” effort by the different administrative bodies involved in the transposition process, at their respective level.

Pacta sunt servanda? La sentenza della Corte di giustizia nell'affare *Intertanko* (caso C-308/06) e l'adattamento dell'ordinamento comunitario al diritto internazionale pattizio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ricostruzione, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, delle condizioni in presenza delle quali i trattati conclusi dalla Comunità possono fungere da parametro di legittimità del diritto comunitario derivato. – 3. *Segue*: la giurisprudenza *Fediol* e *Nakajima* e l'*apax legomenon* costituito dalla sentenza nel caso *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio* (causa C-377/98). – 4. Il caso C-308/06: l'applicazione della giurisprudenza sopra indicata alla Convenzione Marpol 73/78 e alla Convenzione sul diritto del mare nelle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott. – 5. *Segue*: aspetti problematici della pronuncia resa dalla Corte di giustizia il 3 giugno 2008. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Con la sentenza del 3 giugno 2008, resa nel caso C-308/06, la Corte di giustizia (Grande sezione) torna a prendere posizione in punto di adattamento del diritto comunitario alle norme contenute nei trattati vincolanti la Comunità europea sul piano internazionale. Si tratta, come è noto, di uno fra temi più controversi del diritto comunitario, che ha dato luogo, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, ad una giurisprudenza di cui la più diffusa dottrina non ha mancato di porre in luce aporie ed elementi di ambiguità.

Il procedimento innanzi alla Corte era stato promosso con ricorso pregiudiziale dalla *High Court of Justice* di Inghilterra e Galles nel corso di una vertenza instaurata contro il Ministero dei trasporti britannico da alcuni dei principali operatori del trasporto marittimo, fra i quali *Intertanko* e *Intercargo*. Il giudice comunitario era chiamato a pronunciarsi, fra le altre cose, in merito alla validità degli articoli 4 e 5 della direttiva 2005/35/CE, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e conseguenti sanzioni¹, sulla base, da un lato, della Convenzione

¹ Direttiva 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, *GUUE* L 255,

di Montego Bay sul diritto del mare e, dall'altro lato, della Convenzione di Londra del 1973 per la prevenzione dell'inquinamento causato dalle navi con relativo Protocollo del 1978 (da qui innanzi, secondo l'uso corrente, Convenzione Marpol 73/78). Nel corso del procedimento nazionale, i ricorrenti avevano sostenuto l'invalidità della direttiva 2005/35/CE, nella parte in cui quest'ultima impone agli Stati membri ad introdurre severi criteri di responsabilità penale, a loro avviso incompatibili con quelli previsti dalle due Convenzioni internazionali in discorso. La decisione del ricorso implicava, in via preliminare, la soluzione del problema se i due strumenti internazionali potessero costituire dei parametri di legittimità del diritto comunitario derivato. Per le ragioni che saranno chiarite più innanzi, la Corte si è pronunciata sul punto in senso negativo, escludendo nettamente che la direttiva controversa potesse essere invalidata per il fatto di non risultare conforme alle due Convenzioni sopra rammentate. Prima di esaminare più approfonditamente le argomentazioni che hanno spinto la Corte a raggiungere tale conclusione, pare indispensabile ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza del giudice comunitario nella *subiecta materia*, anche al fine di meglio apprezzare gli elementi di novità desumibili dalla pronuncia in esame.

30 settembre 2005, p. 11 ss., recepita in Italia con decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 202, *GURI* n. 261, suppl. ord. n. 228, 9 novembre 2007. La disciplina introdotta dalla direttiva era integrata dalla decisione quadro 2005/667/GAI del Consiglio, del 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato da navi, *GUUE* L 255, 30 settembre 2005, p. 164 ss., la quale specificava la natura dei reati e delle relative sanzioni (su questi due strumenti v. L. SCHIANO DI PEPE, *Inquinamento marino da navi e poteri dello Stato costiero. Diritto internazionale e disciplina comunitaria*, Torino, 2007, p. 286 ss.). Come è noto, con la sentenza del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commisone c. Consiglio, Raccolta*, p. I-7879, la Corte di giustizia ha stabilito che le misure di diritto penale necessarie a garantire l'efficacia del diritto comunitario, precipuamente nel settore della protezione ambientale, rientrano nell'ambito della competenza comunitaria. A seguito di questa pronuncia, la Commissione ha formulato un ricorso per annullamento della decisione quadro 2005/667/GAI, il quale è stato accolto dalla Corte con sentenza del 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commisone c. Consiglio, Raccolta*, p. I-9097 ss. (nella vasta bibliografia relativa alle due sentenze sopra citate, v. per tutti G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 899 ss.; A. MIGNOLLI, *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in questa *Rivista*, 2006, p. 327 ss.; C. MORVIDUCCI, *Unità del sistema e articolazione in pilastri nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, suppl. al n. 7-8, p. 18 ss.). Sempre la Commissione ha predisposto una proposta di modifica della direttiva 2005/35/CE, attualmente all'esame del Parlamento europeo e del Consiglio: utilizzando come base giuridica l'art. 80, par. 2, del Trattato CE, essa dovrebbe colmare l'attuale vuoto normativo riproducendo con poche modifiche il contenuto della decisione quadro annullata; cfr. proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio, dell'11 marzo 2008, COM(2008)134 def., 2008/0055 (COD).

2. A norma dell'art. 300, par. 7, del Trattato CE, gli accordi di cui la Comunità è parte contraente sono “vincolanti per le istituzioni della Comunità e per gli Stati membri”. A partire dalla sentenza emanata il 30 aprile 1974 nel caso *Haegeman*, l'articolo *de quo* è stato interpretato dalla Corte di Lussemburgo in modo tale da consentire alle convenzioni internazionali validamente stipulate dalla Comunità (da qui in avanti indicate anche come convenzioni “esterne”) di spiegare direttamente efficacia nell'ambito dell'ordinamento comunitario dal momento della loro entrata in vigore².

Una volta stabilito che il citato art. 300, par. 7, predispone un meccanismo di adattamento automatico permanente ai trattati, la Corte è stata chiamata a più riprese a pronunciarsi su quale rapporto sistematico le norme in essi contenute intrattengano con gli atti emanati delle istituzioni comunitarie dopo essere state immesse nel diritto interno della CE. Alcuni elementi appaiono ormai incontrovertibili, tanto nella prassi giurisprudenziale, quanto nelle elaborazioni dottrinarie. Da essi conviene prendere le mosse.

² Sentenza del 30 aprile 1974, causa 181/73, *Haegeman*, *Raccolta*, p. 449 ss., punto 5. In senso conforme, cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel*, *ivi*, p. 3747 ss. (punto 7); del 15 giugno 1999, causa C-321/97, *Andresson*, *ivi*, p. I-3586 ss. (punto 96); del 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *Jacob Meijer*, *ivi*, p. I-443 ss. (punto 35 s.). Adottando una soluzione molto avanzata, la Corte ha ammesso inoltre che formano parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario, senza bisogno di un atto di ricezione formale, anche le decisioni adottate dai consigli di associazione conformemente agli accordi di associazione con Stati terzi (v. ad es. la sentenza del 14 novembre 1989, causa 30/88, *Grecia c. Commissione*, *ivi*, p. 3711 ss., punto 13 della motivazione).

La Corte ha inoltre statuito che l'art. 300, par. 7, realizza una totale “comunitarizzazione” dei trattati esterni, compresi gli accordi misti nelle parti relative a materie rientranti nelle competenze comunitarie esclusive o concorrenti: ne consegue che le norme contenute nei trattati anzidetti prevalgono, in quanto diritto comunitario, sul diritto nazionale e che la Commissione è legittimata a promuovere azioni a carico degli Stati che risultino ad esse inadempienti. A titolo di esempio, si ricorda che con la sentenza del 10 settembre 1996, causa C-61/94, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-4006 ss., la Corte ha condannato uno Stato membro per mancato adempimento di un trattato internazionale nel settore del latte, adottato in ambito GATT (v. specialmente *ivi*, punti 1 e 15). Più recentemente, la Corte ha riconosciuto il diritto della Commissione di aprire una procedura d'infrazione nei confronti degli Stati che non ottemperino alle disposizioni di accordi misti vertenti su materie che rientrano nell'ambito della competenza concorrente (si veda sul punto la sentenza del 7 ottobre 2004, causa C-283/03 *Commissione c. Francia*, *ivi*, p. I-9328 ss., punto 29 ss.).

Dalla giurisprudenza sopra ricordata si evince inequivocabilmente che le disposizioni di tutti gli accordi internazionali, compresi quelli che, come vedremo, non costituiscono parametro di legittimità del diritto comunitario derivato, fanno parte del diritto comunitario e vincolano in tal veste gli Stati. È pertanto da respingere la tesi di J. KLABBERS, *International Law in Community Law: the Law and Politics of Direct Effect*, in *YEL*, 2001-2002, p. 263 e p. 297, che spiega la mancata prevalenza di certi trattati esterni sul diritto derivato con la mancata incorporazione di questi ultimi nel sistema normativo comunitario.

È pacifico che le norme contenute nei trattati internazionali conclusi dalla Comunità non possono mai derogare al diritto comunitario di rango primario³. Al contempo, in ipotesi di contrasto insanabile in via interpretativa, esse possono invalidare gli atti di diritto comunitario derivato⁴. Che le norme derivanti dai trattati esterni si collochino, nella gerarchia delle fonti, in una posizione sovraordinata rispetto al diritto comunitario secondario si ricava dal dato testuale del citato art. 300, par. 7, il quale dispone che tali norme vincolino le istituzioni comunitarie. La Corte si è mostrata, peraltro, molto prudente nel sancire la nullità o invalidità di atti comunitari per contrasto con trattati esterni. Come accade sovente nell'ambito degli ordinamenti statali che operano un adattamento automatico alle convenzioni internazionali⁵, infatti, anche in quello comunitario l'apertura ai valori internazionali è stata molto contenuta dall'elaborazione, in via giurisprudenziale, di teorie limitative dell'operare delle norme internazionali di origine convenzionale quale parametro di legalità degli atti normativi interni. Tale giurisprudenza, che gradua la tutela offerta dall'ordinamento comunitario alle norme pattizie di origine internazionale sulla base della natura sostanziale di queste ultime, è stata inaugurata dalla sentenza-guida resa il 12 dicembre 1972 nell'affare *International Fruit Company*⁶. Come è noto, la Corte escluse che i

³ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994, causa C-327/91, *Francia c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-3666 ss., punto 15 e il parere 3/94, del 13 dicembre 1995, *ivi*, p. I-4579 ss., punto 22. Per ulteriori indicazioni sulle pronunce della Corte che ammettono la possibilità di un sindacato da parte della Corte delle norme di un trattato esterno alla luce del diritto comunitario primario, v. J. CHARPENTIER, *Le contrôle par la Cour de justice de la conformité au Traité des accords en vigueur conclus par la Communauté*, in *RMC*, 1998, p. 79 ss. e D. PETROVIĆ, *L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne: à la recherche d'un concept*, Paris, 2000, p. 196 ss.

⁴ Vedi *infra*.

⁵ Per alcune considerazioni di portata generale sul punto si vedano i rilievi di J.-H. JACKSON, *Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis*, in *AJIL*, 1992, p. 310 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale* (a cura di P. GAETA), Bologna, 2006, p. 286 ss.; F. SALERNO, *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *RDI*, 2006, p. 365 ss.

⁶ Sentenza della Corte del 12 dicembre 1972, cause riunite da 21 a 24/72, *Raccolta*, p. 1219 ss. La letteratura in tema di adattamento dell'ordinamento comunitario al diritto OMC è vastissima. Fra i numerosi contributi in materia ci si limita qui a segnalare, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, G. BEBR, *Agreements Concluded by the Community and Their Possible Direct Effect: From International Fruit Company to Kupferberg*, in *CML Rev.*, 1983, p. 35 ss.; E. U. PETERSMANN, *The EEC as a GATT Member – Legal Conflicts between GATT Law and European Community Law*, in M. HILF, F. G. JACOBS, E. U. PETERSMANN (eds.), *The European Community and GATT*, Deventer, 1986, p. 23 ss.; M. VELLANO, *Osservazioni in tema di diretta applicabilità del GATT: l'opportunità di una svolta interpretativa*, in *Giur. it.*, 1995, I, sez. I, p. 1145 ss.; E. CANNIZZARO, *Sul controllo di legittimità degli atti comunitari contrastanti con il GATT*, in *RDI*, 1996, p. 118 ss.; J.-O. BERKEY, *The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting*, in *EJIL*, 1998, p. 641 ss.; G. A. ZONNEKEYN, *The Status of WTO Law in the EC Legal Order. The Final Curtain?*, in *JWT*, 2000, p. 111 ss.; M. T. D'ALESSIO, *L'efficacia*

regolamenti comunitari sottoposti al suo esame potessero essere invalidati dalle norme del GATT del 1947, abbozzando un *test* destinato ad essere ripreso, e meglio articolato, nelle sue due fasi costitutive in molte pronunce successive⁷.

La prima fase del *test* consiste in un esame del trattato complessivamente considerato. Secondo l'indirizzo enucleato dalla Corte, affinché un accordo internazionale possa costituire un limite di legittimità nei confronti degli atti comunitari, occorre che esso abbia attitudine a produrre effetti diretti⁸. Con una giurisprudenza costante, la Corte ha sempre escluso che l'Accordo GATT del 1947 godesse di tale requisito⁹. A suo avviso, la regolamentazione degli scambi commerciali prevista da detto Accordo era "flessibile", o meglio sprovvista di carattere incondizionato, poiché difettava in molte sue parti di chiarezza e precisione e ammetteva, al contempo, numerose possibilità di deroga¹⁰. Un'ulteriore argomentazione, basata su considerazioni di reciprocità, era svolta per asserire l'inidoneità del GATT del 1947 a produrre effetti diretti. Secondo la Corte, interpretare la normativa GATT in ambito comunitario in modo tale da condurre all'annullamento degli atti con essa contrastanti avrebbe prodotto conseguenze inaccettabili: avrebbe privato, infatti, gli organi politici del necessario margine di manovra nella negoziazione di soluzioni condivise delle vertenze, ponendo la Comunità in una condizione di svantaggio rispetto ai suoi principali *partners* commerciali, molti dei quali non attribuivano al GATT del 1947 effetti diretti¹¹.

diretta degli accordi internazionali conclusi dall'Unione europea, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 69 ss.; P. MENGOZZI, *Le relazioni esterne della Comunità europea, il principio di sussidiarietà e le esigenze di cooperazione poste dalla globalizzazione dell'economia*, *ivi*, p. 15 ss.; P. J. KUIJPER, M. BRONCKERS, *WTO Law in the European Court of Justice*, in *CML Rev.*, 2005, p. 1313 ss.

⁷ D. PETROVIĆ, *op. cit.*, p. 226 ss.

⁸ Un'esauriente disamina sull'applicazione della prima parte del *test* nella giurisprudenza della Corte è compiuta da D. PETROVIĆ, *op. cit.*, p. 228 ss.; M. T. D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 77 ss.; P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, 2004, p. 281 ss. e p. 301 ss.

⁹ Cfr. la sentenza *International Fruit Company*, *cit.*, p. 1219 ss.

¹⁰ *Ibidem*, punto 21 ss. Il carattere "lasco" dell'Accordo era accentuato dal poco efficace meccanismo di soluzione delle controversie, il quale induceva a ritenere che il suo scopo non fosse quello di garantire un rigoroso rispetto dei precetti normativi in esso contenuti, né tanto meno di conferire diritti di cui i privati potessero esigere il rispetto davanti ad un giudice, quanto piuttosto quello di assicurare sul piano interstatale un equilibrio complessivo dei vantaggi economici connessi all'appartenenza al sistema.

¹¹ *Ibidem*, nella parte in cui, spiegando le ragioni che inducono ad escludere l'invocabilità dell'Accordo GATT da parte dei privati, si sottolinea che detto Accordo risulta "fondato – ai sensi del suo preambolo – sul principio di negoziati da condursi su 'una base di reciprocità e di vantaggi mutui'". Con riferimento al GATT 1994, v. in senso conforme la sentenza del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-8425 ss., dove si dice espressamente che "[l]a mancanza di reciprocità a tale riguardo, ad opera delle controparti commerciali della Comunità in relazione agli accordi OMC, che sono fondati sul principio degli accordi 'reciproca-

Preme sottolineare che il giudice comunitario, impermeabile ai suggerimenti della dottrina prevalente, non ha mutato posizione con riguardo al GATT del 1994 e agli altri accordi amministrati dall'Organizzazione mondiale del commercio, quantunque la creazione di quest'ultima Organizzazione si sia accompagnata ad un significativo "irrobustimento" tanto della disciplina normativa pertinente, quanto dell'apparato istituzionale e del meccanismo di soluzione delle controversie¹². D'altra parte, prima della sentenza nel caso C-308/06, la Corte e il Tribunale di primo grado avevano circoscritto la giurisprudenza *International Fruit Company* ai trattati ricompresi nel sistema OMC, evitando di affermare che altri accordi "complessivamente considerati" non avessero attitudine a creare situazioni giuridiche soggettive in capo agli individui. La prima parte del *test*, in particolare, è stata ritenuta superata da accordi di libero scambio, di associazione e di cooperazione con Paesi terzi, quali fra gli altri l'Accordo di Yaoundé, l'Accordo di associazione con il Portogallo, gli accordi di cooperazione con Marocco e Algeria¹³, ecc. In sede di esame della natura di questi strumenti, la Corte e gli

mente convenienti' e che quindi si distinguono dagli accordi conclusi dalla Comunità di cui al punto 42 della presente sentenza, rischia di condurre ad uno squilibrio nell'applicazione delle norme dell'OMC. Infatti, ammettere che il compito di assicurare la conformità del diritto comunitario a tali norme incombe direttamente al giudice comunitario equivarrebbe a privare gli organi legislativi o esecutivi della Comunità del margine di manovra di cui dispongono gli organi analoghi delle controparti commerciali della Comunità" (punto 45 s.). In termini molto simili si era precedentemente espresso, con riferimento all'Accordo di libero commercio col Portogallo, l'Avvocato generale Rozès nelle conclusioni del 5 maggio 1982, causa C 104/81, causa *Hauptzollamt Mainz c. Kupferberg*, *ivi*, p. 3674. Su quest'orientamento giurisprudenziale v. *amplius* P. ECKHOUT, *Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union: Some Further Reflections*, in *JIEL*, 2002, p. 94 ss. e R. UERPMANN, *International Law as an Element of European Constitutional Law: International Supplementary Constitutions*, *Jean Monnet Paper* 9/2003, reperibile *on line* all'indirizzo www.jeanmonnetprogram.org.

¹² Cfr. la sentenza *Portogallo c. Consiglio*, *cit.*, in merito alla quale v. S. GRILLER, *Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union: Some Further Reflections*, in *JIEL*, 2002, p. 91 ss. e G. A. ZONNEKEYN, *op. cit.*, p. 111 ss. Il superamento della dottrina *International Fruit Company* a seguito delle innovazioni introdotte dall'*Uruguay Round* era stato auspicato, fra i molti, da M. VELLANO, *op. cit.*, p. 1145 ss. È opportuno osservare che nel senso della inidoneità a produrre effetti diretti si era espresso il Consiglio nel preambolo della decisione 94/800 del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione dell'accordo istitutivo dell'OMC. Come è stato osservato, siffatta indicazione non era tuttavia vincolante per la Corte, la quale avrebbe potuto, nell'esercizio della propria funzione giurisdizionale, dissentire da essa (cfr. in tal senso G. GAJA, *Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al GATT 1994 gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?*, in *RDI*, 1995, p. 407 ss.; G. TESAURO, *I rapporti tra la Comunità europea e l'OMC*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, Milano, 1998, p. 987 s.; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Saggio nel caso *Portogallo c. Consiglio*, *cit.*, *Raccolta*, p. I-8397 ss., punto 20).

¹³ Cfr. ad es., le sentenze del 31 gennaio 1991, causa C-18/90, *Kziber*, *Raccolta*, p. I-221 ss. (Accordo di cooperazione con il Marocco), del 5 febbraio 1976, causa 87/75, *Bresciani*, *ivi*, p. 129 ss. (Convenzione di Yaoundé), del 15 gennaio 1998, causa C-113/97, *Babahenini c. Belgio*, *ivi*, p. I-188 ss. (Accordo di cooperazione con l'Algeria). Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali, v.

avvocati generali hanno messo in particolare rilievo come essi contengano norme di natura asimmetrica a favore di Paesi in via di sviluppo¹⁴, o mirino ad instaurare una relazione particolarmente stretta, in vista dell'adesione alla Comunità o dell'istituzione di un'area di libero scambio, che passa attraverso la creazione di un ordinamento giuridico di cui sono soggetti anche i privati¹⁵. Da queste considerazioni si arguisce che, secondo il giudice di Lussemburgo, l'attribuzione di effetti diretti ai trattati esterni nell'ordinamento comunitario, anche quando non sia espressamente prevista dai trattati stessi, è ammissibile in relazione ad accordi non esclusivamente fondati su principi di natura sinallagmatica, a condizione che il loro contenuto sia sufficientemente preciso e incondizionato. Per quanto concerne, invece, gli strumenti che si limitano a stabilire una rete di diritti ed obblighi reciproci, la Corte ritiene di dover procedere ad un esame ulteriore, volto a valutare che l'attribuzione di effetti diretti sul piano dell'ordinamento comunitario non ponga i terzi contraenti in una posizione di vantaggio che risulti incompatibile col principio di reciprocità e di mutui vantaggi¹⁶.

La seconda fase del *test* viene svolta dalla Corte dopo aver appurato l'idoneità del trattato, considerato nel suo complesso, a spiegare effetti diretti, ed è volta a stabilire se produttive di effetti diretti siano le disposizioni del trattato specificamente chiamate in causa. La Corte di Lussemburgo ha stabilito che le singole disposizioni di un accordo internazionale vincolante la Comunità possono essere assunte quale parametro di legittimità degli atti comunitari soltanto a condizione che esse siano chiare, precise e incondizionate, tali cioè da attribuire ai privati diritti soggettivi invocabili in giudizio senza bisogno di ulteriori atti normativi¹⁷.

altresì S. PEERS, *Fundamental Right or Political Whim? The WTO Law and the European Court of Justice*, in G. DE BÚRCA, J. SCOTT (eds.), *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Oxford-Portland, 2001.

¹⁴ Cfr., fra le altre, la sentenza *Bresciani*, cit., punto 22 s.

¹⁵ Cfr., ad. es., la sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 1982, causa 17/81, *Pabst*, *Raccolta*, p. 1351 ss., punto 26.

¹⁶ Nella sentenza del 26 ottobre 1982, causa 104/81, *Kupferberg*, *Raccolta*, p. 1362, la Corte ha specificato che “il fatto che i giudici di una delle parti ritengano che talune disposizioni dell'accordo abbiano efficacia diretta, mentre i giudici dell'altra parte non ammettono tale efficacia diretta, non è, *di per sé solo*, tale da costituire una mancanza di reciprocità nell'attuazione dell'accordo” (punto 18, corsivo aggiunto). Coerentemente con questa impostazione, la sola circostanza che le altre parti contraenti considerino i trattati come produttivi di diritti che i singoli possono far valere davanti ad un giudice non viene reputata dalla Corte condizione necessaria, né sufficiente, per determinare l'attribuzione di effetti diretti a detti trattati nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

¹⁷ Una delle enunciazioni più chiare delle due parti del *test* si può rinvenire nella sentenza *Demirel*, cit., dove si dice che una disposizione di un trattato concluso dalla Comunità può essere assunta a parametro di legalità del diritto comunitario derivato “qualora, tenuto conto del suo tenore letterale, nonché dell'oggetto e della natura dell'accordo, implichi un obbligo chiaro e preciso la cui esecuzione ed i cui effetti non siano subordinati all'adozione di alcun atto ulteriore” (punto 14). Fra le molte pronunce successive che ribadiscono lo stesso concetto si vedano la sen-

Numerosi commentatori avevano auspicato che il giudice comunitario circoscrivesse l'applicazione del *test* anzidetto alle ipotesi di rinvio pregiudiziale o di ricorsi in annullamento promossi da privati¹⁸. Nella pronuncia del 5 ottobre 1994, resa nel caso *Germania c. Consiglio*¹⁹, la Corte ha assunto però una posizione di segno opposto. Respingendo il ricorso in annullamento della Germania nei confronti del regolamento (CE) n. 404/93 del Consiglio, del 13 febbraio 1993, sull'organizzazione del mercato comune nel settore delle banane, ha sentenziato infatti che anche agli Stati è preclusa la possibilità di “far valere le disposizioni del GATT per contestare la legittimità di talune disposizioni” di un atto comunitario²⁰. Quest'orientamento è stato confermato dalla Corte e dal Tribunale di primo grado in numerose pronunce successive²¹. Negando anche ai ricorrenti privilegiati il diritto di impugnare gli atti comunitari contrastanti con le norme di trattati esterni non direttamente applicabili, la Corte finisce evidentemente per sterilizzare gli effetti giuridici di siffatte norme, relegandole in una sorta di limbo giuridico.

La maggior parte degli studiosi è concorde nel ritenere che la ricostruzione della Corte – giusta la quale la capacità delle norme derivanti da trattati di invalidare atti di diritto comunitario secondario muta a seconda della circostanza che siffatte norme producano o meno effetti diretti – sia soverchiamente artificiosa e, soprattutto, sprovvista di solide giustificazioni logico-giuridiche²². Essa dà adito ad una situazione alquanto singolare per cui regole vincolanti la

tenza *Bresciani*, cit., punto 15 ss. e la *Kupferberg*, cit., punto 22 ss.; ulteriori indicazioni giurisprudenziali in M. T. D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 83 ss.

¹⁸ Cfr., fra i molti, M. MARESCAU, *The GATT in the Case-Law of the European Court of Justice*, in M. HILF, F. G. JACOBS, E. U. PETERSMANN (eds.), *op. cit.*, p. 114 e L. HANCHER, *The Constitutionalism, the Community Court and International Law*, in *NYIL*, 1994, p. 280.

¹⁹ Sentenza del 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-5039.

²⁰ *Ibidem*, punto 112. Alla dottrina non sono sfuggite le motivazioni essenzialmente politiche che hanno spinto la Corte ad accogliere la tesi mirante ad escludere un esame di conformità col GATT anche nelle ipotesi dei ricorsi statali (cfr. J. KLABBERS, *op. cit.*, p. 268). Tesi, peraltro, propugnata dal Consiglio, dalla Commissione, e da 4 dei 5 grandi Stati membri: Francia, Italia, Spagna e Regno Unito.

²¹ Cfr., ad es., la sentenza *Portogallo c. Consiglio*, cit., e la sentenza del Tribunale di primo grado del 15 marzo 2006, causa T-226/04, *Italia c. Commissione*, non pubblicata in *Raccolta*.

²² Vedi, fra i tanti, E.U. PETERSMANN, *Application of GATT by the Court of Justice of the European Community*, in *CML Rev.*, 1983, p. 424 ss.; M. MARESCAU, *op. cit.*, p. 107 ss.; A. GIARDINA, *International Agreements of the Member States and their Construction by the Court of Justice*, in *Du droit international au droit de l'intégration*. Liber amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden, 1987, p. 264, nota 6; J. RIDEAU, *Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes: réflexions sur les relations entre les ordres juridiques internationaux, communautaires et nationaux*, in *RGDIP*, 1990, p. 357 ss.; E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *RDI*, 1993, p. 352, nota 2; G. TE-SAURO, *op. cit.*, p. 980 ss.; D. PETROVIĆ, *op. cit.*, p. 184 e *passim*; M. T. D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 90; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008, p. 292.

Comunità sul piano internazionale, immesse nell'ordinamento interno in virtù del "trasformatore permanente" costituito dall'art. 300, par. 7, del Trattato CE, vincolano gli Stati membri alla stregua di diritto comunitario, mentre possono venire derogate da atti comunitari di contenuto contrastante. Questa posizione, che come ha affermato icasticamente U. Everling riduce interi trattati a "carrature di accordi internazionali"²³, risulta assai difficile da conciliare col principio *pacta sunt servanda* e con l'affermazione della Corte medesima secondo cui "le competenze della Comunità devono venir esercitate nel rispetto del diritto internazionale"²⁴.

All'insieme delle considerazioni che precedono si deve aggiungere che la Corte e il Tribunale di primo grado hanno più volte messo in rilievo come il diritto interno (comunitario) debba essere interpretato, nei limiti del possibile, in maniera conforme rispetto alle norme di diritto internazionale di origine pattizia, siano esse produttive o meno di effetti diretti²⁵. Il ricorso alla tecnica ermeneutica dell'interpretazione conforme ha consentito, almeno in parte, di sdrammatizzare le incongruenze fra il sistema normativo comunitario e il diritto internazionale.

3. La giurisprudenza inaugurata dalla sentenza-guida nel caso *International Fruit Company* ha conosciuto in tempi più recenti alcuni temperamenti, consistenti nell'elaborazione delle c.d. dottrine *Nakajima* e *Fediol*, dal nome delle due sentenze in cui esse sono state per la prima volta enunciate, ancora una volta con riferimento agli accordi internazionali gestiti dall'Organizzazione mondiale del commercio.

Nella sentenza resa nel caso *Fediol*²⁶, la Corte ha asserito che tutte le norme contenute in un trattato sottoscritto dalla Comunità possono fungere da parametro di legittimità di un atto comunitario nel momento in cui quest'ultimo vi faccia espressamente riferimento. Nella fattispecie, si trattava di sindacare la validità di una decisione adottata ai sensi del regolamento (CE) n. 2641/84 sul

²³ U. EVERLING, *Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgements of the Court of Justice and National Courts*, in *CML Rev.*, 1996, p. 422.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1992, causa C-286/90, *Paulsen*, *Raccolta*, p. I-6048 ss., punto 9.

²⁵ Fra le pronunce più recenti, si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 16 giugno 1998, causa C-53/96, *Hermès*, *Raccolta*, p. I-3637 ss., punto 28; del 9 gennaio 2003, causa C-76/00, *Petrotub*, *ivi*, p. I-118 ss., punto 57; del 16 novembre 2004, causa C-245/02, *Anheuser Busch*, *ivi*, p. I-11018 ss., punto 54 ss. e la sentenza del Tribunale di primo grado del 28 ottobre 2004, causa T-31/01, *Shanghai*, *ivi*, p. II-3671 ss., punto 138. Si può osservare come queste sentenze traspongano sul piano dei rapporti fra diritto comunitario e trattati esterni il principio elaborato dalla Corte nella giurisprudenza *Marleasing* (sentenza del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Raccolta*, p. I-4135 ss.), secondo cui i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare il diritto nazionale in maniera conforme agli obblighi prescritti da direttive improduttive di effetti diretti.

²⁶ Sentenza del 22 giugno 1989, causa 70/87, *Federazione dell'industria olearia della CE c. Commissione delle Comunità europee*, *Raccolta*, p. 1825 ss., sulla quale v. M. BRONCKERS, *What is a Countervailable Subsidy under EEC Trade Law?*, in *JWT*, 1989, p. 5 ss.

rafforzamento della politica commerciale comune, in cui la Commissione si era rifiutata di aprire un'indagine su certe pratiche commerciali dell'Argentina, contestate dalla Federazione dell'industria olearia della Comunità europea²⁷.

Nel caso *Nakajima*, la Corte di giustizia era chiamata a stabilire la legittimità di un regolamento del Consiglio istitutivo di un dazio *antidumping* alla luce della normativa pertinente del GATT²⁸. Nella sentenza, datata 7 maggio 1991, la Corte stabilì che, pur non essendo produttivo di effetti diretti, il Codice *anti-dumping* adottato nel contesto del GATT costituiva un parametro di validità del regolamento comunitario controverso in virtù del fatto che quest'ultimo era stato adottato con lo specifico intento di eseguire l'obbligo derivante dall'accordo internazionale in questione²⁹.

Giova sottolineare che entrambe le “dottrine” di cui sopra hanno lasciato del tutto inalterata l'impostazione di base tracciata con la sentenza *International Fruit Company*, secondo cui le norme pattizie insuscettibili di produrre effetti diretti non sono, in sé e per sé, idonee ad infirmare gli atti comunitari con esse confliggenti. Alcune incongruenze possono riscontrarsi invero in talune sentenze, nelle quali l'ordine del *test* appare invertito, o addirittura lo svolgimento della sua seconda parte viene tralasciato³⁰. Si tratta di deviazioni scarsamente significative dovute, probabilmente, ad un'eccessiva sinteticità, se non a meri errori di redazione.

Un mutamento giurisprudenziale di grande momento, rimasto un *unicum* nella giurisprudenza del giudice comunitario, si è avuto invece con la pronuncia del 9 ottobre 2001, relativa al ricorso di annullamento promosso dai Paesi Bassi contro la direttiva 98/44/CE, in materia di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. La Corte respinse la tesi, propugnata dal Consiglio, secondo cui la Convenzione di Rio sulla biodiversità non aveva natura tale da poter determinare l'invalidità della direttiva perché improduttiva di effetti diretti. Essa statuì, infatti, che la Convenzione richiamata, “a differenza dell'accordo OMC, non è strettamente fondata sul principio della reciproca convenienza (...). Anche ipotizzando che, come sostiene il Consiglio, questo accordo contenga disposizioni non direttamente applicabili, nel senso che esse non creerebbero diritti che i privati possano

²⁷ L'art. 2, 1° comma, del regolamento fa riferimento all'Accordo OMC, in quanto stabilisce che siano considerate illecite le pratiche commerciali di un Paese terzo incompatibili col diritto internazionale.

²⁸ Sentenza del 7 maggio 1991, causa C-68/89, *Nakajima c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-2169 ss.

²⁹ *Ibidem*, punti 30-32. Questa soluzione richiama evidentemente la giurisprudenza della Corte secondo la quale un atto di esecuzione non può superare i limiti stabiliti dall'atto che è volto ad attuare (con riferimento ai rapporti fra regolamento base e regolamento di esecuzione, cfr. la sentenza del 10 maggio 1971, causa 38/70, *Deutche Tradax GmbH*, *Raccolta*, p. 145 ss.). Per ulteriori indicazioni in merito all'applicazione della dottrina *Nakajima* da parte della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, v. A. DAVIES, *Bananas, Private Challenges, the Courts and the Legislature*, in *YEL*, 2001-2002, p. 318 ss.; P. J. KUIJPER, M. BRONCKERS, *op. cit.*, p. 1324 ss.

³⁰ Queste incongruenze sono state messe in risalto da J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 361 e D. PETROVIĆ, *op. cit.*, p. 227 s., ai quali si rimanda per puntuali riferimenti giurisprudenziali.

far valere direttamente in giudizio, questa circostanza non costituirebbe un ostacolo al controllo da parte del giudice dell'osservanza degli obblighi incombenti alla Comunità in qualità di parte aderente al detto accordo³¹. Ognuno vede come questo breve *dictum* abbia segnato un brusco *tournant* giurisprudenziale³². La Corte ha ammesso, per la prima volta, la possibilità di invocare il contrasto con un trattato quale motivo di nullità di un atto comunitario anche quando il trattato in questione sia inidoneo a spiegare effetti diretti, ritenendo sufficiente che esso abbia un contenuto normativo preciso e incondizionato.

Non resta che prendere atto di come il giudice di Lussemburgo abbia ribaltato una giurisprudenza costantemente affermata nel corso di quasi trent'anni, senza curarsi di offrire elementi plausibili di *distinguishing*. Con ogni probabilità, la delicatezza della materia relativa alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, e la consapevolezza che la sentenza avrebbe ricevuto ampia risonanza nell'opinione pubblica europea, sconsigliavano dall'affermare *expressis verbis* che il diritto comunitario poteva legittimamente derogare ad uno fra i più importanti accordi ambientali multilaterali: decisamente meno inopportuno appariva respingere il ricorso di annullamento nel merito, negando l'esistenza dei prospettati contrasti.

Un secondo aspetto della sentenza è meritevole di considerazione. Fra i vari motivi di ricorso, i Paesi Bassi avevano addotto un contrasto con la Convenzione sul brevetto europeo (Monaco, 1973), strumento concluso dagli Stati membri successivamente alla loro adesione alla Comunità. Pur non prendendo una chiara posizione in merito alla ricevibilità del ricorso, la Corte riconobbe in via incidentale il diritto per gli Stati membri di impugnare atti comunitari la cui attuazione li metterebbe necessariamente nella condizione di "violare i loro specifici obblighi di diritto internazionale, quando invece la direttiva, *in base al suo stesso dettato, non dovrebbe incidere su detti obblighi*"³³. La Corte valorizzò la circostanza che la direttiva controversa recava una disposizione secondo cui quanto in essa disposto non poteva pregiudicare gli obblighi posti da accordi internazionali a carico degli Stati membri. Così facendo, essa ammise che la giurisprudenza *Fediol* potrebbe venire estesa anche ai trattati che non vincolano la Comunità, ma esclusivamente gli Stati membri in materie di loro competenza³⁴.

³¹ Sentenza del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, *Raccolta*, p. I-7079 ss., punto 53 s.

³² Per un giudizio estremamente positivo su questa sentenza, e per l'auspicio di un allineamento su di essa della giurisprudenza della Corte, v. G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2007, II ed., p. 171 s. In senso piuttosto critico, v. invece P. EECKHOUT, *op. cit.*, p. 251 s.

³³ Sentenza del 9 ottobre 2001, *cit.*, punto 55, corsivo aggiunto. La Corte faceva riferimento all'art. 1, par. 2, della direttiva 98/44/CE, secondo il quale "[l]a presente direttiva non pregiudica gli obblighi degli Stati membri derivanti da accordi internazionali, in particolare dall'accordo TRIPS e dalla Convenzione sulla diversità biologica".

³⁴ Si deve osservare che, secondo l'Avvocato generale Jacobs (conclusioni del 14 giugno 2001, *Raccolta*, p. I-7084 ss.), la Corte avrebbe dovuto dichiararsi competente a controllare la legittimi-

4. Nel contesto, tutto sommato ancora fluido, che si è sopra descritto nei suoi contorni essenziali, la questione pregiudiziale sollevata dalla *High Court* inglese nel caso C-308/06 rappresentava per la Grande sezione della Corte un'occasione importante per proseguire lungo la strada aperta dalla sentenza nel caso *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio* o, viceversa, per confermare l'indirizzo tradizionale inaugurato con la sentenza *International Fruit Company*.

Oltre alla complessità della materia, l'affare presentava due significative analogie con quello *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio* dianzi rammentato. La Corte era chiamata infatti a verificare se una direttiva comunitaria presentasse vizi di legittimità in quanto contrastante con un accordo misto stipulato dalla Comunità congiuntamente agli Stati membri (Convenzione sulla biodiversità, in un caso, e Convenzione sul diritto del mare³⁵, nell'altro) e con un accordo internazionale concluso da tutti gli Stati membri della Comunità, ma non direttamente da quest'ultima (rispettivamente Convenzione sul brevetto europeo e Convenzione Marpol 73/78).

Le questioni di validità sollevate nella domanda di pronuncia pregiudiziale riguardavano, come si è detto, gli articoli 4 e 5 della direttiva 2005/35/CE, che disciplinano la responsabilità penale per i casi di scarico in mare di sostanze inquinanti effettuato da natanti. Secondo il combinato disposto di questi due articoli, gli Stati membri sono tenuti a introdurre nel proprio ordinamento norme che puniscano, a seconda dei casi con sanzioni pecuniarie o con pene detentive, gli scarichi di petrolio o di altre sostanze nocive effettuati intenzionalmente o temerariamente nelle diverse porzioni di mare (mare territoriale, stretti, zona economica esclusiva, alto mare). La direttiva stabilisce altresì che in due ipotesi i responsabili degli scarichi siano punibili dagli Stati costieri o del porto: quando abbiano agito intenzionalmente o con la consapevolezza della possibilità del verificarsi del danno (*recklessness*, dolo eventuale), ed inoltre quando sia loro imputabile una colpa grave. Prevede, in particolare, che per grave negligenza vengano penalmente sanzionate le persone (capitano, proprietario della nave, membro dell'equipaggio, ecc.) responsabili di scarichi non ammessi entro il mare territoriale e tutte quelle (eccettuati il capitano, il proprietario della nave e i membri dell'equipaggio) responsabili di un inquinamento accidentale delle altre porzioni del mare³⁶.

I dubbi, in precedenza già prospettati in dottrina³⁷, vertevano in primo luogo sulla compatibilità della direttiva con la Convenzione Marpol 73/78. Le compa-

tà della direttiva alla luce della Convenzione sulla biodiversità, ma non della Convenzione sul brevetto europeo.

³⁵ Convenzione firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982. La Convenzione è stata approvata dalla Comunità con la decisione 98/392/CE del Consiglio, del 23 marzo 1998, *GUCE* L 179, 23 giugno 1998, p. 1 ss.

³⁶ Cfr. il combinato disposto degli articoli 4 e 5 della direttiva 2005/35/CE.

³⁷ Cfr. V. FRANK, *The European Community and Marine Environmental Protection in the International Law of the Sea: Implementing Global Obligations at the Regional Level*, Leiden, 2007,

gnie di trasporto, insieme ad alcuni Stati intervenienti (Grecia, Malta e Cipro) sottolineavano il contrasto della direttiva con la Convenzione elaborata nel quadro dell'Organizzazione marittima internazionale, in forza della quale il divieto di scarico di idrocarburi e di altre sostanze nocive in ipotesi di avaria non può essere sanzionato dagli Stati entro i rispettivi ordinamenti quando "all reasonable precautions have been taken after the occurrence of the damage or discovery of the discharge for the purpose of preventing or minimizing the discharge; and except if the owner or the Master acted either with intent to cause damage, or recklessly and with knowledge that damage would probably result"³⁸. Come si è detto, dagli articoli 4 e 5 della direttiva si ricava che persone diverse dal capitano, dal proprietario e dall'equipaggio posto sotto la responsabilità di quest'ultimo possono essere ritenute responsabili per scarichi accidentali sulla base del criterio della colpa grave, ciò che non è ammesso, secondo l'interpretazione prevalente della disposizione appena riprodotta, dalla Convenzione Marpol 73/78. È necessario ricordare che la disciplina posta dalla Convenzione Marpol 73/78 è stata recepita indirettamente dalla Convenzione di Montego Bay. Quest'ultima, mentre favorisce l'adozione da parte degli Stati di normative il più possibile severe per reprimere l'inquinamento da parte delle navi che battono la loro bandiera³⁹, prevede al contempo che lo Stato del porto e lo Stato costiero possano perseguire giudizialmente gli scarichi effettuati da navi straniere soltanto quando essi risultino non conformi alle regole e agli *standards* internazionali adottati nel quadro delle competenti organizzazioni internazionali o conferenze intergovernative⁴⁰.

Ulteriori motivi di invalidità erano individuati nel contrasto con la Convenzione di Montego Bay. Si poneva la questione "[s]e l'art. 4 della direttiva, imponendo agli Stati membri di adottare norme nazionali che includano il criterio della negligenza grave ai fini dell'accertamento della responsabilità e che puniscano lo scarico nelle acque territoriali, leda il diritto di passaggio inoffensivo riconosciuto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare e, in tal caso, se l'art. 4 sia, sotto tal profilo, invalido".

p. 251 ss.; L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il "caso" dell'inquinamento provocato da navi*, in *DUE*, 2006, p. 788 ss.; *Id.*, *Inquinamento marino*, cit., p. 317 ss.

³⁸ Allegato I alla Convenzione Marpol, art. 11, par. b), lett. i) e ii). Analoga formulazione è contenuta all'art. 6, lett. b), dell'Allegato II alla Convenzione, il quale si applica agli scarichi di altre sostanze liquide nocive.

³⁹ Cfr. Convenzione di Montego Bay, art. 211, par. 2 e art. 217.

⁴⁰ *Ibidem*, art. 211, par. 5 e art. 218, par. 1. La *ratio* di questa disposizione è, ovviamente, quella impedire che la libertà di navigazione venga eccessivamente ostacolata dall'applicazione parallela di differenti *standards* di tutela adottati unilateralmente (cfr. sul punto V. STARACE, *La protezione dell'ambiente marino nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, in V. STARACE (a cura di) *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milano, 1983, p. 403 ss. e V. FRANK, *op. cit.*, p. 25 ss. e p. 196 ss. nonché, sul significato da attribuirsi alla nozione di *standards* internazionali nella Convenzione di Montego Bay, p. 115 ss. e p. 216 ss.

Prima di esaminare, nel paragrafo successivo, le conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia nella sentenza del 3 giugno 2008, sembra qui opportuno soffermarsi sulle conclusioni rese il 20 novembre 2007 dall'Avvocato generale Juliane Kokott.

Come l'Avvocato generale Saggio prima di lei⁴¹, Kokott esprime un giudizio fortemente critico nei confronti della tesi tradizionale, elaborata dalla Corte di giustizia, che subordina al possesso di effetti diretti l'idoneità dei trattati esterni a invalidare gli atti comunitari rispetto ad esse difformi⁴². Saggiunge poi che "anche se la Corte considerasse i diritti dei singoli come requisito necessario per l'applicazione delle suddette disposizioni in qualità di criterio di legittimità il risultato non sarebbe diverso"⁴³. A suo avviso, la Convenzione sul diritto del mare supererebbe la prima parte del *test* dianzi esaminata, essendo idonea ad attribuire ai singoli posizioni giuridiche soggettive azionabili in sede giurisdizionale: ogni sua disposizione che sia, dal punto di vista del contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa, costituirebbe pertanto parametro di legittimità degli atti comunitari⁴⁴. Passando a esaminare nel merito la compatibilità della direttiva comunitaria col contenuto normativo della Convenzione di Montego Bay, Kokott esclude ad ogni modo che il regime di responsabilità previsto dalla direttiva sia contrario al diritto di passaggio inoffensivo sancito dalla Convenzione di Montego Bay⁴⁵.

Una posizione meno innovativa emerge dalle conclusioni dell'Avvocato generale con riguardo alla Convenzione Marpol 73/78. Kokott non valorizza gli spunti offerti dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, nella parte in cui questa ammette che una direttiva comunitaria possa essere valutata alla luce di uno strumento cui non partecipa la Comunità⁴⁶. A suo parere, un controllo della direttiva sulla base della Convenzione Marpol 73/78 potrebbe essere operato soltanto nella misura in cui

⁴¹ Conclusioni del 25 febbraio 1999, causa C-149/96, cit., p. I-8397 ss., punto 18.

⁴² Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 20 novembre 2007, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 66.

⁴³ *Ibidem*, punto 67.

⁴⁴ *Ibidem*, punto 59. A questo proposito, l'Avvocato generale pone in evidenza come la Convenzione di Montego Bay si distingue dall'Accordo GATT per essere priva di rilevanti elementi di "flessibilità" che autorizzino le parti contraenti a ignorare, sia pure temporaneamente, le sue prescrizioni (*ibidem*, punto 58).

⁴⁵ *Ibidem*, punti 113-138. Il lungo e argomentato ragionamento dell'Avvocato generale pare sotto questo aspetto assai convincente. Esso valorizza la circostanza che la Convenzione di Montego Bay non fa riferimento al regime Marpol quando disciplina il regime giuridico del mare territoriale, mentre ammette espressamente che gli Stati costieri, nell'esercizio della propria sovranità sul mare territoriale, possano adottare normative volte a contrastare l'inquinamento anche da parte di navi straniere esercitanti il diritto al passaggio inoffensivo (cfr. gli articoli 211, 4° comma, e 21, 1° comma, lett. f; sulle disposizioni in oggetto v. L. SCHIANO DI PEPE, *Inquinamento marino*, cit., p. 150 ss.).

⁴⁶ Vedi sul punto *supra*, questo paragrafo.

gli *standards* in essa stabiliti siano stati recepiti dalla Convenzione di Montego Bay e siano dunque direttamente vincolanti per la Comunità⁴⁷. La circostanza che la direttiva faccia riferimento alla Convenzione Marpol 73/78, indicando come obiettivo quello di recepire nel diritto comunitario le norme internazionali in materia di inquinamento⁴⁸, invece, non rileverebbe ai fini delle dottrine *Nakajima* e *Fediol*, le quali si applicherebbero soltanto ai trattati di cui la Comunità è parte contraente⁴⁹.

Fatte queste premesse, l'Avvocato generale esclude l'esistenza di un contrasto insanabile anche fra la direttiva 2005/35/CE e la disciplina della Convenzione Marpol 73/78, come recepita dalla Convenzione di Montego Bay⁵⁰. Anzitutto, le disposizioni della Convenzione Marpol 73/78 in tema di scarichi accidentali non possono essere intese, secondo Kokott, come escludenti la responsabilità di soggetti diversi dal capitano e dal proprietario della nave⁵¹. A suo avviso, un'interpretazione siffatta andrebbe contro l'oggetto e lo scopo della Convenzione stessa, producendo l'effetto di lasciare impuniti i membri dell'equipaggio o altre persone che prestano servizio per la nave, anche quando essi abbiano causato avarie all'origine di gravissimi disastri ambientali⁵². Quanto al profilo dedotto riguardo ai diversi criteri di responsabilità, a Kokott non sfugge come la nozione di "grave negligenza" accolta negli ordinamenti nazionali vada oltre il dolo eventuale ammesso dal regime Marpol 73/78. L'apparente antinomia dovrebbe tuttavia essere risolta valorizzando "l'obbligo di interpretare le disposizioni del diritto comunitario derivato, per quanto possibile, in maniera conforme agli accordi internazionali della Comunità"⁵³. In sintesi, il concetto di negligenza grave nel contesto della direttiva 2005/35/CE dovrebbe essere interpretato "in modo restrittivo, così da non eccedere la Marpol 73/78"⁵⁴, come se si trattasse, in ultima analisi... di "dolo eventuale".

5. Con la sentenza del 3 giugno 2008, la Corte di giustizia si distacca sensibilmente dalle conclusioni dell'Avvocato generale, scegliendo di ricollegarsi, ancora una volta, alla propria giurisprudenza più tradizionale⁵⁵. La Corte ribadisce di poter "procedere all'esame della validità di una normativa comunitaria

⁴⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, cit., punto 68.

⁴⁸ Cfr. direttiva 2005/35/CE, cit., 2° "considerando" e art. 1, par. 1.

⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, cit., punto 71 ss.

⁵⁰ *Ibidem*, punto 80 ss.

⁵¹ *Ibidem*, punto 84 ss.

⁵² Piuttosto, il riferimento al capitano e al proprietario della nave dovrebbe essere inteso, secondo Kokott, nel senso che essi sono menzionati soltanto a titolo esemplificativo. Si veda, in tal senso, il ragionamento svolto nelle conclusioni, punto 84 ss.

⁵³ *Ibidem*, punto 99.

⁵⁴ *Ibidem*, punto 109 ss.

⁵⁵ In tal senso anche R. VIRZO, *Trattati stipulati dalla Comunità europea in materia di politica marittima e norme sul regolamento delle controversie*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *La politica marittima comunitaria*, Roma, 2009, p. 231 ss.

alla luce di un trattato internazionale solo ove ciò non sia escluso né dalla natura né dalla struttura di esso e, inoltre, le sue disposizioni appaiano, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise”⁵⁶.

Diversamente dall’Avvocato generale, il Collegio giudicante conclude però nel senso che la Convenzione di Montego Bay non superi la prima parte del *test*, in quanto “i singoli, in linea di principio, non godono di diritti e di libertà autonome in forza [di essa]”⁵⁷. Vale la pena riprodurre alcuni dei passaggi più significativi della sentenza. Afferma la Corte: “[è] vero che il tenore letterale di talune disposizioni della Convenzione di Montego Bay (...) sembra attribuire diritti alle navi. Tuttavia, da ciò non discende che tali diritti siano in questo modo conferiti ai singoli che hanno un legame con dette navi, come i proprietari di queste ultime, poiché lo *status* giuridico internazionale della nave dipende dallo Stato di bandiera e non dall’appartenenza della nave a talune persone fisiche o giuridiche”⁵⁸. E prosegue: “[i]n tali circostanze, occorre dichiarare che la Convenzione di Montego Bay non stabilisce norme destinate ad applicarsi direttamente e immediatamente ai singoli, né a conferire a questi ultimi diritti o libertà che possano essere invocati nei confronti degli Stati, indipendentemente dal comportamento dello Stato di bandiera della nave. Ne risulta che la natura e la struttura della Convenzione di Montego Bay ostano a che la Corte possa valutare la validità di un atto comunitario alla luce di tale convenzione”⁵⁹.

Alla luce della giurisprudenza che abbiamo richiamato nei paragrafi precedenti, le conclusioni cui perviene la Corte non possono che lasciare perplessi. Da una parte, il giudice comunitario ammette l’idoneità a produrre effetti diretti delle norme contenute negli accordi di associazione, che vincolano gli Stati a non introdurre determinate imposte. Dall’altra, nega l’invocabilità da parte dei singoli delle disposizioni della Convenzione di Montego Bay che sanciscono, in maniera altrettanto chiara e incondizionata, un obbligo di non esercitare la giurisdizione su determinati individui per fatti compiuti nelle diverse porzioni del mare.

Insieme all’Avvocato generale Kokott sembra si debba ritenere che la Convenzione di Montego Bay, così come integrata dagli *standards* internazionali da essa richiamati, goda dei requisiti necessari per superare la prima parte del *test* enucleato dalla Corte. Non soltanto tale Convenzione ha un contenuto sufficientemente preciso e incondizionato, ma è dotata di un sistema di soluzione

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 45.

⁵⁷ *Ibidem*, punto 109. Giova sottolineare che, prima dell’entrata in vigore della Convenzione di Montego Bay, la stessa Corte di giustizia si era espressa in modo da ricondurre direttamente alle navi la titolarità dei diritti alla libera navigazione e al passaggio inoffensivo (cfr. sentenza *Poulsen*, cit., p. I-6048 ss., punto 26 s.; per un analogo rilievo si vedano anche le conclusioni di Kokott, cit., punto 50).

⁵⁸ *Ibidem*, punto 61.

⁵⁹ *Ibidem*, punto 64 s.

delle controversie alquanto efficace. Poco convincente appare poi la tesi secondo la quale la Convenzione non potrebbe essere presa in considerazione al fine di valutare la legittimità della direttiva, in quanto regolerebbe esclusivamente rapporti di tipo interstatale di cui gli individui sarebbero soltanto beneficiari indiretti. La prassi applicativa mostra, infatti, che alcuni Stati hanno accordato alla Convenzione di Montego Bay effetti diretti nell'ambito del proprio ordinamento, riconoscendo ad esempio l'invocabilità da parte dei singoli delle norme sulla libertà di navigazione.

Un ultimo argomento avanzato dalla Corte fa leva sul carattere sinallagmatico della Convenzione, la quale mirerebbe a "stabilire un giusto equilibrio tra gli interessi degli Stati nella loro qualità di Stati rivieraschi e gli interessi degli Stati nella loro qualità di Stati di bandiera, interessi che possono essere contrapposti". Anche questa affermazione *tranchante* non pare meritevole di condivisione. Per quanto, nel caso di specie, della Convenzione venissero in rilievo soprattutto le norme a tutela della libertà di navigazione, risulta pacifico che per lo meno le norme in essa contenute poste a salvaguardia dell'ambiente marino pongono obblighi aventi natura solidale, o più esattamente *erga omnes partes contractantes*⁶⁰. Donde l'impossibilità di qualificare la Convenzione, nel suo complesso, come esclusivamente fondata su principi di reciprocità.

Anche sotto questo profilo, si può ben dire che l'analisi della Corte pertinente alla Convenzione di Montego Bay risulta poco coerente con la giurisprudenza pregressa relativa ad altri accordi internazionali. Ciò è testimoniato, indirettamente, anche dal punto. 63 della sentenza in cui, dopo aver escluso che la Convenzione abbia come finalità la tutela dei singoli, la Corte soggiunge: "[l]'analisi che precede non è invalidata dalla circostanza che la parte XI della Convenzione di Montego Bay associ le persone fisiche e giuridiche all'esplorazione, all'utilizzo e allo sfruttamento del fondo del mare e del relativo sottosuolo al di là dei limiti della giurisdizione nazionale, in quanto la causa in esame non riguarda affatto le disposizioni di tale parte XI". Questa precisazione puntigliosa, rivelatrice probabilmente di talune perplessità emerse all'interno dello stesso Collegio giudicante, pone in risalto come la Corte si sia allontanata dal tradizionale schema logico, in base al quale un trattato esterno deve essere valutato in prima battuta nel suo complesso, senza effettuare partizioni di sorta, prima di passare ad esaminare se alcune sue specifiche disposizioni siano produttive o meno di effetti diretti.

Ad avviso di chi scrive, ammettendo pure che la Convenzione di Montego Bay non sia preordinata a produrre effetti diretti, la Corte avrebbe dovuto egualmente prenderla in considerazione ai fini di valutare la validità della direttiva controversa. Quest'ultima stabilisce infatti all'art. 9 una presunzione di confor-

⁶⁰ In senso conforme a quanto asserito nel testo, si vedano i rilevi svolti da P. PICONE, *Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in V. STARACE (a cura di), *op. cit.*, p. 125 ss.

mità delle proprie disposizioni rispetto alla Convenzione sul diritto del mare, ponendo così le premesse per l'applicazione della dottrina *Fediol*.

Per quanto concerne la Convenzione Marpol 73/78, la Corte ripete quanto già asserito precedentemente all'adozione della direttiva 2005/35/CE nella sentenza *Peralta*⁶¹, escludendo che la Comunità abbia assunto competenze esclusive in tema di inquinamento da navi e che si sia dunque sostituita agli Stati membri nella titolarità degli obblighi posti dalla suddetta Convenzione⁶². La sentenza si allinea dunque con le Conclusioni dell'Avvocato generale nel negare l'applicabilità alla Convenzione Marpol 73/78 delle dottrine *Fediol* e *Nakajima*: dalla circostanza che la direttiva menzioni espressamente un trattato non vincolante la Comunità non deriva – si legge – che “la Corte sia tenuta a sindacare la legittimità di tale direttiva alla luce della detta convenzione”⁶³.

Dopo aver respinto le argomentazioni relative all'illegittimità della direttiva 2005/35/CE, la Corte afferma *en passant* il principio secondo cui “alla luce del principio consuetudinario della buona fede, che fa parte del diritto internazionale generale, e dell'art. 10 CE, la Corte deve interpretare [le disposizioni del diritto derivato che rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione Marpol 73/78] tenendo conto della Convenzione Marpol 73/78”⁶⁴. Nessuna ulteriore indicazione è fornita in proposito dalla Corte, la quale si astiene dal prendere posizione in ordine alla delicata questione affrontata dall'Avvocato generale, circa l'interpretazione conforme da attribuirsi alla nozione di colpa *ex art.* 4 della direttiva.

6. Con la sentenza del 3 giugno 2008, la Corte di giustizia riafferma la propria impostazione tradizionale, secondo cui le norme dei trattati internazionali conclusi dalla Comunità possono essere assunte a parametro di legittimità del diritto comunitario derivato soltanto a condizione che: *a*) appartengano ad un trattato dal contenuto precettivo sufficientemente preciso e incondizionato, nonché preordinato a far sorgere diritti in capo ai singoli; e *b*) siano produttive di effetti diretti. Ritiene quindi che la Convenzione di Montego Bay (con l'esclusione della sua Parte XI) sia inidonea a soddisfare il requisito *sub a*).

Come si è osservato, questa giurisprudenza si iscrive in un orientamento che trova un parallelo nella giurisprudenza di non pochi tribunali statali, tendente a limitare le preminenza del diritto di origine esterna su quello di origine interna. Per un verso, ciò è ascrivibile alla volontà del giudice comunitario di salvaguardare la coerenza dell'ordinamento di appartenenza e di non paralizzare l'esercizio della funzione legislativa. Assai significativa è, sotto questo profilo, la valorizzazione della natura *sui generis* del GATT operata dalla Corte di giustizia, onde consentire agli organi politici della Comunità di mantenere in vita misure

⁶¹ Sentenza del 14 luglio 1994, causa C-379/92, *Raccolta*, p. I-3487 ss., punto 16.

⁶² Sentenza del 3 giugno 2008, cit., punto 48 s.

⁶³ *Ibidem*, punto 50.

⁶⁴ *Ibidem*, punto 52.

contrastanti col regime OMC, anche a costo di sopportare contromisure commerciali, in vista del perseguimento di valori ritenuti di interesse superiore a quello della liberalizzazione del commercio con Paesi terzi, quali la protezione dei consumatori, la salvaguardia della salute e dell'ambiente.

Per altro verso, gli orientamenti maturati nella giurisprudenza della Corte lasciano trasparire la volontà di far sì che il rispetto del diritto internazionale di origine pattizia non costituisca impedimento all'esercizio da parte della Comunità dell'azione esterna tesa allo sviluppo progressivo del diritto internazionale. Questo secondo aspetto risulta prevalente nel settore del diritto del mare, in cui la Comunità ha sempre svolto un ruolo proattivo nell'innovazione del diritto internazionale generale⁶⁵. Si può osservare, al riguardo, che la direttiva 2005/35/CE "salvata" dalla Corte testimonia dell'apprezzabile sforzo volto a favorire la formazione di regole internazionali più severe contro l'inquinamento marino: sforzo già in precedenza assecondato dal giudice di Lussemburgo⁶⁶, il quale si è intensificato sull'onda di gravissimi incidenti che hanno interessato le coste europee, come l'affondamento nel 2002 della petroliera *Prestige*.

Alla luce di quanto appena detto, si può ben comprendere la preoccupazione della Corte di Lussemburgo, in sede di sindacato di legittimità del diritto comunitario derivato, di evitare soluzioni eccessivamente rigide che sanciscano meccanicamente la nullità di qualsivoglia atto comunitario non conforme ai trattati esterni della Comunità. Meno comprensibile pare la strada scelta dalla Corte per graduare la tutela che assiste l'attuazione nell'ordinamento comunitario delle norme di diritto internazionale pattizio. Riservandosi un grandissimo margine di discrezionalità nell'applicazione del *test* volto a individuare i trattati suscettibili di produrre effetti diretti, il giudice di Lussemburgo offre all'interprete l'impressione di orientarsi, in una materia assai sensibile, sulla base di considerazioni di opportunità politica più che di logica giuridica. Oltre a danneggiare il prestigio e la credibilità della Comunità come protagonista della vita di relazioni internazionali⁶⁷, questa giurisprudenza suscita perplessità in ordine alla volontà della Corte di applicare coerentemente il principio secondo cui la Comunità costituisce "una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le

⁶⁵ In merito all'impulso fornito dalla Comunità europea alla formazione di norme di diritto internazionale generale maggiormente orientate alla protezione dell'ambiente marino v. A. GIANELLI, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004, p. 123 ss. e V. FRANK, *op. cit.*, p. 235 ss.

⁶⁶ Cfr. in particolare la sentenza resa dalla Corte il 24 novembre 1993 nel caso *Mondiet*, causa C-405/92, *Raccolta*, p. I-6166 ss. La Corte si è rifiutata di dichiarare nullo un regolamento del Consiglio che limitava l'uso di reti da posta derivanti di lunghezza superiore a 2,5 km, ritenendo che, adottando una misura in linea con le tendenze evolutive del diritto internazionale consuetudinario, il Consiglio non avesse ecceduto i limiti del proprio potere discrezionale (*ivi*, punto 36).

⁶⁷ Questo aspetto è messo particolarmente in rilievo da V. CONSTANTINESCO, D. SIMON, *Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes*, in *RTDE*, 1975, p. 454.

sue istituzioni sono sottratte al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato”⁶⁸.

Nel suo corso tenuto all’Accademia di diritto internazionale dell’Aja, dedicato a “L’unité de l’ordre juridique international”, P.-M. Dupuy rilevava come “la question de l’examen des rapports entre droit international et droit communautaire n’est pas un problème euro-européen, qui manquerait par là d’intérêt pour un Chinois, un Javanais, ou un Américain. Elle a valeur de test”⁶⁹. Il risultato del *test* che ci viene fornito dalla giurisprudenza comunitaria in tema di adattamento ai patti internazionali è a dir poco deludente e si pone certo in netto contrasto con le aspirazioni universalistiche e “cosmopolitiche” verso una maggiore integrazione della comunità internazionale. Promotrice di un monismo spinto nei rapporti fra diritto comunitario e diritti degli Stati membri, la Corte di giustizia mostra un atteggiamento assai cauto allorché si tratti di stabilire i rapporti intercedenti fra il diritto interno (comunitario) e il diritto internazionale, e non risulta estranea alle tentazioni isolazionistiche cui cedono, troppo spesso e per altri versi, le organizzazioni intergovernative operanti prevalentemente nel settore economico e finanziario.

Ad avviso di chi scrive, più correttamente la Corte avrebbe potuto giustificare la mancata osservanza, da parte della Comunità, delle norme contenute in trattati esterni, facendo valere il contrasto di dette norme con regole e principi dotati di rango superiore nel quadro del diritto comunitario. Nel caso qui preso in esame, la normativa adottata dal legislatore comunitario al fine di tutelare in maniera più incisiva l’ambiente marino, evidentemente anche in vista dell’affermazione di norme internazionali non scritte maggiormente avanzate, avrebbe potuto sfuggire alla censura della Corte in quanto mirante alla realizzazione del principio di precauzione, affermatosi ormai come principio generale di diritto comunitario⁷⁰.

⁶⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts contro Parlamento*, *Raccolta*, p. 1357 ss., punto 23. Per alcune considerazioni critiche sulla politica esterna della Comunità, sotto il profilo del mancato rispetto del principio della *rule of law*, v. BOURGEOIS, *Les relations extérieures de la Communauté européenne et la règle de droit: quelques réflexions*, in *Liber amicorum Pierre Pescatore*, cit., p. 59 ss.

Come ha sottolineato l’Avvocato generale Saggio nelle sue conclusioni rese nel caso *Portogallo c. Consiglio*, cit., p. I-8397 ss.), il fatto che atti comunitari contrastanti con obblighi assunti dalla Comunità a mezzo di accordi non possano essere impugnati per via giudiziaria – dato che le norme internazionali con essi contrastanti sono giudicate improduttive di effetti diretti – dà adito a seri problemi sul piano delle relazioni esterne, potendo comportare il sorgere della responsabilità internazionale della Comunità.

⁶⁹ V. *RCADI*, vol. 297, 2002, p. 438.

⁷⁰ Cfr. in tal senso M. GESTRI, *La portata normativa del principio di precauzione nel diritto comunitario: gestione politica del rischio e controllo giurisdizionale*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, p. 473 ss. Si è a lungo dibattuto su quale sia il rapporto gerarchico intercedente fra le norme contenute nei trattati esterni e i principi generali dell’ordinamento comunitario. Accogliendo la tesi avanzata da G. GAJA, *Trends in Judicial Activism and Judicial Self-Restraint Relating to Commu-*

Abstract

Pacta sunt servanda? The Court of Justice Judgement in the *Intertanko* Affair (Case C-308/06) and the Adaptation of the Community Legal Order to International Conventional Law

In its judgement issued on 3 June 2008 in the C-308/06 case, the European Court of Justice was called to give a preliminary ruling concerning the validity of Directive 2005/35 on ship-source pollution and on the introduction of penalties for infringements, on the grounds *inter alia* of incompatibility with the United Nations Convention on the Law of the Sea. Distancing from the conclusions of Advocate General Kokott, the Court held that UNCLOS does not establish rules intended to apply directly and immediately to individuals and it cannot be taken into account to assess the validity of Community acts. This article comments upon the Court's legal reasoning by questioning its correctness and coherence with the previous case-law. It concludes by highlighting the negative consequences of the approach followed by the Court both for the Community's credibility on the international level and for the consolidation of the "community of law" principle.

nity Agreements, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague-Boston-London, 2002, p. 128, la Corte si è finalmente pronunciata sul punto nella recente sentenza 3 settembre 2008, cause riunite C-402 e 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Senza lasciare spazio ad equivoci, essa ha statuito infatti che gli obblighi imposti da un trattato esterno non possono prevalere né sul diritto primario, né sui principi generali di diritto comunitario derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni (cfr. in particolare il punto 308 della sentenza).

Il rapporto tra diritto comunitario e giudicato nazionale: meccanismi di *balance* e meccanismi di *by-pass*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La cedevolezza del diritto comunitario nella giurisprudenza degli ultimi anni Novanta. – 3. La responsabilità dello Stato derivante da atti giudiziari. – 4. La (apparentemente) definitiva affermazione della certezza del diritto sul primato del diritto comunitario. – 5. La disapplicazione dell'art. 2909 c.c. – 6. Un problema da risolvere sul piano dei principi.

1. Le fonti cui hanno fatto riferimento i giudici della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario sono diverse. Talora si sono ispirati ai Trattati. Si pensi all'art. 10 TCE; tale articolo ha permesso ai giudici di prendere posizione in molteplici pronunce e di elaborare rilevanti principi, leale cooperazione e primato del diritto comunitario, *in primis*¹. Più spesso, tuttavia, la Corte si è avvalsa di fonti estranee all'ordinamento comunitario, come gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

La progressiva estensione dell'area di pertinenza dei principi dell'ordinamento comunitario ha finito per coinvolgere anche il rapporto tra il diritto dell'Unione europea ed una delle caratteristiche fondamentali dello Stato di diritto: il giudicato.

Il "giudicato" o, più precisamente, l'"autorità del giudicato", è una figura di risalente origine conosciuta da buona parte degli ordinamenti giuridici contemporanei². Ancorché vi siano delle potenziali insidie sul piano semantico³, con esso la più autorevole dottrina, precisando il celebre adagio di Modestino "res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit"⁴, intende "l'affermazione indiscutibile e obbligatoria per i giudici di tutti i futuri

¹ F. GENTILI, *Il principio comunitario di cooperazione nella Giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E.*, in *Cons. St.*, 2004, p. 233 ss. Secondo l'autore, il principio di leale cooperazione è espressione del principio del primato del diritto comunitario in tutte le sue forme.

² Peraltro, vi è una storica disputa tra quanti ritengono che il giudicato sia un autonomo istituto e quanti, "al contrario", ritengono che quelli che normalmente sono considerati "effetti del giudicato" in realtà sono dei semplici "effetti della sentenza". In questa sede, tuttavia, non interessa indugiare in tale discussione.

³ Con particolare riguardo alla esatta traduzione dei termini *res iudicata* e *iudicatum* v. G. PUGLIESE., voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *EdD*, XVIII, 1969, p. 866 ss.

⁴ Digesto 42.1.1.

giudizi, di una volontà concreta di legge, che riconosce o disconosce un bene della vita a una delle parti”⁵.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’ultimo decennio il rapporto tra diritto dell’Unione europea e giudicato nazionale è stato oggetto di un’approfondita analisi che ha comportato l’emanazione di alcune pronunce, talora accolte con criticità dai commentatori, le quali, riguardate *a posteriori*, mostrano l’inesattezza delle chiavi di lettura apparentemente più semplici e richiedono di essere interpretate armonicamente.

2. Il punto di partenza dell’analisi di tale rapporto è la sentenza *Eco Swiss* del 1999. La Corte si esprime sulla questione pregiudiziale sollevata da un giudice olandese che domanda quali siano le conseguenze di una infrazione del diritto comunitario (segnatamente dell’art. 81 TCE) contenuta in un lodo arbitrale divenuto definitivo (ossia non impugnato nel termine di legge)⁶. L’art. 1059 del codice di procedura civile dei Paesi Bassi dispone che di regola il lodo arbitrale acquista autorità di cosa giudicata nel momento in cui viene pronunciato. Contro di esso è ammessa impugnazione per nullità entro tre mesi e tra le cause di nullità è ricompresa la violazione di legge. La Corte, su questi presupposti, esclude che il giudice nazionale abbia l’obbligo di disapplicare le citate norme interne di diritto processuale anche laddove ciò sia necessario, nel procedimento d’impugnazione per nullità contro un lodo arbitrale successivo, per esaminare se un contratto (dichiarato valido dal lodo passato in giudicato) sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l’art. 81 TCE. Secondo la Corte, la previsione di termini perentori per esercitare l’azione di nullità si giustifica “in virtù dei principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali il principio della certezza del diritto e quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce l’espressione”.

Se non ci si limita al dispositivo ma si segue l’*iter* logico della Corte, la sentenza *Eco Swiss* non sembra avere una portata rivoluzionaria. In particolare il riferimento ai principi della certezza del diritto e del rispetto della cosa giudicata come *principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale* sem-

⁵ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, p. 324. Una precisazione si rende necessaria. La dottrina italiana, sul piano civilistico suole generalmente distinguere tra giudicato “sostanziale” (si ha ogni qual volta sussiste l’autorità di giudicato, i requisiti della quale sono indicati dall’art. 2909 c.c.) e giudicato “formale” (passaggio in giudicato nei casi indicati dall’art. 324 c.p.c.). In questo testo i termini “giudicato” e “cosa giudicata” verranno ovviamente intesi nel senso “sostanziale”.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV.*, *Raccolta*, p. I-3055. In dottrina v. S. BASTIANON, *L’arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 471 ss.; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *RdA*, 1999, p. 665 ss.; C. PUNZI, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell’arbitrato*, *ivi*, 2000, p. 235 ss.; L. LAUDISA, *Gli arbitri e il diritto comunitario della concorrenza*, *ivi*, pp. 591-602; A. RIZZO, *Giudicato interno e ordine pubblico comunitario*, in *EDP*, 2000, p. 667 ss.

brerebbe suggerire un'interpretazione del dispositivo quale mera applicazione dell'autonomia processuale piuttosto che individuazione di un nuovo principio dell'ordinamento comunitario.

La nozione di autonomia processuale e procedurale degli Stati membri è stata introdotta da una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, molto tempo prima della sentenza *Eco Swiss*. In virtù di tale principio “in mancanza di una specifica disciplina comunitaria è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale”⁷. In sostanza, le norme e gli istituti in ambito processuale e procedimentale non riguardano il diritto comunitario, a meno che: (a) le politiche comunitarie non richiedano particolari adattamenti, (b) tali norme o istituti in qualche modo non ostino alla corretta e uniforme applicazione del diritto europeo ovvero (c) non sia comunque ad esso riservato un trattamento meno favorevole rispetto al diritto interno (principio di equivalenza).

A ciò si aggiunga che relativamente alla durata dei termini di prescrizione e di decadenza delle situazioni giuridiche soggettive in ambito procedurale la Corte di giustizia esige il rispetto del c.d. principio di effettività. Tale necessità è stata affermata tenacemente da un indirizzo giurisprudenziale che ha la sentenza *Rewe* come caposaldo⁸. Il principio di effettività impone che “le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario”⁹.

In effetti nella sentenza *Eco Swiss* il giudice comunitario dimostra di aver tenuto in considerazione il principio di autonomia processuale quando afferma che il termine di tre mesi previsto dal citato art. 1059 “non sembra troppo breve in rapporto a quelli fissati negli ordinamenti giuridici degli altri Stati membri” e

⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976, causa 45/76, *Comet*, *Raccolta*, p. 2043 ss., punto 13; v. anche le sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe-Zentralfinanz*, *ivi*, p. 1989 ss., punto 5; del 28 settembre 1994, causa C-128/93, *Fisscher*, *Raccolta*, p. I-4583 ss., punto 39; del 6 dicembre 1994, causa C-410/92, *Johnson*, *ivi*, p. I-5483 ss., punto 21; del 14 dicembre 1995, cause riunite C-430 e 431/93, *Van Schijndel e Van Veen*, *ivi*, p. I-4705 ss., punto 17; dell'11 dicembre 1997, causa C-246/96, *Magorrian e Cunningham*, *ivi*, p. I-7153 ss., punto 37.

⁸ Cfr. sentenza *Rewe-Zentralfinanz*, *cit.*, punto 5. Cfr. inoltre, la sentenza *Comet*, *cit.*, punti 12-16; e le sentenze della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, *Raccolta*, p. I-4599 ss., punto 12; del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, *ivi*, p. I-6297 ss., punto 29; del 19 giugno 2003, causa C-467/01, *Eribrand*, *ivi*, p. I-6471 ss., punto 62; dell'11 settembre 2003, causa C-13/01, *Safalero*, *ivi*, p. I-8679 ss., punto 49; del 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, *ivi*, p. I-2271 ss., punto 43.

⁹ Cfr. sentenza *Unibet*, punto 43.

“non è tale da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario”.

3. Trascorsi quattro anni, la sentenza la *Eco Swiss* è stata richiamata dalla Corte nella sentenza *Köbler*¹⁰ in questi termini: “occorre rilevare che l’importanza del principio dell’autorità della cosa definitivamente giudicata non può essere contestata. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l’esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione”. Tale affermazione non pare meno ermetica delle precedenti. Non è dato sapere, infatti, se i principi menzionati appartengano all’ordinamento comunitario o agli ordinamenti nazionali, ovvero ad entrambi. Tuttavia la Corte precisa che “il ricorrente in un’azione per responsabilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest’ultimo a risarcire il danno subito, ma *non necessariamente* che sia rimessa in discussione l’autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giurisdizionale che ha causato il danno” (corsivo aggiunto). La locuzione “non necessariamente” dimostra che la Corte ha preso in considerazione ed avallato l’ipotesi di un ordinamento che disconosca l’intangibilità del giudicato in caso di errore del giudice. Cosa che non potrebbe accadere se l’intangibilità del giudicato nazionale fosse un principio dell’ordinamento comunitario.

Con la sentenza *Köbler* per la prima volta a livello comunitario viene contemplata la responsabilità dello Stato derivante da atti giudiziari, dunque si estende quel celebre filone giurisprudenziale stratificatosi con le celebri sentenze *Van Gend & Loos* del 1963, *Francovich* del 1991, e *Brasserie du Pêcheur - Factortame* del 1996¹¹.

Il fatto che venga applicato il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati al risarcimento dei danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario loro imputabili anche all’ipotesi in cui tale violazione derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, può far pensare ad un passo in avanti nel progressivo abbattimento del concetto di intangibilità del giudicato nazionale. Tale idea è corretta solo in parte. Certamente non si può negare che accordare un risarcimento a chi sia stato vittima di un errore giudiziario contribuisca a destituire di fondamento la concezione del giudicato quale entità intangibile. In tal modo si

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Gerhard Köbler c. Repubblica austriaca*, Raccolta, p. I-10239 ss.

¹¹ Rispettivamente: sentenze della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, Raccolta, p. 3 ss.; del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich e a. c. Repubblica italiana*, ivi, p. I- 5357 ss.; del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Repubblica tedesca e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e a.*, ivi, p. I-1029 ss. V. la lucida ricostruzione di M. BREUER, *State Liability for Judicial Wrongs and Community Law: The Case of Gerhard Köbler v. Austria*, in *ELR*, 2004, p. 243 ss.

dimostra come il diritto riconosca e ammetta l'errore del giudice e si esclude il dogma dell'onnipotenza della sua cognizione riportando il problema ad una logica di semplice opportunità, di mera ponderazione di principi contrastanti. Il risultato è che l'esigenza di certezza del diritto e di stabilità nei rapporti giuridici impedisce di attribuire una "tutela reale" al cittadino bensì solo una "tutela obbligatoria". Tuttavia la precedente affermazione non è corretta nella misura in cui dovesse intendere la sentenza *Köbler* come una sorta di "tappa intermedia" tra la *Eco Swiss* e la sentenza *Lucchini*¹² (che si analizzerà in seguito)¹³. A ben vedere, il diritto al risarcimento del danno da atti giudiziari sembra avere due presupposti necessari¹⁴: la violazione del diritto comunitario e il passaggio in giudicato della decisione giurisdizionale (che si ricava implicitamente dal fatto che il risarcimento è contemplato "solo" nel caso in cui la decisione sia stata adottata da un giudice di ultima istanza)¹⁵. Pertanto è vero che vi è un superamento del giudicato, ma è altrettanto vero che il diritto al risarcimento in tanto sussiste in quanto il provvedimento sia passato in giudicato e ciò in qualche modo "istituzionalizza" il giudicato nazionale, rinforzandone la considerazione a livello europeo. Per quanto riguarda poi gli effetti della sentenza *Köbler* riguardati dal punto di vista degli ordinamenti interni, la più autorevole dottrina rileva come la configurazione di una responsabilità da atti giudiziari metta seriamente a repentaglio l'indipendenza del giudice¹⁶.

4. Nel 2006, con la sentenza *Kapferer*¹⁷, finalmente alla Corte è stato chiesto se, a fronte di una violazione del diritto comunitario contenuta in un provvedimento di un giudice nazionale passato in giudicato, l'art. 10 TCE non imponga all'autorità giudiziaria nazionale di riaprire il procedimento al fine di riesaminare la questione in conformità al diritto comunitario. In altre parole, in caso di violazione da parte di un provvedimento giurisdizionale dell'obbligo degli Stati di cooperare lealmente con l'Unione e le sue istituzioni (che importa la necessità di una fedele ed uniforme applicazione ed interpretazione del diritto europeo), al

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'industria, commercio e artigianato c. Lucchini*, *Raccolta*, p. I-6199 ss. In dottrina, si veda, anche per ulteriori richiami bibliografici, G. GATTINARA, *Obbligo di recupero degli aiuti illegali e incompatibili e res judicata nazionale: il caso Lucchini*, in questa *Rivista*, 2008, p. 639 ss.

¹³ Ad es. P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1591 ss. ritiene che il diritto comunitario conduca da tempo "un sottile lavoro di erosione ai fianchi della nozione tradizionale di cosa giudicata, nel quadro di un lento ma concreto cammino di mutazione genetica di molte delle categorie del diritto processuale", e cita come "segnale" di tale processo la sentenza *Köbler*.

¹⁴ Sempreché la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese.

¹⁵ Di questo avviso anche M. T. STILE, *Il problema del giudicato di diritto interno in contrasto con l'ordinamento comunitario o con la CEDU*, in *DCSI*, 2007, p. 237 ss.

¹⁶ Come rileva G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *NGCC*, 2005, p. 1 ss.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Rosmarie Kapferer contro Schlank & Schick GmbH*, *Raccolta*, p. I-2585 ss.

cittadino è assicurato solo un risarcimento alle condizioni previste dalla sentenza *Köbler*, ovvero anche la possibilità di ottenere un nuovo provvedimento, questa volta conforme al diritto europeo? La Corte, rammentando “l’importanza che il principio dell’autorità della cosa giudicata riveste sia nell’ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali”, esclude che il principio di cooperazione derivante dall’art. 10 TCE imponga “ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario”. Non è dato sapere, tuttavia, se a livello comunitario l’autorità del giudicato rilevi con esclusivo riguardo alla definitività degli atti delle istituzioni comunitarie¹⁸ ovvero se interessi anche con riferimento ai provvedimenti giurisdizionali interni che applicano il diritto comunitario¹⁹.

5. Le sentenze *Eco Swiss*, *Köbler* e *Kapferer* hanno indotto a pensare che “il bilanciamento tra l’interesse all’applicazione del diritto comunitario e la certezza del diritto assicurata dall’autorità della cosa giudicata si conclude sempre in favore di quest’ultima”²⁰. Come detto, a ciò fa da contrappeso la responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a seguito di violazioni del diritto comunitario imputabili a giudici di ultima istanza²¹. In tal contesto, nel 2007 la Corte ha pronunciato la sentenza *Lucchini*.

Il Consiglio di Stato italiano, nell’ambito di un ricorso presentato dalla Lucchini Siderurgica S.p.A. contro una decisione ministeriale che disponeva il recupero di un aiuto di Stato, con ordinanza n. 516/2005 si è rivolto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo quali siano i principi di diritto comunitario applicabili alla revoca di un atto nazionale di concessione di aiuti di Stato incompatibili con il diritto comunitario, adottato in applicazione di una pronuncia giurisdizionale nazionale che ha acquisito autorità di cosa giudicata. La

¹⁸ Cfr. ad esempio, per quanto riguarda le pronunce della Corte di giustizia, la sentenza del 19 febbraio 1991, causa C-281/89, *Italia c. Commissione, Raccolta* p. I-347, punto 14, nella quale si precisa: “Va opportunamente rilevato che l’autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto che sono stati effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale”; v. anche l’ordinanza del 28 novembre 1996, causa C-277/95 P, *Lenz c. Commissione, Raccolta*, p. I-6109 ss. e le sentenze del 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, *ivi*, p. I-833, punto 13; del 15 ottobre 2002, cause riunite C-238, 244, 245, 247, 250, 251, 252 e 254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione, ivi*, p. I-8375; del 22 ottobre 2002, causa C-241/01, *National Farmers’ Union, ivi*, p. I-9079, punto 34

¹⁹ Come ritiene C. DI SERI, *L’intangibilità delle sentenze “anticomunitarie”*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1091 ss.

²⁰ *Ibidem*, p. 1093.

²¹ In questo indirizzo giurisprudenziale v. anche la sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana, Raccolta*, p. I-5177 ss.

Grande sezione, in questo caso, ritiene che il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione come l'art. 2909 c.c., volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, "nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva".

Nonostante che le motivazioni della Corte abbiano spesso un forte valore didascalico, questa volta essa si esprime in maniera molto succinta e, sorvolando il problema dei principi, sembra condurre un ragionamento molto semplice, quasi scontato. In realtà i giudici, con tutta probabilità intenzionalmente, evitano di addentrarsi nel ginepraio di principi che sanno bene celarsi dietro l'articolo 2909 c.c.

Nel tentativo di interpretare la sentenza coerentemente con i precedenti giurisprudenziali va detto che il caso *Lucchini* non è solo un chiaro esempio di violazione del principio di leale cooperazione tra uno Stato membro e la Comunità e le sue istituzioni, ma è anche un'ipotesi di eccezionale gravità, in quanto la violazione è stata commessa con il concorso di tutti i tre poteri dello Stato. Del legislatore italiano, che ha adottato una normativa sugli interventi nel Mezzogiorno contraria al diritto comunitario, dell'amministrazione, che ha omesso di collaborare con la Commissione, ma soprattutto, come rileva l'Avvocato generale Geelhoed, dei giudici interni che, investiti della causa, "o per ignoranza o per incuria, hanno compiuti gravi errori, sia in primo grado sia in sede di appello"²².

Ora, non è dubitabile che tale situazione paradossale ha spinto i giudici della Corte a pronunciarsi in maniera tanto innovativa. Tuttavia, poiché la pronuncia di un tribunale deve sempre rimanere nel naturale alveo delle possibili interpretazioni della norma scritta, si ritorna al *leit motiv* iniziale di questo scritto: cercare di conferire coerenza al contesto giurisprudenziale in esame, tentando di individuarne il filo conduttore²³.

6. Si è già criticata la teoria del "progressivo scardinamento" del giudicato. In primo luogo non sembra plausibile l'idea che con il caso *Lucchini* il giudicato interno sia stato definitivamente travolto a livello comunitario. In secondo luogo, questa impostazione sembra presupporre il contrasto di tale pronuncia con i suoi precedenti, in particolare con la citata sentenza *Kapferer*. Infatti se ciò corrispondesse al vero si potrebbe dire tutto, tranne che la Corte si è dimostrata coerente sentenza dopo sentenza²⁴.

Innanzitutto la coerenza esige che un problema affrontato sul piano dei principi venga portato avanti ed esaminato su tale piano. Come si è cercato di mettere in evidenza, il punto di partenza è che le sentenze *Eco Swiss*, *Köbler* e

²² Conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 14 settembre 2006, causa *Lucchini*, cit., punto 65.

²³ Si tratta in altri termini di cercare di interpretare la sentenza *Lucchini* in modo coerente con i precedenti.

²⁴ *Contra*, F. LAJOLO, *L'Europa abbatte un mito: il giudicato*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 724 ss.

Kapferer non introducono l'intangibilità del giudicato interno nel novero dei principi dell'ordinamento comunitario.

A ben vedere, su un piano notevolmente più generale, la Corte fin dall'inizio degli anni Sessanta ha dimostrato di annoverare la "certezza del diritto" tra i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario²⁵. Essa ha precisato, nella sentenza *Duff* (in materia di legittimo affidamento), che detto principio esige che le norme giuridiche siano chiare e precise, ma soprattutto, per quel che qui interessa, che esso è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario²⁶. Non c'è dubbio che il giudicato interno, laddove venga applicato il diritto comunitario, abbia anche e soprattutto questo scopo. Pertanto alle tre "classiche" conseguenze del principio comunitario della certezza del diritto, così come individuate dalla Corte di giustizia, vale a dire legittimo affidamento²⁷, rispetto dei diritti quesiti²⁸ e non retroattività degli atti normativi²⁹, se ne deve aggiungere una quarta: "intangibilità del giudicato interno".

I medesimi principi ricevono spesso nella giurisprudenza della Corte una qualificazione diversa e dunque vengono anche utilizzati diversamente nel tentativo di adattarne il significato in relazione alle singole fattispecie oggetto di esame. Non solo, nulla impedisce che due diversi principi dell'ordinamento comunitario, perfettamente compatibili in astratto, vengano a contrastare in concreto. In tal caso la Corte è chiamata ad un'opera di contemperamento particolarmente difficile, in quanto si dovrebbe fare di tutto per evitare possibili fraintendimenti.

Le sentenze *Eco Swiss*, *Köbler*, *Kapferer* e *Lucchini* sono esempi di contrasto tra principi dell'ordinamento comunitario. Da una parte c'è la certezza del diritto, sottesa alla nozione di giudicato. Dall'altra la leale cooperazione, desunta dall'art. 10 TCE che impone agli Stati membri di dare correttamente esecuzione agli obblighi derivanti dal diritto comunitario. L'importanza del caso *Lucchini* deriva dal fatto che, per la prima volta, la Corte ha risolto il conflitto a favore dell'art. 10, richiedendo al giudice *a quo* di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario, disapplicando la disposizione interna contrastante (nel caso di specie l'art. 2909 c.c.)³⁰.

Dunque, il fatto (già di per sé opinabile) che la *primauté* del diritto comunitario non conosca limiti o "controlimiti" a livello nazionale, non significa che

²⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 22 marzo 1961, cause riunite 42 e 49/59, *Société nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple c. Alta Autorità della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, *Raccolta*, p. 99 ss., e del 6 aprile 1962, causa 13/61, *De Geus*, *ivi*, p. 89 ss.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Fintan Duff e a.*, *Raccolta*, p. I-569 ss.

²⁷ *Ibidem*, punto 20.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1957, causa 7/56, *Algera*, *Raccolta*, p. 81.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 1985, causa 234/83, *Hauptzollamt*, *Raccolta*, p. 327.

³⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, *Raccolta*, p. 629, punti 21-24; dell'8 marzo 1979, causa 130/78, *Salumificio di Cornuda*, *ivi*, p. 867, punti 23-27; del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame e a.*, *ivi*, p. I-2433, punti 19-21.

non ne possa incontrare a livello comunitario, come è avvenuto nei casi *Eco Swiss*, *Köbler* e *Kapferer*. Allo stesso modo la certezza del diritto comunitario è destinata a venir meno laddove se ne accerti una clamorosa violazione, com'è avvenuto nel caso *Lucchini*.

7. Meritano di essere richiamate anche le sentenze *Kühne & Heitz*³¹ e *Kempter*³², la cui particolarità rispetto alla giurisprudenza richiamata in precedenza sta nell'aver affrontato il medesimo problema da una diversa prospettiva, passando dal piano astratto a quello concreto. La Corte ha, infatti, affermato che il principio di leale cooperazione di cui all'art. 10 TCE impone alle amministrazioni nazionali di riesaminare decisioni amministrative definitive nel caso in cui queste risultino in contrasto con una norma comunitaria, così come interpretata dalla stessa Corte nel contesto di una sopravvenuta sentenza pregiudiziale. Ciò, però, esclusivamente al concorrere di quattro condizioni cumulative. L'amministrazione nazionale deve disporre, secondo la normativa interna, del potere di ritornare su tale decisione, la decisione in questione deve essere divenuta definitiva in seguito alla pronuncia di un giudice nazionale di ultima istanza, in tale procedimento alla Corte non debbono essere state rivolte questioni pregiudiziali sul punto controverso *ex art.* 234, n. 3 TCE e, infine, l'interessato deve essersi rivolto all'amministrazione immediatamente dopo essere stato informato della sentenza della Corte. Nonostante possa sembrare *ictu oculi*, l'approccio dei giudici europei al giudicato nella sentenza *Kühne* non è assolutamente paragonabile a quello della sentenza *Lucchini*. La possibilità di riesaminare i provvedimenti definitivi dell'amministrazione e, dunque, questa differenza di trattamento, deriva, in sostanza, da quella che è la caratteristica fondamentale dei rapporti che fanno capo alla pubblica amministrazione (tra le espressioni più importanti del suo potere di autotutela): la loro modificabilità per volontà unilaterale dell'amministrazione stessa. Così è previsto dalle leggi sul procedimento amministrativo della quasi totalità degli Stati membri³³. Nel caso, viceversa, in cui tale potere di autotutela fosse escluso dalla legge nazionale non avrebbe alcun senso una differenziazione di trattamento tra le decisioni amministrative definitive (riesaminabili secondo la sentenza *Kühne & Heitz*) e le sentenze passate in giudicato pronunciate da qualsiasi organo giurisdizionale interno. In altre parole il giudicato viene superato dalla Corte di giustizia,

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, *Raccolta*, p. I-837 ss.

³² Sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³³ Sarà particolarmente interessante osservare l'impatto di tale pronuncia in Italia, in quanto la recente giurisprudenza interna, soprattutto in campo tributario, ha escluso la possibilità di porre in discussione un provvedimento giurisdizionale passato in giudicato semplicemente richiedendo all'autorità amministrativa di provvedere in difformità allo stesso e impugnarne il successivo diniego. Ciò sembra rompere il legame tra giudicato e autotutela, che, viceversa, la Corte di giustizia contribuisce a rinforzare. V. decisione della Commissione tributaria di Trento del 18 dicembre 2007, n. 128.

facendo leva sull'autotutela, trasformando la facoltà di riaprire il procedimento amministrativo in obbligo (se già non lo fosse)³⁴. Pertanto, dal punto di vista del rapporto tra *res iudicata* e diritto comunitario, è più giusto paragonare la sentenza *Kühne* alla *Köbler*. Entrambe, infatti, ferma restando l'intangibilità del giudicato, hanno introdotto dei rimedi contro la conseguente violazione del diritto comunitario: ora l'obbligo di riesame da parte dell'amministrazione, ora la responsabilità dello Stato membro derivante da atti giudiziari. Pare, pertanto, appropriato parlare di "meccanismi di *by-pass*" del giudicato. In tutte le altre sentenze cui si è fatto riferimento, come si è cercato di dimostrare, a prevalere è, per converso, la ponderazione degli interessi sottesi a diversi principi dell'ordinamento comunitario: ora prevalendo la certezza del diritto (*Eco Swiss e Kapferer*), ora il primato del diritto comunitario (*Lucchini*). In questo caso appare, dunque, più opportuno parlare di "meccanismi di *balance*".

La sentenza *Kühne* dimostra, inoltre, come la certezza del diritto affermata dalla Corte di giustizia a partire dagli anni Sessanta, altro non è che la "certezza del diritto comunitario", la quale, spesso e volentieri, non coincide con quella degli ordinamenti interni. In tale sentenza, infatti, ancorché la Corte sia riuscita a superare il giudicato ed a salvaguardare la certezza del diritto, non è chi non vede come l'obbligo per l'amministrazione di riesaminare i provvedimenti definitivi contrastanti con una successiva giurisprudenza della Corte possa determinare, a livello interno, una situazione di assoluta incertezza³⁵.

Abstract

EC Law and National *res iudicata* in the ECJ Case-law: Balance and By-pass Processes

This article discusses the relationship between the EC Law and national *res iudicata* as it is resolved by the case-law of the European Court of Justice. It aims to find a common thread within the most important judgements. The purpose is to prove that, even if *prima facie* it could seem that there is a *revirement*, all the judgements have instead the same key of interpretation, although its precise specification is still in progress. In order to resolve the problem, there is the need for a discussion regarding general principles.

³⁴ Per uno studio approfondito sull'autotutela, sulla sentenza *Kühne & Heitz* e, più in generale, sul rapporto tra provvedimenti amministrativi e diritto comunitario v. G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *DUE*, 2007, p. 747 ss.

³⁵ Ad esempio, sarà interessante valutare la risposta che darà la Corte di giustizia alla Corte di Cassazione italiana che, con l'ordinanza n. 26996 del 21 dicembre 2007, ha sollevato una questione pregiudiziale per richiedere se il giudicato deve essere compreso qualora una sua possibile applicazione contrasti con le disposizioni di diritto comunitario concernenti il settore dell'imposta sul valore aggiunto.

Indeed, it is understandable that in some contexts the Court used balancing mechanisms between the primacy of the EC Law and the rule of law, whereas in others the Court preferred to get around the problem, using some expedients as the obligation on an administrative body to review a final administrative decision (in order to take account of the interpretation of the relevant provision given in the meantime by the Court) and the liability of a Member State for damage caused to individuals by infringements of Community law for which it is responsible.

Commento alla sentenza C-296/08 PPU: il caso *Goicoechea* e il secondo rinvio pregiudiziale d'urgenza

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il procedimento pregiudiziale d'urgenza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia – 3. Analisi dei contesti fattuale e giuridico relativi alla pronuncia della Corte di giustizia – 4. Spunti critici sul mandato d'arresto europeo.

1. Il presente contributo si propone di commentare la sentenza della Corte di giustizia del 12 agosto 2008 nel caso *Goicoechea*¹, che rappresenta, a nostro avviso, una pronuncia di grande rilevanza giacché al suo interno affronta due questioni di estremo interesse. Infatti, da un lato costituisce la seconda applicazione del nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza², dall'altro affronta un tema senza dubbio sensibile, quale il mandato d'arresto europeo³, che può essere considerato come il primo passo verso il mutuo riconoscimento in materia penale e, dunque, verso la “costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che l'Unione offre ai suoi cittadini”⁴.

In quest'ottica, essenziale sarà l'analisi del nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza, con riferimento alle motivazioni che hanno condotto la Corte di giustizia a proporre – ai sensi dell'art. 223, 6° comma TCE, e dell'art. 139, 6° comma, CEEA – dinnanzi al Consiglio una modifica del suo Statuto e del suo regolamento di procedura. Particolare attenzione sarà dedicata alle caratteristi-

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 12 agosto 2008, causa C-296/08 PPU, *Goicoechea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

² Sul punto si veda la decisione del Consiglio 20 dicembre 2007 recante modifica del protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia e modifiche del regolamento di procedura della Corte di giustizia adottate dalla stessa il 15 gennaio 2008, *GUUE* L 24, 29 gennaio 2008, p. 39.

³ L'istituto del mandato d'arresto europeo è stato introdotto mediante la decisione quadro 2002/584/GAI, del Consiglio, del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, *GUCE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1 ss.

⁴ In argomento, ci limitiamo a rinviare a: V. BAZZOCCHI, *Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali*, in *DUE*, 2007, p. 661 ss.; A. DI STASI, *Libertà e sicurezza nello spazio giudiziario europeo: mandato d'arresto e “statuto” dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *DCSI*, 2007, p. 658; sulla questione v. in maniera più approfondita *infra*, par. 4.

che della nuova procedura e agli effetti che questa ha prodotto fino a questo momento⁵. Dal quadro così delineato sarà opportuna l'analisi del contesto fattuale e giuridico relativo alla domanda pregiudiziale e della pronuncia della Corte, che ci ha indotto a qualche considerazione critica sull'istituto del mandato d'arresto europeo.

2. È noto che il rinvio pregiudiziale, di cui all'art. 234 TCE, ha rappresentato nel corso del processo di integrazione europea uno dei più validi strumenti di cooperazione tra giudici nazionali e giudici comunitari⁶. Questo istituto prevede la richiesta, da parte di un giudice nazionale⁷, di supporto della Corte di giustizia per la soluzione di una controversia che coinvolge una norma comunitaria, realizzando in questo modo uno dei principi cardine dell'ordinamento comunitario, che è quello della leale collaborazione di cui all'art. 10 TCE⁸.

Ai fini della nostra trattazione occorre rilevare le importanti novità apportate dal Trattato di Amsterdam in relazione all'utilizzo del rinvio pregiudiziale: è stata, infatti, prevista la possibilità di ricorrere al rinvio pregiudiziale per l'interpretazione delle norme del titolo IV TCE e degli atti adottati nel contesto di tale titolo, anche se limitatamente ai giudici di ultima istanza e "senza specificare se si tratta di un obbligo o di una facoltà"⁹.

Di ben altra natura sono, invece, le norme in tema contenute nei Trattati di riforma firmati a Lisbona nel dicembre 2007 e non ancora entrati in vigore¹⁰,

⁵ A questo proposito occorre specificare che ad oggi sono solo due le pronunce della Corte mediante l'utilizzo del rinvio pregiudiziale d'urgenza: la prima è la sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2008, causa C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, non ancora pubblicata in *Raccolta* e la seconda è la sentenza che oggetto del presente contributo. Sul primo rinvio pregiudiziale d'urgenza, qui citato, rimando a M. FRAGOLA, *Il primo rinvio pregiudiziale "d'urgenza": il caso Rinau*, in *DCSI*, 2008, in corso di pubblicazione.

⁶ Sul punto si rinvia a M. FRAGOLA, *Elementi di diritto comunitario*, Milano, 2005, p. 106; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 301 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, V ed., p. 303 ss.

⁷ Occorre ricordare che l'art. 234 TCE prevede che tale richiesta è discrezionale per i giudici nazionali di non ultima istanza, mentre è obbligatoria per i giudici nazionali di ultima istanza.

⁸ In merito all'art. 10 cfr. M. FRAGOLA, *Il primo rinvio pregiudiziale "d'urgenza"*, cit.

⁹ Sul punto si rinvia a I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione Europea*, in *CI*, 2000, p. 477 ss.; L. DANIELE, *Commento all'articolo 68 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004, p. 460 ss.; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 315; A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, p. 79; F. MORRONE, *Il processo di integrazione europea e il ruolo delle istituzioni nell'ambito della politica migratoria dell'Unione alla luce dei Trattati di riforma*, in questa *Rivista*, 2008, p. 634 ss., in cui l'autrice sottolinea che le previsioni del Trattato di Amsterdam con riferimento alle competenze della Corte di giustizia nei settori di cui al titolo IV TCE incidono in maniera negativa sull'efficacia del sistema giudiziario comunitario, giacché nell'ambito della libera circolazione delle persone conducono addirittura ad un diverso livello di tutela giurisdizionale a seconda che si tratti di cittadini comunitari o extracomunitari.

¹⁰ È opportuno ricordare che le succitate norme riprendono quelle previste nell'ormai abbandonato Trattato costituzionale. In relazione alle novità introdotte dai Trattati di riforma (qualora entrino in vigore) si vedano G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in questa *Rivista*, 2007, p. 335 ss.; E. TRIGGIANI, *La speranza di un rilancio*, in *Sud in Europa*, 2007, n. 5, p. 1 ss.; M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Tratta-*

che, in virtù della soppressione della struttura a pilastri, prevedono un'estensione della competenza della Corte di giustizia nei settori della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

In attesa di conoscere l'esito del processo di ratifica del Trattato di riforma è necessario soffermarsi sulle recenti modifiche allo Statuto e al regolamento di procedura dell'organo giurisdizionale comunitario, relative ai procedimenti aventi ad oggetto questioni riguardanti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Mi riferisco, in particolare, all'introduzione – in seguito alla proposta presentata dalla Commissione europea¹¹ – del procedimento pregiudiziale d'urgenza¹². Tale modifica è stata fortemente voluta anche dalla Corte di giustizia, la quale nel settembre 2006 ha presentato al Consiglio una proposta di modifica del proprio regolamento di procedura, al fine di introdurre un procedimento che le consenta di pronunciarsi rapidamente su questioni particolarmente sensibili, quali quelle relative allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹³.

to di Lisbona tra Costituzione europea e processo "decostituzionale", in DCSI, 2008, p. 1 ss.; U. VILLANI, La riforma di Lisbona, in Sud in Europa, 2008, n. 1, p. 1 ss.; ID., Istituzioni di Diritto dell'Unione europea, Bari, 2008, p. 19 ss.; R. CAFARI PANICO, Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali, in Sud in Europa, 2008, n. 1, p. 19 ss.; R. MASTROIANNI, Il Trattato di Lisbona e le modifiche al sistema giurisdizionale dell'UE, ivi, p. 11; G. STROZZI, Prime considerazioni sul Trattato di Lisbona, ivi, p. 4 ss.; infine cfr. F. MORRONE, op. cit.

¹¹ Si veda il parere della Commissione europea, del 20 novembre 2007, SEC(2007) 1540 def., 2007/0812 (CNS), reperibile *on line* all'indirizzo europa.eu, in cui la Commissione attraverso una "norma-passerella", l'art. 67, 2° comma TCE, ha proposto di modificare le previsioni di cui all'art. 68 TCE. Nel suddetto parere si legge, altresì, che la Commissione ritiene il procedimento proposto dalla Corte come una procedura che assicura un delicato equilibrio tra tutti gli interessi in causa. Per maggiore chiarezza sul punto v. I. OTTAVIANO, *Verso un procedimento pregiudiziale d'urgenza nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Sud in Europa*, 2007, n. 3; M. FRAGOLA, *Il primo rinvio pregiudiziale "d'urgenza"*, cit.

¹² Cfr. *GUUE* C 64, 8 marzo 2008, p. 1 s., e la decisione del Consiglio recante modifica del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia, cit., p. 39 ss.

¹³ Occorre ricordare che l'art. 104 *bis* del regolamento di procedura della Corte di giustizia prevedeva già un procedimento pregiudiziale accelerato: "Su domanda del giudice nazionale, il presidente, su proposta del giudice relatore, sentito l'Avvocato Generale, può decidere in via eccezionale di trattare una domanda pregiudiziale secondo un procedimento accelerato che deroga alle disposizioni del presente regolamento qualora le circostanze invocate comprovino l'urgenza straordinaria di statuire sulla questione proposta in via pregiudiziale". Sulle modifiche del regolamento di procedura della Corte di giustizia viene sottolineato il fatto che il procedimento pregiudiziale accelerato comporta le stesse fasi del normale procedimento pregiudiziale e che l'accelerazione della procedura è ottenuta solo dando la precedenza alla domanda pregiudiziale interessata rispetto a tutte le altre cause pendenti.

Il procedimento pregiudiziale di urgenza è disciplinato dall'art. 23 *bis*¹⁴ del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia e dall'art. 104 *ter*¹⁵ del suo regolamento di procedura ed è attivabile esclusivamente per i rinvii pregiudiziali nei settori di cui al titolo VI TUE relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale¹⁶, e al titolo IV TCE relativo a visti, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, ivi compresa la cooperazione giudiziaria in materia civile¹⁷.

L'art. 9¹⁸ del regolamento di procedura della Corte, così come modificato, prevede l'istituzione di una o più sezioni di cinque giudici incaricate, per un periodo di un anno, di verificare l'urgenza dei casi rientranti nei titoli VI TUE e IV TCE e, quindi la necessità dell'applicazione del procedimento pregiudiziale d'urgenza.

La procedura d'urgenza, in via ordinaria, è richiesta dal giudice nazionale, il quale è chiamato a presentare “le circostanze di diritto e di fatto che comprovano l'urgenza e giustificano l'applicazione di tale procedimento derogatorio”¹⁹. Tuttavia, è prevista in via straordinaria la possibilità per il presidente della Corte di proporre d'ufficio che una questione pregiudiziale venga risolta mediante il procedimento d'urgenza poiché, *prima facie*, risulti evidente e necessario verificare la necessità di utilizzo di detta procedura²⁰.

La sezione a cinque giudici designata *ad hoc* decide se esistono o meno i requisiti per attivare il procedimento d'urgenza. Nel caso in cui tali requisiti non sussistano la questione torna ad essere regolata attraverso il procedimento pregiudiziale ordinario. Invece, nel caso in cui la sezione ritenga effettivamente presenti “circostanze di diritto e di fatto che comprovano l'urgenza”, tale decisione viene immediatamente trasmessa, senza essere tradotta in altre lingue oltre a quella processuale, al giudice nazionale, alle parti in causa, allo Stato membro,

¹⁴ Il nuovo art. 23 *bis* dispone: “Nel regolamento di procedura possono essere previsti un procedimento accelerato e, per i rinvii pregiudiziali in determinati settori, un procedimento d'urgenza in deroga alle disposizioni degli articoli 20 e 23 del presente statuto”. Si veda il Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea allegato ai Trattati di Lisbona, titolo III procedura dinanzi alla Corte di giustizia, *GUUE* C 115, 9 maggio 2008, p. 216.

¹⁵ Del pari l'art. 104 *ter* stabilisce: “Un rinvio pregiudiziale che sollevi una o più questioni relative ai settori previsti dal titolo VI del Trattato sull'Unione o dal titolo IV della parte terza del Trattato CE, su domanda del giudice nazionale o, in via eccezionale, d'ufficio, può essere sottoposto a un procedimento d'urgenza che deroga alle disposizioni del presente regolamento”.

¹⁶ V. nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali integrazione in seguito all'entrata in vigore del procedimento pregiudiziale d'urgenza, *GUUE* C 64, 8 marzo 2008, p. 1. Occorre, inoltre ricordare che nell'ambito del titolo VI TUE la competenza della Corte ad intervenire è sancita dall'art. 35 TUE.

¹⁷ Cfr. nota informativa, cit., p. 1. In questo caso, nell'ambito del titolo IV TCE, la competenza della Corte ad intervenire è sancita dall'art. 68 TCE.

¹⁸ Il novellato art. 9, par. 1 dispone: “La Corte designa la sezione o le sezioni di cinque giudici, che per un periodo di un anno, sono incaricate delle cause di cui all'articolo 104 *ter*” (*GUUE* L 24, 29 gennaio 2008, p. 40).

¹⁹ V. art. 104 *ter*, par. 1 del regolamento di procedura della Corte di giustizia, cit.

²⁰ *Ibidem*.

alla Commissione, al Consiglio e al Parlamento (se ad essere controverso è uno dei loro atti). Questi soggetti sono autorizzati a depositare, nella lingua processuale ed entro un breve termine, osservazioni scritte²¹. È evidente che a dare celerità al procedimento è l'utilizzo della lingua processuale ed il superamento della lunga fase delle traduzioni. Inoltre, altri interessati, come ad esempio Stati membri diversi da quello di appartenenza del giudice del rinvio, non possono accedere alla fase di deposito delle osservazioni scritte, ma possono partecipare all'udienza e, se lo ritengono necessario, possono esporre oralmente le loro osservazioni.

Altro elemento che garantisce celerità al procedimento è l'utilizzo di internet²² per le comunicazioni tra la Corte, i giudici nazionali, gli Stati membri e le istituzioni comunitarie.

Va rilevata, inoltre, l'assenza delle conclusioni dell'Avvocato generale, il quale in ogni caso non viene completamente escluso dal procedimento giacché si legge nel disposto dell'art. 104 *ter* che la decisione viene presa dopo aver "sentito" l'Avvocato generale²³, il quale, peraltro viene "sentito"²⁴ anche in merito all'attivazione o meno del procedimento d'urgenza.

L'introduzione di questa nuova procedura ha essenzialmente come finalità quella di ridurre i tempi processuali, giacché nell'ambito dei titoli VI TUE e IV TCE sono spesso previste questioni delicate che determinano situazioni per le quali è necessario assicurare celerità²⁵, come la privazione della libertà personale, o la potestà dei genitori in merito alla custodia di minori, ecc²⁶.

Va rilevato che l'utilizzo del procedimento d'urgenza garantisce, altresì, il rispetto del diritto ad una tutela giudiziaria effettiva e del diritto ad una durata ragionevole del processo, assicurando, in tal modo, il rispetto dell'art. 6 e dell'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁷.

²¹ Cfr. il comunicato stampa della Corte di giustizia del 3 marzo 2008 n. 12/08, reperibile *on line* all'indirizzo curia.eu.

²² Cfr. *ibidem*.

²³ L'art. 104 *ter*, par. 5 così si esprime: "La sezione designata statuisce, sentito l'Avvocato generale".

²⁴ Come anticipato nel testo, nella procedura in commento mancano le conclusioni scritte dell'Avvocato generale, il quale però viene debitamente interrogato (oralmente) sia sulla necessità di applicazione del rinvio pregiudiziale d'urgenza, sia in merito alla soluzione del caso.

²⁵ Si ricorda che la celerità era uno dei motivi per i quali era stato introdotto dal Trattato di Nizza all'art. 245, 2° comma, TCE e all'art. 104 *bis* del regolamento di procedura, il procedimento pregiudiziale accelerato, che tuttavia non ha dato i frutti sperati, giacché prevede la chiusura anticipata della procedura pregiudiziale solo se la questione oggetto della controversia risulta essere manifestamente identica ad una sulla quale la Corte si è già espressa. Per maggiore chiarezza si veda I. OTTAVIANO, *op. cit.*; sempre a proposito del procedimento accelerato si veda F. MORRONE, *op. cit.*

²⁶ Sul punto si veda il Comunicato stampa della Corte di giustizia del 3 marzo 2008, cit.

²⁷ A proposito della Carta dei diritti fondamentali dell'UE rimando a C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *DUE*, 2002, p. 676 ss.; infine M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona*, cit., p. 11 ss.

Occorre, infine, rilevare che i primi due casi risolti utilizzando il procedimento pregiudiziale d'urgenza²⁸ hanno rispettato appieno la finalità per cui questa procedura è stata introdotta, la celerità appunto, giacché sono stati risolti in tempi brevissimi. Tuttavia, non possiamo non mettere in luce che esiste una preoccupazione rispetto a tale procedura, relativa al possibile abuso che di essa si potrebbero fare, il che potrebbe comportare un allungamento dei tempi di giudizio di tutte quelle questioni che invece continueranno ad essere risolte per via ordinaria. Tuttavia, credo che anche in questo caso il buon senso e l'adeguata collaborazione tra giudici nazionali e comunitari potranno limitare un simile rischio²⁹.

3. L'11 ottobre 2000, sulla base della Convenzione europea di estradizione del 1957, il governo spagnolo richiedeva al governo francese l'estradizione del Sig. Santesteban Goicoechea per reati commessi sul territorio spagnolo nel 1992, qualificati come reati di detenzione di armi da guerra, detenzione illecita di esplosivi, uso illegittimo di un veicolo a motore altrui, sostituzione di targhe di veicoli ed appartenenza ad una organizzazione terroristica. Tuttavia a questa richiesta la Chambre dell'Instruction della Corte di appello di Versailles dava risposta negativa, poiché secondo la legislazione francese i fatti sui quali si fondeva la richiesta di estradizione erano caduti in prescrizione.

Le autorità giudiziarie spagnole il 31 marzo 2004 emanavano nei confronti del Sig. Goicoechea un mandato d'arresto europeo, adducendo le stesse argomentazioni presentate nella domanda di estradizione del 2000. Tuttavia, il mandato d'arresto poteva valere solo come domanda di arresto provvisorio, giacché in virtù dei fatti e, soprattutto, in virtù della dichiarazione resa dalla Francia in conformità all'art. 32 della decisione quadro che ha istituito il mandato d'arresto europeo³⁰, il sistema di estradizione applicabile era quello della Convenzione europea di estradizione del 1957³¹.

²⁸ Mi riferisco alle sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 2008, *Inga Rinau*, cit., e del 12 agosto 2008, *Goicoechea*, cit.

²⁹ In questo contesto riporto la preoccupazione palesata dal Giudice Antonio Tizzano nel corso di un colloquio svoltosi presso la Corte di Lussemburgo. Argomentazione questa avanzata anche da M. FRAGOLA, *Il primo rinvio pregiudiziale "d'urgenza"*, cit.

³⁰ L'art. 32 della decisione quadro 2002/584/GAI, cit., dispone: "Le richieste di estradizione ricevute anteriormente al 1° gennaio 2004 continueranno ad essere disciplinate dagli strumenti esistenti in materia di estradizione. Le richieste ricevute a partire dal 1° gennaio 2004 saranno soggette alle norme adottate dagli Stati membri conformemente alla presente decisione quadro. Tuttavia ogni Stato può, al momento dell'adozione della presente decisione quadro da parte del Consiglio, fare una dichiarazione secondo cui in qualità di Stato dell'esecuzione esso continuerà a trattare le richieste relative ai reati commessi prima di una data da esso precisata conformemente al sistema di estradizione applicabile anteriormente al 1° gennaio 2004. La data in questione non può essere posteriore al 7 agosto 2002. Tale dichiarazione sarà pubblicata nella Gazzetta ufficiale e può essere ritirata in qualsiasi momento".

³¹ Ricordiamo che la Convenzione del 1957, al fine di facilitarne l'applicazione tra gli Stati membri, è stata modificata dalla Convenzione relativa all'estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, detta "Convenzione di Dublino", del 27 settembre 1996, avente come base

Occorre ricordare che nel frattempo il Sig. Goicoechea scontava in Francia una pena detentiva, che avrebbe permesso l'extradizione verso lo Stato richiedente (la Spagna) solo dopo aver dato completa esecuzione alla suddetta pena. Il Sig. Goicoechea sarebbe stato rimesso in libertà il 6 giugno 2008 e per i motivi su indicati non sarebbe stato possibile applicare il mandato d'arresto europeo. Per tale ragione, il 27 maggio 2008 le autorità giudiziarie spagnole chiedevano un arresto provvisorio in attesa di una domanda di estradizione ai sensi della Convenzione del 1996. Il giorno seguente, dunque, il Sig. Goicoechea veniva posto sotto custodia cautelare in attesa dell'extradizione. Egli tuttavia sosteneva di non dover essere consegnato alle autorità spagnole giacché il Regno di Spagna non poteva invocare le disposizioni della Convenzione del 1996, poiché nella decisione quadro 2002/584/GAI all'art. 31 è affermato che "le disposizioni contenute nella presente decisione quadro 'sostituiscono', a partire dal 1° gennaio 2004, le corrispondenti disposizioni delle convenzioni seguenti applicabili in materia di estradizione tra gli Stati membri"³² e nel successivo elenco delle convenzioni applicabili in materia figurerebbe, all'art. 31, par. 1, lett. d), la Convenzione del 1996.

Tuttavia, l'art. 31, par. 2 prevede la possibilità per gli Stati membri di continuare ad applicare gli accordi bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della decisione quadro, a patto che una decisione in tal senso sia notificata nei tre mesi successivi l'adozione della decisione. Ebbene la Spagna non aveva notificato nulla, per cui il giudice del rinvio si è chiesto se il difetto di notifica da parte del Regno di Spagna poteva comportare l'impossibilità di avvalersi nei rapporti con la Francia di procedure diverse da quelle disciplinate dalla decisione quadro.

La seconda questione posta dal giudice del rinvio è quella secondo cui le riserve avanzate dallo Stato dell'esecuzione gli permettano comunque di applicare la Convenzione del 1996, pur essendo quest'ultima entrata in vigore nello Stato dell'esecuzione dopo il 1° gennaio 2004 per il tramite dell'art. 32 della decisione quadro.

La Corte di giustizia si è innanzitutto interrogata sulla effettiva presenza dei requisiti necessari per l'attivazione del procedimento pregiudiziale d'urgenza. I giudici di Lussemburgo, valutate le circostanze di fatto e di diritto presentate dal giudice del rinvio e sentito l'Avvocato generale, hanno risposto positivamente a tale richiesta. La ragione di questa scelta risiede nel fatto che il Sig. Goicoechea, scontata la pena, era ancora detenuto in custodia cautelare in attesa dell'extradizione.

Altra questione preliminare posta in seno alla Corte ha riguardato la sua competenza nell'ambito oggetto della discussa controversia. Anche in questo caso la risposta al quesito di cui sopra è stata affermativa, giacché in virtù

giuridica l'art. K.3 TUE e sottoscritta il 27 settembre 1996 da tutti gli Stati membri. Per la lettura integrale del testo rimando a *GUCE* C 313, 23 ottobre 1996, p. 11.

³² Si legga l'art. 31 della decisione quadro 2002/584/GAI, cit.

dell'art. 35 TUE la Corte è competente, alle condizioni previste dalla stessa norma, a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità e sull'interpretazione delle decisioni quadro, delle decisioni e sull'interpretazione di convenzioni adottate nell'ambito del titolo VI TUE³³.

Rispetto alla prima questione, il Sig. Goicoechea sosteneva che la Corte avrebbe dovuto dichiarare la richiesta del Regno di Spagna inammissibile, poiché contraria ai principi della certezza del diritto e della legittimità ed irretroattività della legge penale più sfavorevole, giacché la Corte d'appello di Versailles, con sentenza del 19 giugno 2001, aveva già affermato l'acquisita prescrizione dei reati imputatigli e l'impossibilità di procedere all'extradizione. Tuttavia, la Corte di giustizia ha fatto tempestivamente presente che in virtù dell'art. 35 TUE la facoltà di determinare le questioni da sottoporre ai giudici di Lussemburgo è attribuita al giudice nazionale e non alle parti in causa, poiché se la Corte avesse risposto alla richiesta avanzata dall'imputato avrebbe svolto un ruolo incompatibile con quanto affermato dal Trattato sull'Unione europea³⁴.

I governi francese, spagnolo e la Commissione europea ritengono che l'art. 31 della decisione quadro non possa trovare applicazione nel procedimento principale³⁵.

Inoltre, l'art. 31, par. 2 della decisione quadro permette agli Stati membri di continuare ad applicare accordi bilaterali o multilaterali vigenti al momento della sua entrata in vigore se questi consentono di approfondire gli obiettivi della decisione quadro e di semplificare le procedure di consegna del ricercato³⁶.

Alla luce di quanto detto sulla prima questione pregiudiziale la Corte si è così espressa: l'art. 31 della decisione quadro riguarda esclusivamente l'ipotesi di applicazione del mandato d'arresto europeo, quest'ultimo tuttavia non può essere applicato nel caso di specie giacché i reati contestati al Sig. Goicoechea sono stati commessi anteriormente al 1° gennaio 2004³⁷, dunque per questi si applica il contesto normativo preesistente.

Relativamente alla seconda questione, la Corte di giustizia – in accordo con quanto precedentemente sostenuto dai governi francese, spagnolo e dalla Commissione europea – ha affermato che l'art. 32 della decisione quadro deve essere interpretato nel senso che non osta all'applicazione, da parte dello Stato dell'esecuzione, della Convenzione del 1996, pur essendo questa divenuta applicabile in Francia dopo il 1° gennaio 2004. Ciò dipende dal fatto che applicare, dopo la suddetta data, convenzioni in materia di estradizione diverse dal mandato d'arresto può avere come unico scopo quello di migliorare il sistema di

³³ Per un esame approfondito dell'art. 35 TUE si veda I. INGRAVALLO, *op. cit.*, p. 481 ss.

³⁴ Per una lettura puntuale di queste argomentazioni rimando ai punti 43-47 della sentenza *Goicoechea*.

³⁵ Cfr. punto 50 della sentenza che qui si commenta.

³⁶ V. art. 54 della decisione quadro in esame.

³⁷ L'art. 32 della decisione quadro, rubricato "Disposizione transitoria", afferma che per le domande di estradizione pervenute prima del 1° gennaio 2004 continueranno ad essere applicati gli strumenti di estrazione esistenti.

estradizione in circostanze in cui non è possibile utilizzare l'istituto del mandato d'arresto³⁸.

È inoltre importante tenere presente che è la stessa decisione quadro ad affermare che gli Stati membri possono continuare ad applicare gli accordi o le intese bilaterali o multilaterali nella misura in cui queste consentano di approfondire o di andare oltre gli obiettivi dell'accordo quadro³⁹.

4. Come conclusione del presente lavoro pare opportuno rilevare alcuni spunti critici di un istituto – al contempo interessante e sensibile – come quello del mandato d'arresto europeo.

Com'è noto, secondo l'art. 1, par. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI, il mandato d'arresto europeo rappresenta una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro (chiamato Stato emittente) in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato (detto Stato dell'esecuzione) di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà.

Il mandato d'arresto europeo per parte della dottrina rappresenta la prima realizzazione del principio del mutuo riconoscimento in materia penale⁴⁰ in virtù dell'art. 31, lett. b) TUE, secondo cui "l'azione comune, nel settore della cooperazione giudiziaria, comprende anche la facilitazione dell'estradizione tra gli Stati membri"⁴¹. Com'è chiaro la realizzazione di un simile principio presuppone una profonda fiducia reciproca tra i vari sistemi di giustizia penale degli Stati membri (seppur con le loro differenze) ed esige il comune rispetto di principi e norme minime, soprattutto quelle relative alla tutela dei diritti dell'uomo e quelle norme che hanno il fine facilitare la comprensione e la fiducia reciproca.

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che l'introduzione di questo istituto avrebbe reso necessaria la preventiva armonizzazione dei sistemi penali e processuali degli Stati membri⁴². Tale necessità risulta chiara se si prende in considerazione che il mandato d'arresto europeo incide sensibilmente sulla restrizione della libertà personale, poiché un cittadino italiano accusato di aver commesso un reato

³⁸ V. i punti 72, 73 e 81 della sentenza in commento.

³⁹ Cfr. art. 31, n. 2 della decisione quadro, cit. È il caso di mettere in luce che tale disposto non potrebbe essere sufficiente a spiegare la decisione della Corte di giustizia nel caso di specie, giacché si riferisce alla convenzioni in materia di estradizione vigenti anteriormente al 1° gennaio 2004, mentre la convenzione del 1996 è entrata in vigore dopo il 1° luglio 2005; tuttavia è servito a rafforzare le convinzioni della Corte di giustizia.

⁴⁰ Cfr. V. BAZZOCCHI, *op. cit.*, p. 661.

⁴¹ Cfr. A. DI STASI, *op. cit.*, p. 659, in cui l'autrice sottolinea che la decisione quadro 2002/584/GAI indica come propria base comune anche l'art. 31, lett. b) TUE. Inoltre, il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie è un principio stabilito nel quadro del Consiglio europeo di Tampere, che ha fissato tra i suoi obiettivi principali quello della creazione di un reale spazio di giustizia europeo.

⁴² Sul punto si vedano G. VASSALLI, *Il mandato d'arresto europeo viola il principio d'uguaglianza*, in *DG*, 2002, p. 12, e A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)*, in *DUE*, 2005, p. 203.

in un altro Stato membro dell'UE, può incorrere in un provvedimento di restrizione della libertà personale anche in circostanze in cui a norma del nostro codice di procedura penale non sarebbe previsto un simile provvedimento⁴³.

La decisione quadro è stata considerata deficitaria dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali in materia processuale. Gli unici riferimenti al sistema di protezione dei diritti umani sono contenuti nel 12° e nel 13° “considerando”. Nel primo troviamo un esplicito riferimento all'art. 6 TUE e alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in particolare del Capo “Giustizia”; il 13° “considerando” stabilisce che “nessuna persona dovrebbe essere allontanata, espulsa o estradata verso uno Stato allorquando sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti”⁴⁴. Questo disposto appare restrittivo se si pensa al Programma di azione dell'Aja⁴⁵, adottato dal Consiglio europeo il 4/5 novembre 2004 sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel quale veniva considerata condizione imprescindibile il rispetto dei diritti, anche di natura processuale, quali garantiti dai Trattati, dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CEDU. Da ciò discende che una causa di esclusione dell'extradizione è la violazione, anche potenziale, dei diritti processuali dell'accusato⁴⁶.

L'art. 11 della decisione quadro prevede un elenco dei diritti dell'accusato che non appare affatto esaustivo, soprattutto se lo si paragona all'art. 6, par. 3 della CEDU. Il primo, infatti, non prevede il diritto del ricercato ad essere informato in una lingua a lui comprensibile, non prevede il diritto al gratuito patrocinio, né il diritto ad essere assistito gratuitamente da un interprete. Risulta, altresì criticabile la mancata previsione di norme relative alle c.d. categorie vulnerabili, come gli handicappati mentali, i minori analfabeti, gli stranieri, ecc.

Rispetto a questo restrittivo richiamo delle fonti internazionali e comunitarie di tutela dei diritti processuali dell'individuo da parte della commentata decisione quadro, per certi versi originale ma per altri deludente appare la legislazione italiana che ha dato attuazione alla suddetta norma⁴⁷, ossia la legge n. 69/2005. Infatti, il legislatore italiano, oltre a richiamare i supremi valori costituzionali, ha inteso inserire espliciti richiami all'ordinamento internazionale della CEDU, ai Trattati comunitari e alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. L'originalità del

⁴³ Infatti, il nostro codice di procedura penale prevede all'art. 274 che la restrizione della libertà personale è ammissibile nel caso di pericolo di fuga, pericolo di inquinamento delle prove, pericolo di recidiva. Su questo aspetto si rinvia a A. DAMATO, *op. cit.*, p. 203 s.

⁴⁴ Cfr. A. DI STASI, *op. cit.*, p. 660 ss.

⁴⁵ Il Programma d'azione dell'Aja specifica che nel suddetto ambito “devono essere pienamente rispettati i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali”. Il Programma dell'Aja è reperibile *on line* all'indirizzo www.consilium.europa.eu; si veda inoltre A. DI STASI, *op. cit.*, p. 660 ss.

⁴⁶ Rimando a V. BAZZOCCHI, *op. cit.*, p. 665 s.; la visione dell'autrice è coadiuvata dall'utilizzo nel disposto del verbo al condizionale.

⁴⁷ Vale la pena ricordare che rispetto al termine stabilito dalla decisione quadro solo sei Stati hanno adeguato i loro ordinamenti nei tempi stabiliti (Belgio, Danimarca, Spagna, Portogallo, Regno Unito e Svezia), mentre l'Italia ha fatto registrare un ritardo di sedici mesi.

legislatore risiede nel fatto che la formulazione scelta non trova un simile riscontro in nessuna legge di attuazione degli altri Stati membri dell'UE⁴⁸.

Altra parte della dottrina⁴⁹, tuttavia rileva qualche ombra nella legge n. 69/2005. *In primis*, tra le novità introdotte nella legge di recepimento, l'art. 1, 3° comma precisa che il mandato d'arresto sarà considerato valido solo se emanato in seguito ad una sentenza irrevocabile. L'art. 3 di tale legge sancisce che eventuali integrazioni nella lista di crimini contenuta nell'art. 2 della decisione quadro (ovvero crimini per i quali è posta una deroga al principio della doppia incriminazione) dovrà essere legata ad un parere vincolante del Parlamento; con il rischio di inserire fattispecie di reato nuove, peraltro non esistenti né nella decisione quadro né nella legislazione dello Stato richiedente. Ciò comporta (art. 8, 3° comma) che un mandato d'arresto nei confronti di un cittadino italiano che si basa sull'accusa per un reato non previsto dalla legge italiana e che lo stesso cittadino ignorava non può essere perseguibile attraverso l'istituto del mandato d'arresto. È dunque chiaro che potrebbe crearsi una violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità nell'ipotesi in cui l'imputato di uno Stato membro diverso dall'Italia, destinatario di un mandato d'arresto in territorio italiano, non potrà far valere la mancata conoscenza della legge penale straniera, al fine di non essere estradato. Infine, con la legge n. 69/2005 scompare una delle caratteristiche principali e più positive del mandato d'arresto europeo, ossia quella di affidare tutte le procedure alle autorità giudiziarie, tenendo fuori da questo processo le valutazioni di natura politica, poiché nella succitata legge è il Ministro della giustizia che ha il potere di emanare il provvedimento in esame e di concordare con lo Stato di emissione le modalità attraverso cui dovrà avvenire la consegna dell'imputato⁵⁰.

In conclusione, da questa – di certo non esaustiva – ricostruzione dell'istituto del mandato d'arresto europeo emergono molte sue ombre. Tuttavia mi pare opportuno ricordare un dato sicuramente positivo dell'istituto in esame; mi riferisco a quella che è considerata una delle sue caratteristiche principali, ossia la scelta del legislatore europeo di affidare lo svolgimento di questa delicata operazione ad una procedura di natura puramente giuridica, abbandonando definitivamente ogni valutazione politica da parte dell'Esecutivo⁵¹, nonostante quello che invece è contenuto nella legge italiana di attuazione della decisione quadro.

⁴⁸ Sul punto si veda A. DI STASI, *op. cit.*, p. 662 ss.

⁴⁹ A questo proposito esistono letture per certi versi divergenti; rimando a E. NALIN, *L'attuazione in Italia della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri*, in *Sud in Europa*, 2005, n. 5, p. 11 s.

⁵⁰ Per l'intera ricostruzione rimando a E. NALIN, *op. cit.*

⁵¹ Cfr. A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (I)*, in *DUE*, 2005, p. 29.

Abstract

Comment on the Court of Justice Case-law C-296/08 PPU: The *Goicoechea* Case and the Second Application of Urgent Preliminary Ruling Procedure

This comment focuses on a new judicial procedure of the Court of Justice: the urgent preliminary ruling procedure applicable to references concerning the area of freedom, security and justice, then the areas covered by Title VI (Articles 29 to 42) of the TEU about police and judicial cooperation in criminal matters, and Title IV (Articles 61 to 69) of TEC about visas, asylum, immigration and other policies related to the free movement of people, including judicial cooperation in civil matter. This new procedure represents a manner of simplifying the various passages of judicial proceedings in delicate situations that call for rapid solutions, because they concern cases of persons detained or deprived of their liberty, or situations concerning parental authority or custody of children. To insure the rapidity of the procedure the communication between national courts or tribunals and the European Court of Justice are carried out through the Internet, and without any translations.

Another important aspect of this comment is the European arrest warrant adopted by the Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002. Some experts believe that the European arrest warrant represents the first realisation of the idea of mutual recognition of penal legislation of the members of the European Union. The other part of the doctrine concerns the necessity of harmonizing in advance the penal and judicial systems among all the European Union members.

The European arrest warrant system appears restrictive when compared with the defence of fundamental rights within the European Union and the International judicial system. As an example in the European arrest warrant there is no provision whereby the accused is informed of the charges against him or her in his or her own language nor has he or she any access to free legal aid. And lastly in the European arrest warrant there is no law that protects such categories as the handicapped, minors or foreigners.

However, there is an upside of this judicial system, that is the fact that this process is entrusted to a procedure purely judicial and not political.



Recensioni

Ivan Ingravallo

Il Consiglio di sicurezza e l'amministrazione diretta di territori

Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. XIII-243



Siamo in presenza di un bel libro, scritto con scioltezza e che tratta un argomento fin qui sostanzialmente inesplorato.

Il volume è suddiviso in quattro capitoli, preceduti da una Premessa metodologica, e include anche un'ampia Bibliografia. Nella Premessa l'autore individua quale oggetto dell'indagine le operazioni di pace istituite dal Consiglio di sicurezza con un mandato che prevede l'esercizio di funzioni di governo in un determinato territorio, denominate Amministrazioni territoriali. La prassi relativa all'amministrazione diretta di un determinato territorio da parte di un'organizzazione internazionale, di cui si occupa il capitolo primo, mostra esempi riferibili sia alla Società delle Nazioni (amministrazioni del Bacino della Saar e del Distretto di Leticia), sia all'Unione Europea (amministrazione della città di Mostar); ma è rilevante soprattutto la prassi delle Nazioni Unite, che sin dalla loro fondazione hanno manifestato una tendenza a svolgere tale tipo di funzioni, tendenza che non ha ricevuto contestazioni rilevanti da parte degli Stati membri, né in dottrina. Nel volume si ripercorrono le vicende relative ai progetti di amministrazione per il Territorio libero di Trieste e per la città di Gerusalemme, l'esperienza dell'UNTEA nella Nuova Guinea occidentale (Irian occidentale), i mandati ricevuti dalla MINURSO nel Sahara occidentale e dall'UNTAC in Cambogia. Ma è soprattutto nel triennio 1996-1999, con l'istituzione da parte del Consiglio di sicurezza dell'UNTAES in Slavonia orientale, dell'UNMIK in Kosovo e dell'UNTAET a Timor orientale, che il fenomeno delle Amministrazioni territoriali emerge con evidenza, ponendo le numerose e complesse questioni giuridiche affrontate nell'opera.

Il secondo capitolo affronta la questione dei caratteri delle Amministrazioni territoriali e quella del loro fondamento giuridico, cui sono dedicate due distinte sezioni. Nella prima l'autore passa in rassegna le caratteristiche strutturali e organizzative proprie di tali operazioni di pace e, alla luce della prassi, rileva quali elementi significativi la presenza al loro interno di due distinte componenti (una civile, l'altra militare) e la loro non necessaria integrazione in una struttura unitaria. Un altro elemento considerato è il richiamo, nelle risoluzioni istitutive

del Consiglio di sicurezza, sia del consenso della o delle parti coinvolte (sovrano territoriale e/o popolazione amministrata) sia del capitolo VII della Carta dell'ONU. In particolare, l'autore, anche valorizzando i lavori preparatori della Carta, propone di ricondurre all'art. 41 la competenza del Consiglio di sicurezza ad affidare loro compiti civili, mentre con riferimento alla componente militare il riferimento è all'art. 42 e, seppur in misura meno rilevante, all'art. 48. Egli afferma, inoltre, che le Amministrazioni territoriali si inseriscono in un modello "strutturale-istituzionale" unico, quello delle operazioni di pace, il cui fondamento giuridico dipende volta a volta dal mandato loro assegnato.

Il capitolo terzo è dedicato all'esame delle principali funzioni svolte dalle Amministrazioni territoriali, quale loro aspetto qualificante in ragione dell'accentramento in capo alle stesse di poteri legislativi, esecutivi e giudiziari. Un particolare approfondimento è dedicato all'esercizio della funzione legislativa da parte delle Amministrazioni territoriali, sia sotto il profilo del valore degli atti da esse adottati e del loro rapporto con le fonti giuridiche "interne" dei territori amministrati, sia con riferimento al progressivo coinvolgimento della popolazione locale nella loro adozione e al connesso trasferimento (o ritorno) alla stessa dei poteri di governo sul territorio.

Il quarto e ultimo capitolo è suddiviso in due sezioni, tra loro strettamente connesse. La prima si occupa dei limiti che il Consiglio di sicurezza incontra nell'istituzione delle Amministrazioni territoriali e di quelli che condizionano le stesse nella loro azione sul terreno; in estrema sintesi, secondo l'autore tali limiti derivano dal rispetto del diritto internazionale cogente, della Carta dell'ONU, della sovranità statale e – quale punto maggiormente controverso alla luce della prassi rilevante – del rispetto dei diritti umani nel territorio amministrato.

La seconda sezione è invece dedicata ai meccanismi di controllo sull'attività delle Amministrazioni territoriali, sia quelli giudiziari sia quelli a carattere politico. Con riferimento ai primi l'autore critica l'ampio regime di immunità accordato alle Amministrazioni territoriali nei confronti delle giurisdizioni dei territori amministrati, segnalando come non sia opportuno utilizzare con riferimento alle Amministrazioni territoriali la motivazione alla base del conferimento di tale immunità in generale alle operazioni di pace – vale a dire impedire che esse siano condizionate dal sovrano territoriale; le Amministrazioni territoriali, infatti, svolgono in prima persona ampie funzioni di governo diretto dei territori in cui sono dispiegate.

Un'altra strada da percorrere al fine di consentire un controllo sull'attività delle Amministrazioni territoriali, passa per l'utilizzazione dei mezzi di ricorso internazionali, come quelli previsti dal Patto ONU sui diritti civili e politici del 1966 e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e richiede l'utilizzazione del criterio del "controllo effettivo" al fine dell'imputazione dell'atto illecito all'ONU o ad uno o più dei suoi Stati membri coinvolti nell'operazione di pace.

In più punti nel volume è segnalata la particolare situazione dell'Amministrazione territoriale del Kosovo, per la quale, anche in ragione del mancato raggiungimento di un accordo tra le parti coinvolte in quella crisi, il Consiglio

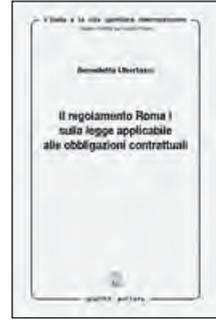
di sicurezza ha seguito procedure parzialmente differenti, che hanno condizionato l'effettiva realizzazione dell'Amministrazione e il suo svolgimento, incluse le vicende del febbraio 2008, con la auto-proclamazione di indipendenza di quel territorio e l'istituzione dell'EULEX quale operazione dell'Unione Europea incaricata di subentrare all'UNMIK.

Luigi Ferrari Bravo

Benedetta Ubertazzi

Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali

Milano, Giuffrè, 2008, pp. XIII-207



Ai numerosi e importanti risultati conseguiti dalla Comunità europea a seguito della esplicita attribuzione della competenza in materia di diritto processuale civile e di diritto internazionale privato – attribuzione effettuata con il Trattato di Amsterdam del 1997 – si è recentemente aggiunto il regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I). Esso è destinato a sostituire tra gli Stati membri (salvo che nei riguardi della Danimarca) la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 avente il medesimo oggetto e denominazione. A tale regolamento è dedicato il libro qui recensito di Benedetta Ubertazzi, apparso nella collana “L’Italia e la vita giuridica internazionale”, diretta da Fausto Pocar.

L’emanazione di un regolamento comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali – come la stessa Ubertazzi mette in evidenza nell’Introduzione – presenta vari ed evidenti vantaggi rispetto allo strumento della convenzione. Basti pensare alla sua diretta applicabilità all’interno degli Stati membri, senza bisogno – a differenza della Convenzione di Roma – di alcun atto statale di adattamento; al primato del quale esso sicuramente gode nei confronti di eventuali normative statali incompatibili; alla sua appartenenza all’*acquis* comunitario, il che implica la sua automatica accettazione da parte di futuri nuovi membri dell’Unione europea (mentre, riguardo alla Convenzione di Roma, è stato necessario stipulare di volta in volta delle convenzioni di adesione tra le parti originarie e i nuovi Stati membri); alla maggiore facilità con la quale il regolamento potrà essere modificato, se del caso, con un nuovo regolamento; alla competenza della Corte di giustizia derivante dalle disposizioni del Trattato CE, senza necessità di stipulare protocolli *ad hoc* (sebbene, sino all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, tale competenza incontri i limiti previsti per il titolo IV del Trattato CE).

La sostituzione del regolamento alla Convenzione di Roma, peraltro, non comporta soltanto un differente valore giuridico-formale del nuovo testo. Infatti sin dalla prima iniziativa, lanciata dalla Commissione con il libro verde del 14

gennaio 2003, la trasformazione della Convenzione in regolamento è stata accompagnata da un profondo e articolato dibattito (non solo in seno alle istituzioni europee, con il contributo dei governi degli Stati membri, ma anche nella dottrina, negli ambienti professionali interessati e presso istituzioni scientifiche) concernente i contenuti del previsto regolamento e le modifiche da apportare al testo convenzionale. A seguito di tali dibattiti la Commissione ha formalizzato la sua proposta di regolamento il 15 dicembre 2005; essa è stata ampiamente modificata dal Consiglio e dal Parlamento europeo, sicché il testo definitivamente adottato si discosta sensibilmente dall'originaria proposta.

Il volume di Benedetta Ubertazzi, sebbene intitolato al regolamento Roma I, ha un più ampio respiro, in quanto prende le mosse dalla Convenzione di Roma del 1980, analizza, quindi, la proposta della Commissione del 2005 e, infine, esamina il testo del regolamento. L'*iter* seguito dall'autrice si ripete rispetto alle diverse tematiche affrontate, utilizzando un metodo di esame comparato fra i tre testi considerati, volto a mettere in luce i mutamenti che si sono progressivamente realizzati rispetto al testo originario della Convenzione, le ragioni di tali mutamenti, gli obiettivi da essi perseguiti. Tale metodo si rivela molto appropriato per il lettore, il quale è messo così nella condizione di seguire i vari passaggi del processo che ha condotto infine all'adozione del regolamento Roma I del 2008. Questo itinerario è percorso anche mediante un'attenta analisi della giurisprudenza formatasi sulla Convenzione di Roma e della dottrina relativa sia a quest'ultima che alla proposta della Commissione del 2005. La Ubertazzi tiene particolarmente conto dei rilievi critici mossi al testo della Convenzione, così come di quelli relativi alla predetta proposta, per verificare poi se, e fine a qual punto, i difetti rilevati dalla dottrina siano stati corretti nel testo definitivo del regolamento.

Il volume si articola in cinque capitoli. Il primo, di carattere introduttivo, dopo avere ricordato la genesi del regolamento, ne mette in rilievo i caratteri generali e le finalità, tra le quali appare predominante quella di garantire certezza del diritto e prevedibilità circa la legge applicabile ai contratti, riducendo sensibilmente la discrezionalità che la Convenzione attribuiva al giudice. Nel secondo sono esaminati i rapporti tra il regolamento e, da un lato, gli atti di diritto comunitario, dall'altro, le convenzioni internazionali, nonché il suo ambito di applicazione. Il terzo ha un ruolo centrale nell'economia del volume, poiché riguarda l'individuazione della legge applicabile ai contratti. In esso sono quindi esaminate la scelta di tale legge ad opera delle parti, con il limite – nuovo, rispetto alla Convenzione di Roma – delle disposizioni di diritto comunitario non derogabili convenzionalmente, riguardo alle fattispecie interamente “comunitarie”; la legge applicabile in mancanza di scelta, per la quale l'art. 4 segna un radicale rovesciamento rispetto alla corrispondente disposizione della Convenzione di Roma, sostituendo al principio di prossimità una serie di criteri di collegamento rigidi, predefiniti per otto categorie contrattuali (salvo un ruolo eccezionale e residuale del collegamento più stretto); le regole speciali relative ai contratti di trasporto, ai contratti con i consumatori, ai contratti di assicurazione, a quelli di lavoro. Il quarto capitolo concerne l'area di operatività della *lex contractus*, con partico-

lare riguardo alle materie escluse da tale legge, quali la capacità, la forma, la prova. Nel quinto sono considerati i limiti all'applicazione della legge individuata dalle norme del regolamento; di particolare interesse, in raffronto all'art. 7 della Convenzione di Roma, appaiono le innovazioni (le quali, invero, non mancano di sollevare qualche perplessità) che limitano le norme di applicazione necessaria a quelle a tutela degli interessi pubblici dello Stato e che subordinano a condizioni restrittive l'efficacia delle norme di applicazione necessaria di un Paese diverso da quello del giudice.

Il testo è corredato da indici (molto aggiornati) degli autori e della giurisprudenza, nonché dai testi della Convenzione di Roma, della proposta della Commissione del 2005 e del regolamento del 17 giugno 2008, che sono in tal modo più agevolmente consultabili in un esame comparato.

La completezza della trattazione, la chiarezza espositiva e, principalmente, il costante raffronto tra il regolamento e le corrispondenti disposizioni, sia della Convenzione di Roma che della proposta della Commissione, fanno di questo volume una guida di lettura agile, ma estremamente utile, per un approccio critico all'esame del regolamento.

Ugo Villani

Maria Josè Vaccaro

Livelli normativi e fenomeno migratorio

Torino, Giappichelli, 2008, II ed., pp. VII-213



La crescente attenzione dei cultori del diritto interno agli effetti della cooperazione internazionale e dell'integrazione comunitaria sugli ordinamenti nazionali trova un'ulteriore conferma nel volume che qui si recensisce, curato dalla Professoressa Maria Josè Vaccaro, ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Salerno.

Edito nel 2008 in seconda edizione, esso affronta una tematica di grande attualità, in ambito internazionale ed interno, oggetto com'è, sotto il profilo normativo, di continue evoluzioni fortemente condizionate dal mutamento del fenomeno migratorio sul piano sociologico e dal contesto geo-politico preso a riferimento.

L'opera si apre, non a caso, con un primo capitolo introduttivo che dà conto dell'evoluzione del fenomeno migratorio sotto il profilo "socio-politico", incentrato sull'analisi dei fattori determinanti l'immigrazione tra cui spicca quello legato all'inserimento nel mercato del lavoro. Fattori che, a seconda del contesto storico e geografico, sono in grado di condurre all'adozione di differenti politiche di immigrazione le quali, tradizionalmente, agiscono su due principali fronti: da una parte, sul controllo e sul contenimento del fenomeno migratorio e, dall'altra, sull'integrazione degli immigrati nel tessuto sociale.

L'opera prosegue, poi, nel trattare, in maniera sistematica, i "livelli normativi" che, intersecandosi tra loro, disciplinano il fenomeno: la normativa internazionale (capitolo II), le fonti comunitarie (capitolo III) e la normativa nazionale (capitolo IV).

Nello specifico, il capitolo II offre una panoramica degli strumenti apprestati nell'ordinamento internazionale per la tutela dell'immigrazione, della sicurezza sociale e delle condizioni di vita degli immigrati, tra i quali rilevano, in particolare le convenzioni e le raccomandazioni dell'OIL. Momento di analisi è dedicato, altresì, alla disciplina a tutela del lavoratore migrante elaborata nel quadro del Consiglio d'Europa e di altri organismi internazionali europei (OCSE, CIME).

Il successivo capitolo, così com'è strutturato, ricalca la bipartizione esistente, a livello comunitario, tra la disciplina applicabile agli spostamenti dei cittadini europei nell'ambito della Comunità (libera circolazione dei lavoratori

in senso lato) e quella inerente lo spostamento dei lavoratori extracomunitari. Bipartizione che, fino al Trattato di Amsterdam, era tanto più marcata dall'essere, la seconda disciplina, com'è noto, sottratta al metodo comunitario e soggetta, invece, a quello intergovernativo. In relazione al primo profilo, l'autrice sottolinea, innanzitutto, l'evoluzione della disciplina comunitaria sulla libera circolazione dei lavoratori nel senso di una progressiva "emancipazione" dal mero fattore economico che, in origine, ne connotava in modo esclusivo i caratteri e di una sua graduale interdipendenza con la politica sociale. Successivamente, i tre tradizionali settori costituenti la libera circolazione (libera circolazione dei lavoratori subordinati, libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi) sono analizzati ognuno nello specifico, in riferimento alle fonti comunitarie sia di rango primario che derivato, anche alla luce dell'essenziale interpretazione fornita dalla Corte di giustizia delle Comunità europee e senza omettere alcuni riferimenti al regime normativo definito nel Trattato di Lisbona. Gli ultimi paragrafi del capitolo III sono dedicati allo studio delle tappe normative più significative che disciplinano gli spostamenti dei cittadini di Paesi terzi, ossia all'analisi di quella che costituisce la vera e propria politica dell'immigrazione inserita dal Trattato di Amsterdam nel titolo IV del TCE dedicato a "visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione". Tra le misure adottate in ambito comunitario, sguardo particolare è dato alla direttiva 109/2003/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

Il capitolo conclusivo del volume si concentra, come già accennato, sulla normativa italiana. In quest'ambito, ampio spazio è dedicato non solo all'analisi delle novità apportate alla disciplina nazionale dal d. lgs. 268/98 e successive modificazioni, ma anche alla dettagliata disamina delle legislazioni regionali che si sono sviluppate sul doppio binario dell'immigrazione e dell'emigrazione.

In conclusione, grazie anche alla sua struttura razionale e alla trattazione esaustiva del tema, sotto il profilo non solo del dato normativo, ma anche dell'interpretazione giurisprudenziale, il volume si segnala quale valido strumento per l'approfondimento dell'articolata tematica trattata.

Esso, con metodo espositivo chiaro, dettagliato e sistematico, riesce a mettere bene in luce gli elementi di complessità del fenomeno migratorio, legati, da una parte, all'interconnessione tra gli aspetti strettamente giuridici con quelli di altra natura e, dall'altra, alla sovrapposizione di più fonti di normazione o di più "livelli normativi", come sottolinea efficacemente l'autrice nel titolo dell'opera. In relazione a quest'ultimo profilo, il dato che emerge è quello della progressiva erosione delle competenze statuali a favore, da una parte, di istanze regionali e, dall'altra, dell'ampliamento delle competenze sovratatali dove, specie nell'ottica della realizzazione di uno "spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia", riveste rilievo fondamentale l'armonizzazione delle normative nazionali in campo di immigrazione, sotto il duplice aspetto sia di integrazione degli immigrati regolari che di lotta all'immigrazione illegale.

Rossana Palladino

Libri ricevuti

Bruno Barel, *Le notificazioni nello Spazio giuridico europeo*, Padova, CEDAM, 2008, pp. XV-335.

Maria Caterina Baruffi (a cura di), *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, Padova, CEDAM, 2008, pp. VI-288.

Eleanor Cashin Ritaine, Andrea Bonomi (éds.), *Le nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2008, pp. 237.

Federico Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. XVI-514.

Antonio Cassese, *Il sogno dei diritti umani* (a cura di Paola Gaeta), Milano, Feltrinelli, 2008, pp. 220.

Antonio Cassese, *Voci contro le barbarie. La battaglia per i diritti umani attraverso i suoi protagonisti*, Milano, Feltrinelli, 2008, pp. 331.

Luigi Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Terza edizione aggiornata con il Trattato di Lisbona, Milano, Giuffrè, 2008, pp. XXII-410.

Paolo De Caterini (a cura di), *Quattro studi in materia di aiuti di Stato*, Bari, Cacucci, 2008, pp. 148.

Valentina Della Fina (a cura di), *Disciplina giuridica dell'ingegneria genetica*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. XIV-308.

Giacomo Di Federico, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. XXII-504.

Ugo Draetta, Andrea Santini (a cura di), *L'Unione europea in cerca di identità. Problemi e prospettive dopo il fallimento della "Costituzione"*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. XVII-380.

Carlo Focarelli, *Lezioni di diritto internazionale*, CEDAM, 2008, vol. I, *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, pp. XXVII-636; vol. II, *Prassi*, pp. XXXVII-710.

Francesco Gabriele, *Europa: la "Costituzione" abbandonata*, Bari, Cacucci, 2008, pp. 320.

Umberto Leanza, Ida Caracciolo, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. XXV-491.

Anna Liguori, *Le garanzie processuali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, II ed., pp. XXIII-269.

Fabrizio Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, Jovene, 2008, pp. XIV-605.

Stefano Micossi, Gian Luigi Tosato (a cura di), *L'Unione europea nel XXI secolo. "Nel dubbio per l'Europa"*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 392.

Francesco Salerno, *Diritto internazionale. Principi e norme*, CEDAM, Padova, 2008, pp. XXV-550.

Cecilia Sanna, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. XI-228.

Elena Sciso (a cura di), *Il rango interno della Convenzione europea di diritti dell'uomo secondo la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Roma, Aracne, 2008, pp. 140.

Ugo Villani (a cura di), *"A tutti i membri della famiglia umana" per il 60° anniversario della Dichiarazione universale*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 278.

Elenco delle abbreviazioni

- AJIL* – The American Journal of International Law
CDE – Cahiers de droit européen
CI – La Comunità Internazionale
CML Rev. – Common Market Law Review
Com. St. – Comunicazioni e studi dell’Istituto di diritto internazionale della Università di Milano (già Comunicazioni e studi dell’Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano)
Cons. St. – Il Consiglio di Stato
Contr. imp./E. – Contratto e impresa/Europa
Corr. giur. – Il Corriere giuridico
DCSI – Diritto comunitario e degli scambi internazionali
DG – Diritto e giustizia
Dir. amm. – Diritto amministrativo
Dir. comm. int. – Diritto del commercio internazionale
Dir. dell’Internet – Diritto dell’Internet
Dir. mar. – Il diritto marittimo
Dir. pen. proc. – Diritto penale e processo
Dir. trasp. – Diritto dei trasporti
DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo
DUE – Il Diritto dell’Unione Europea
EdD – Enciclopedia del diritto
EDP – Europa e diritto privato
EG – Enciclopedia giuridica Treccani
ELF – European Legal Forum
ELR – European Law Review
EPL – European Public Law
ETL – European Transport Law: Journal of Law and Economics
EuConst – European Constitutional Law Review

Foro amm. – Il foro amministrativo
Foro it. – Il foro italiano
G. dir. amm. – Giornale di diritto amministrativo
Georgetown JIL – Georgetown Journal of International Law
Giur. cost. – Giurisprudenza costituzionale
Giur. it. – Giurisprudenza italiana
GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GURI – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana
GUUE – Gazzetta ufficiale dell’Unione europea
ICJ Reports – International Court of Justice. Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
JIEL – Journal of International Economic Law
J. trib. – Journal des tribunaux
JWT – Journal of World Trade
NGCC – La nuova giurisprudenza civile commentata
NYIL – Netherlands Yearbook of International Law
QG – Questione giustizia
Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee
Rass. trib. – Rassegna tributaria
RCADI – Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye
RCGI – Rivista della cooperazione giuridica internazionale
RdA – Rivista dell’arbitrato
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDUE – Revue du droit de l’Union européenne
Rev. Inst. Eur. – Revista de Instituciones Europeas
RGDIP – Revue générale de droit international public
RIDU – Rivista internazionale dei diritti dell’uomo
Riv. dir. proc. – Rivista di diritto processuale
Riv. trim. dir. pen econ. – Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia
RMC – Revue du marché commun
RMCUE – Revue du marché commun et de l’Union européenne
RTDE – Revue trimestrielle de droit européen
RTDH – Revue trimestrielle des droits de l’homme
San Diego LR – San Diego Law Review
YEL – Yearbook of European Law

Indice degli autori



Ugo DRAETTA

ordinario di Diritto internazionale nell'Università Cattolica del sacro Cuore di Milano

Girolamo STROZZI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Firenze

Luigi DANIELE

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata"

Rocco CANGELOSI

ambasciatore, Rappresentante permanente d'Italia presso l'Unione europea (2004-2008), Consigliere diplomatico del Presidente della Repubblica

Marco PERONACI

funzionario diplomatico, Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea

Chiara AMALFITANO

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Fabio RASPADORI

associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Perugia

Rosanna LA ROSA

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Messina

Maria Elena DE MAESTRI

dottoranda di ricerca in Logistica, trasporti e territorio nell'Università degli studi di Genova

Giovanni CELLAMARE

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari

Pieralberto MENGOZZI

professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna

Andrea SILVESTRI

funzionario diplomatico, Capo dell'Ufficio VI (Affari istituzionali e legali) della Direzione generale per l'integrazione europea del Ministero degli Affari Esteri

Simone VEZZANI

dottore di ricerca in Diritto internazionale e in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Firenze

Eugenio SINA

dottore in Giurisprudenza

Anna VALENTINI

dottoranda di ricerca in Impresa, Stato e mercato nell'Università della Calabria

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



TECA DEL MEDITERRANEO

Teca del Mediterraneo, il cui motto è “la conoscenza accresce le capacità”, è la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell'Unione Europea.

Teca del Mediterraneo svolge vari progetti, alcuni dei quali di natura internazionale, organizza ogni anno un workshop sulla professione bibliotecaria e un meeting dei bibliotecari dei Paesi del Mediterraneo.

Teca del Mediterraneo svolge cooperazione interbibliotecaria con vari organismi: ACNP, NILDE, ESSPER, MAICR-Meta Opac Azalai Italiano delle Biblioteche dei Consigli delle Regioni, SBN.

Il sito di Teca del Mediterraneo e l'OPAC (catalogo digitale on line) sono consultabili all'indirizzo www.bcr.puglia.it.

L'indirizzo mail è biblioteca@bcr.puglia.it.

Il reference è contattabile al numero telefonico 0039 080 540 27 70.
Il fax è 0039 080 540 27 75.

La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a Europe *Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete Europe *Direct* italiana.

Radicata nel futuro



**BANCA
POPOLARE
DI BARI**



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)

I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi

DEL VECCHIO *Angela*



312 Pagine
prezzo: 25,00 €

Sommario:

Elenco delle abbreviazioni. Premessa. Capitolo I – Crisi della sovranità degli Stati e conseguenze sull'evoluzione dell'ordinamento internazionale. Capitolo II – Fenomeni di globalizzazione della comunità internazionale e tribunali internazionali a competenza universale. Capitolo III – Fenomeni di globalizzazione a livello regionale e nuovi tribunali. Capitolo IV – Forme di localismo nella comunità internazionale e proliferazione dei tribunali internazionali. Capitolo V – Evoluzione della comunità internazionale e conseguenti modifiche della giurisdizione internazionale.

Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo

TUCCI *Giuseppe (a cura di)*



152 Pagine
prezzo: 15,00 €

Sommario:

Nota del CISEM. Presentazione, di G. Tucci. Introduzione, di A. Marini. Diritto comunitario, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) e rispetto della proprietà privata in Italia, di F. Caruso. La tutela del diritto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riguardo alle ipotesi di confisca di beni, di F. Crisafulli. L'illegalità dell'accessione invertita nel sistema delle fonti, di C. Ventura. Ascesa e caduta della confisca "urbanistica", di G. Tucci. Le confische urbanistiche e le più recenti sentenze dalla Cassazione, di F. Casarano. Sentenza: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Arrêt: *Affaire Sud Fondi srl et 2 autres c. Italie.*

Il conflitto sbilanciato

VIMERCATI Aurora (a cura di)

238 Pagine
prezzo: 20,00 €



Sommario:

Prefazione, di M.G. Garofalo. Introduzione, di B. Veneziani. Presentazione, di A. Vimercati. Sezione Prima – Il quadro comunitario La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?, I. Ingravallo. Sezione Seconda – L’impatto delle sentenze nei sistemi nazionali. Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull’autonomia collettiva nell’ordinamento italiano, di G. Orlandini. Libertà di circolazione dei servizi e libertà di stabilimento: l’impatto delle sentenze Viking, Laval e Rüffert nel sistema spagnolo, di J. G. Hernández. La Corte di giustizia e il vaso di Pandora del diritto sindacale europeo. Un punto di vista britannico, di N. Countouris. Libera prestazione di servizi, diritto del lavoro e rapporti collettivi di lavoro nell’esperienza svedese. Le implicazioni delle sentenze Laval, Viking e Rüffert, di M. Rönnmar. La Corte di giustizia e il caso Rüffert: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materia salariale nell’esperienza tedesca, di F. Rödl. Sezione Terza – Riflessioni e prospettive. Le sentenze e le relazioni industriali, di G. P. Cella. Le sentenze Viking, Laval e Rüffert: come e perché dovrebbero essere riformate, di A. Jacobs. La Corte di giustizia ed il sindacato, di A. Lassandari. La deludente performance della Carta di Nizza alla prova della Corte di giustizia, di M. L. Serrano. Tre questioni su quattro sentenze della Corte di giustizia: a proposito di geo-diritto del lavoro, meta-diritto all’impresa e all’autonomia collettiva, di V. Bavaro. La tutela dell’«ordine pubblico sociale» quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE, di M. Pallini. Bibliografia generale. Indice della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. Abbreviazioni. Autori.

Quattro studi in materia di aiuti di stato

DE CATERINI Paolo (a cura di)

148 Pagine
prezzo: 15,00 €



Sommario:

Presentazione, di P. De Caterini. Gli aiuti di Stato in agricoltura, di F. Gencarelli. Il recupero degli aiuti illegali e incompatibili alla prova dei fatti: problemi e prospettive di sviluppo, di M. F. Orzan. Il requisito del costo per lo Stato tra aiuti nella CE e sovvenzioni nell’OMC, di F. Cherubini. Accesso ai servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato, di D. Gallo.

In copertina **Luca Giordano** (Napoli 1634-1705)

Ratto d'Europa – olio su tela, cm 176 x 230 – Milano, collezione privata

Il dipinto è stato reso noto ed esposto per la prima volta da Nicola Spinosa in occasione della mostra dedicata al Giordano svoltasi nel 2001 a Napoli (Castel Sant'Elmo-Museo di Capodimonte). A quel che riporta lo studioso, esso – attualmente in collezione privata milanese – ha fatto parte dell'antica raccolta dei Pio Falcò già in villa Mombello presso Imbersago, in Brianza, nella quale erano confluite nel XVIII secolo parte delle collezioni degli Orsini di Roma, dei Pio di Savoia e dei Falcò di Milano, e può essere identificato con uno dei due *Ratti d'Europa* che compaiono in un inventario del 1724, entrambi attribuiti, impropriamente ma significativamente, a Tiziano.

Domina la scena la luminosa, opulenta figura di Europa seminuda, con un drappo trasparente che le avvolge i fianchi e un serico manto azzurro cupo che il vento investe e trasforma in una sorta di fondale colorato su cui risalta il candore dell'incarnato del torso, colpito da un cono di luce che lascia in ombra il volto e parte delle spalle. La giovane donna è seduta sulla groppa di un toro bianco/nero, dai grandi occhi parlanti, inghirlandato con un serto di fiori dai vivacissimi colori, sotto le cui sembianze si cela il suo rapitore, Giove, ormai allontanatosi dalla riva e semimmerso nelle onde. È difficile però cogliere un cenno di ripulsa in Europa, la cui debole ribellione è testimoniata solo dal gesto del braccio destro, sollevato come a chiedere aiuto.

Nella fascia inferiore del dipinto spiccano le figure delle due ancelle compagne di giochi di Europa, simili a due naiadi per avere l'una tra le mani rametti di corallo e una conchiglia piena di perle e l'altra la ricca capigliatura bionda ornata da rutilanti coralli, e putti alati che si abbeverano a conchiglie. Altri putti, uno dei quali reca tra le mani una corona di fiori, compaiono fra le nuvole, in alto, seguendo la direzione della corsa intrapresa dal toro.

Cronologicamente il dipinto, caratterizzato da una materia cromatica fluida e brillante, si pone ai tempi del secondo soggiorno fiorentino del Giordano, quando egli eseguì gli affreschi di Palazzo Medici Riccardi (1683-1685) e dimostra una rinnovata attenzione alla pittura barocca chiara e luminosa di Pietro da Cortona esemplificata, nella stessa Firenze, dalle volte di Palazzo Pitti. Oltre a ciò, lo Spinosa vi coglie un diretto riflesso della grande pittura veneta del Cinquecento, da Tiziano a Paolo Veronese, visibile soprattutto nel grande, luminoso nudo di Europa e nella cromia calda e avvolgente.

Il soggetto di Europa rapita dal toro/Giove è stato più volte trattato dal Giordano; tra le numerose versioni che egli ne diede si ricordano in particolare quella conservata nella Burghley House Collection a Stamford, dalla composizione assai simile al dipinto milanese, ma in controparte, e quella della Wadsworth Atheneum ad Hartford, Connecticut.

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. 1/2009, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2009, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c.n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2009).



ISBN 978-88-8422-837-6



9 788884 228376

€ 22,00