ISSN 1970-0903

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2014 | anno IX

Rivista quadrimestrale

CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea
numero 1 · 2014 | anno IX

Tempesta.biz

DA OLTRE 50 ANNI CREDIAMO NEL SUD.

E IL SUD IN NOI.

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

BANCA POPOLARE DI BARI

Il valore di radici forti.

www.popolarebari.it

Studi sull'integrazione europea

numero **1** · **2014** | anno **IX**

Rivista quadrimestrale

CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione
Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato scientifico
Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Luigi Ferrari Bravo, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato

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

Alla redazione del presente fascicolo ha collaborato la dott.ssa Denise Milizia

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

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

Direzione e Redazione
c/o **Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – Tel. 080.5214220**
http://www.cacucci.it e-mail: studiinteuropea@cacucci.it

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2014 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

Ennio Triggiani
La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea 9

Giovanni Cellamare
Sui rapporti tra NU e organizzazioni regionali per il mantenimento della pace in Africa 35

Fabio Bassan
Dalla *golden share* al *golden power*: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia 57

Claudio Di Turi
La strategia commerciale dell'Unione europea tra regionalismo economico e multilateralismo: quale ruolo per gli accordi di libero scambio di nuova generazione? 81

Micaela Lottini
Rapid Alert Systems as Mechanisms of Mutual Administrative Assistance 103

Egeria Nalin
I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo 117

NOTE E COMMENTI

Federico Straziota
Legge anticorruzione e attuazione degli obblighi europei: l'ennesima occasione mancata? 149

Francesca Capotorti
La vicenda degli *abogados* e l'incerto confine tra abuso del diritto e legittimo *qualification shopping* con riferimento alla direttiva 98/5/CE 177

RECENSIONI

Sara De Vido, Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale. Profili di diritto internazionale e dell'Unione europea, Padova, Cedam, 2012 (I. Ingravallo) 205

Libri ricevuti 207

Indice degli autori 209

Summary

ARTICLES

Ennio Triggiani
The Convoluted Issue of the Fundamental Social Rights in the EU 9

Giovanni Cellamare
On the Relationship between the United Nations and Regional Organizations for the Maintenance of Peace in Africa 35

Fabio Bassan
From Golden Share to Golden Power: The European Shift of Paradigm for State Intervention in the Economy 57

Claudio Di Turi
The Trade Strategy of the European Union between 'Economic Regionalism' and Multilateralism: What Role for the New Generation Free Trade Agreements? 81

Micaela Lottini
Rapid Alert Systems as Mechanisms of Mutual Administrative Assistance 103

Egeria Nalin
Protocols 15 and 16 to the European Convention of Human Rights 117

NOTES AND COMMENTS

Federico Straziota
Anti-corruption Law and EU Obligations Implementation: Is It another Missed Opportunity? 149

Francesca Capotorti
The Case of *abogados* and the Uncertain Boundary between Abuse of Right and Legitimate Qualification Shopping with Reference to the Directive 98/5/EC 177

BOOK REVIEWS

Sara De Vido, Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale. Profili di diritto internazionale e dell'Unione europea, Padova, Cedam, 2012 (I. Ingravallo) 205

Books received 207

List of contributors 209

Articoli

Studi sull'integrazione europea, IX (2014), pp. 9-33

Ennio Triggiani*

La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea**

Sommario: 1. La fase "economica" dell'integrazione sociale europea. – 2. I primi passi verso la costruzione del modello sociale europeo. – 3. La valorizzazione degli obiettivi sociali dopo Maastricht. – 4. La tutela dei diritti sociali attraverso direttive e la Carta di Nizza. – 5. Il dialogo sui diritti sociali fondamentali tra Corti europee e Comitati di esperti. – 6. La "sofferta" evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia: l'equivalenza gerarchica fra diritti e libertà fondamentali. – 7. Il Trattato di Lisbona e il principio di solidarietà. – 8. La distinzione, nella Carta dei diritti fondamentali, tra principi e diritti. – 9. I possibili riflessi dell'adesione dell'Unione alla Convenzione di Roma del 1950. – 10. Le ripercussioni della crisi economica sui diritti sociali e la crisi d'identità europea.

1. Esistono due ragioni principali per ricollocare e riqualificare in sede europea i diritti sociali, partendo da quelli fondamentali. La prima è data dalla dimensione sovranazionale delle relazioni sociali quale conseguenza inevitabile di quella, ben più consolidata, dell'economia; essa ha prodotto la necessità di sviluppare un nuovo compromesso sociale per le conseguenti ed ovvie difficoltà dei sistemi nazionali di assicurare un'adeguata protezione. Tale esigenza trova le sue rilevanti premesse ed i necessari adattamenti successivi, pur con i limiti del corrispondente grado di effettività, anzitutto nelle convenzioni dell'*Organizzazione internazionale del lavoro* (OIL) ed i suoi *core labour standards* finalizzati ad integrarne la tutela nella regolazione del mercato e del commercio internazionale[1]. In questo ambito, la *Dichiarazione sulla giustizia sociale per una mondializzazione giusta*, adottata a Ginevra il 10 giugno 2008, ha sancito che "la violazione dei principi e dei diritti fondamentali del lavoro non possono essere invocati né utilizzati come vantaggi comparativi legittimi". Difficile, pertanto, non riconoscere ai suddetti *standards* portata di norme aventi carattere consuetudinario.

---

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

** Il presente scritto è destinato anche agli "Scritti in onore di Giuseppe Tesauro".

1 La *Dichiarazione dell'ILO sui principi e i diritti fondamentali del lavoro e suoi seguiti*, adottata dall'OIL il 16 giugno 1988, ha individuato quali principi riguardanti i diritti fondamentali oggetto delle Convenzioni dell'Organizzazione: a) libertà di associazione e riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva; b) eliminazione di ogni forma di lavoro forzato o obbligatorio; c) abolizione effettiva del lavoro minorile; d) eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione.

La seconda ragione risiede nel trasferimento di una pluralità di competenze e poteri normativi, anche per quanto riguarda la sfera sociale, nelle istituzioni europee, estendendo lo spazio di operatività dei diritti sociali dalla dimensione nazionale a quella continentale. A questo proposito, e ci si limiterà ad occuparci di tale profilo, appaiono inizialmente scarsi i riferimenti rintracciabili nel sistema del Consiglio d'Europa in quanto i diritti economici e sociali sono sanciti solo nella *Carta sociale europea* (Torino, 1961). Essa presenta, tuttavia, le caratteristiche tipiche del *soft law* con i conseguenti limiti, anche se nel 1995 è stato aggiunto un Protocollo che prevede una procedura di reclami collettivi basata sul ricorso al Comitato europeo dei diritti sociali, i cui contenuti sono stati arricchiti a seguito di apposita revisione operata nel 1996 (ed entrata in vigore nel 1999).

Maggiore rilievo, nell'ambito del Consiglio d'Europa, per lo meno sotto il profilo dell'efficacia giuridica, assume la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* di Roma del 1950 (d'ora in poi CEDU), peraltro caratterizzata nei termini dei diritti civili e politici individuali e non di quelli sociali. E comunque, alcuni dei primi, letti successivamente anche in riferimento alla normativa dell'Unione europea in particolare con l'interpretazione fornitane dalla Corte europea di Strasburgo, consentono a loro volta di contribuire, come vedremo, alla costruzione di una dimensione sociale della Convenzione.

I diritti sociali presentano invece ben altra portata nell'ambito dell'ordinamento comunitario, anche se inizialmente essi sono pressoché assenti e vengono comunque sacrificati sull'altare del mercato comune e della concorrenza. Nella prima fase i riferimenti fondamentali vanno ricercati soltanto nel principio di eguaglianza e nel divieto delle discriminazioni, peraltro coniugati in funzione della libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori dei Paesi membri. È vero, infatti, che il Trattato di Roma istitutivo della *Comunità economica europea* indica *ab initio* tra gli obiettivi "un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita" (art. 2) e con l'art. 117 esprime l'accordo tra gli Stati membri "sulla necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera che consenta la loro parificazione nel progresso". Ma fra le c.d. "clausole sociali" (articoli 117-122) solo la parità retributiva uomo-donna diviene successivamente, grazie alla Corte di giustizia, il primo "cavallo di Troia" di un'effettiva tutela del lavoro. Non a caso proprio in occasione dell'applicazione di tale parità la Corte di giustizia sancisce, nel noto caso *Defrenne II* del 1976[2], che "il principio della parità di retribuzione è uno dei principi fondamentali della comunità" e che "l'art. 119 può essere applicato direttamente e può quindi attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare".

Lo stesso *Comitato economico e sociale* – istituito già nel 1957 e formato attualmente da 353 rappresentanti dei datori di lavoro, dei lavoratori dipendenti e di altri attori rappresentativi della società civile – nasce come mero *forum* di discussione delle questioni legate al mercato unico per trasmettere i propri pareri alle maggiori istituzioni. Esso è oggi, con il Comitato delle Regioni, organo consultivo dell'Unione pur se può formulare pareri anche di propria iniziativa (articoli 301-304 TFUE).

[2] Sentenza dell'8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne II*, *Raccolta*, p. 455.

Il Trattato, nei primi anni, ha un chiaro e del tutto prioritario obiettivo e cioè la creazione del mercato europeo, rendendo la legislazione in materia di lavoro di fatto ancillare e soprattutto funzionale rispetto a questo, limitandone la portata ad aspetti strettamente legati alla creazione e al mantenimento dello stesso. In altri termini, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro si sarebbe prodotto solo quale conseguenza del funzionamento del mercato comune e comunque costituirebbe oggetto di tutela soprattutto al fine di evitare distorsioni della concorrenza[3]. Ciò non toglie che tale legislazione, soprattutto e sempre per opera della Corte di giustizia, abbia espresso egualmente effetti socialmente benefici ma sostanzialmente preterintenzionali. In tal senso, infatti, va letta la vasta giurisprudenza della Corte nell'attribuire valenza sociale al principio di non discriminazione a motivo della nazionalità nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori, al fine di consentire l'inserimento degli stranieri comunitari e delle loro famiglie nel nuovo contesto territoriale di immigrazione.

2. È quindi lento e complesso il superamento progressivo del *deficit* sociale diretto alla costruzione di un vero e proprio *modello sociale europeo* quale circostanza identitaria basata sullo sviluppo della politica sociale e l'insieme dei diritti sociali cui la stessa fa riferimento. Questo cammino, strettamente collegato al più generale *deficit* democratico dell'integrazione europea, viene sollecitato dal progetto di trattato Spinelli adottato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984: nell'art. 4, par. 3, si prevede l'adesione ai *Patti delle Nazioni Unite sui diritti umani* del 1966 nonché l'adozione di una propria *Dichiarazione dei diritti fondamentali*.

Su questa base si aprono, così, i primi tentativi di *dialogo sociale* a livello comunitario con gli incontri che si svolgono, a partire dal gennaio 1985, presso la residenza di Val Duchesse, tra la Confederazione europea dei sindacati (CES), nata nel 1973, e le organizzazioni europee degli imprenditori sia privati (UNICE) che pubblici (CEEP).

La conciliabilità delle misure sociali con lo sviluppo e la crescita economica è, inoltre, sollecitata da Jacques Delors, che nel 1985 promuove il *Libro bianco sul completamento del mercato interno*, successivamente ripreso nel *Libro bianco su crescita, competitività, occupazione*: *le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo* (1993).

Eppure, il secondo "cavallo di Troia" ai fini del maggiore rilievo dei profili sociali nell'ordinamento comunitario è dato da un aspetto puramente procedurale ma di notevole significato non solo simbolico. Infatti, con l'*Atto Unico* del 17 febbraio 1986 è introdotto il *voto a maggioranza qualificata* per l'approvazione delle norme dirette a migliorare l'ambiente di lavoro e a tutelare salute e sicurezza dei lavoratori (art. 118A TCEE). È di tutta evidenza che sottrarre una materia di così delicata importanza all'esercizio, nel Consiglio dei ministri, del diritto di veto significa rendere finalmente possibile l'adozione di numerosi atti, a partire dalla direttiva

[3] Secondo il Rapporto Ohlin, l'integrazione economica avrebbe automaticamente favorito una armonizzazione nel progresso dei sistemi sociali nazionali potendosi ricorrere a misure di politica sociale sovranazionale solo nei casi eccezionali di *dumping* sociale: v. *Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts*, Geneva, 1956. Una sintesi del rapporto è in *International Labour Review*, 1956, n. 2, pp. 99-123.

89/391/CEE, del 12 giugno 1989, riguardante l'applicazione di provvedimenti volti a *promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro*[4].

Un'ulteriore novità, di significative conseguenze, è data dall'introduzione del concetto di *coesione economica e sociale*, comportante l'impegno degli Stati membri verso la riduzione del divario fra le diverse regioni e del ritardo di quelle meno favorite.

Le numerose e qualificate tappe descritte portano all'approvazione, il 9 dicembre 1989, della *Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* la quale, per quanto qualificabile in termini di *soft law*, diviene base per sviluppi importanti, cominciando a disegnare uno spazio sociale europeo.

Viene così ampliata la concreta dimensione del modello sociale in costruzione attraverso l'emergere di varie tematiche, peraltro di problematico inquadramento, come il diritto di lavorare e il diritto di accesso ai servizi di collocamento, o l'equità e la giustizia nelle condizioni di lavoro; a seguire, l'attenzione del legislatore europeo si sofferma su materie di sicura rilevanza come il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione.

3. Il vero punto di svolta si ha con il *Trattato sull'Unione europea di Maastricht* (7 febbraio 1992), con cui l'ampliamento della dimensione sociale dell'azione comunitaria si determina grazie allo stratagemma, necessario per superare l'opposizione britannica, di inserire un *Protocollo addizionale* sottoscritto inizialmente solo da undici dei dodici Stati membri. L'*Accordo sulla politica sociale*, allegato al Protocollo, estende gli obiettivi dell'intervento comunitario in materia, inserendo l'informazione e la consultazione dei lavoratori, la parità uomo-donna, l'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro. Inoltre, per questi settori e soprattutto nell'ambito della fissazione delle condizioni di lavoro, il Consiglio delibera a maggioranza qualificata degli Stati firmatari, pur restando esclusi i settori della retribuzione e del diritto sindacale. L'accordo, poi, istituzionalizza il dialogo fra le *parti sociali* a livello comunitario ed adotta il metodo di incorporare gli accordi quadro ed i contratti collettivi in direttive. Ma soprattutto, in via generale, è operato il rinvio ai diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e viene istituita la *cittadinanza europea*.

L'anomalia britannica della descritta clausola derogatoria è superata con il *Trattato di Amsterdam* (2 ottobre 1997), grazie al nuovo atteggiamento politico assunto dal Regno Unito. Il contenuto dell'accordo sulla politica sociale, con la contestuale abrogazione del *Protocollo n. 14* allegato al Trattato sull'Unione, includente le disposizioni adottate a Maastricht, è così trasposto nei nuovi articoli da 136 a 145 con un preciso riferimento ai diritti sociali fondamentali (art. 136).

Il nuovo quadro normativo offre maggiori possibilità interpretative alla Corte di giustizia per cui i nuovi equilibri politici raggiunti sono dalla stessa assunti nella sentenza *Albany*[5] del 1999, con cui vengono posti primi limiti alla libertà di concor-

[4] Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, *GUCE* L 183, 29 giugno 1989, p. 1 ss.

[5] Sentenza del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International B*, *Raccolta*, p. I-5751.

renza in ordine agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori; infatti, gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, par. 1, TCE (oggi art. 101, par. 1, TFUE) nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro[6]. Nella sentenza, inoltre, è fatto esplicito riferimento al *principio di solidarietà* che, come vedremo, acquisterà dopo Lisbona un ruolo decisamente più rilevante nel sistema unionale.

I passi avanti così registrati restano tuttavia ancorati al conseguimento di *obiettivi sociali* ma non del soddisfacimento di veri e propri *diritti sociali*, e pur sempre nel quadro del mantenimento della competitività dell'economia comunitaria.

La valorizzazione dei profili sociali nel sistema comunitario trova, comunque, ulteriore espressione con l'importantissima decisione nel caso *Schröeder*, a compimento del complesso percorso intrapreso con la citata sentenza *Defrenne II*. In essa è precisato che "la finalità economica perseguita dall'art. 119 del Trattato (…) riveste un carattere secondario rispetto all'obiettivo sociale di cui alla stessa disposizione, la quale costituisce l'espressione di un diritto fondamentale della persona umana"[7].

E peraltro la stessa Corte aveva poco prima aperto significativi spiragli con la sentenza *Arblade*[8], con cui afferma che una restrizione alla libera prestazione dei servizi, ai sensi dell'art. 59 TCE può essere giustificata soltanto qualora sia necessaria per tutelare effettivamente e con i mezzi appropriati la ragione imperativa d'interesse generale costituita dalla tutela sociale dei lavoratori.

Tale precisazione viene ribadita a più riprese negli anni successivi, come nella sentenza *Commissione* c. *Italia* del 2002[9] per cui la tutela dei lavoratori rientra tra i motivi imperativi d'interesse generale che possono giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi (o ancora, in particolare, nelle sentenze *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*[10] *e Commissione* c. *Lussemburgo* in cui la Corte afferma con chiarezza: "[è] certo che tra le ragioni imperative d'interesse generale già riconosciute dalla Corte vi è la tutela dei lavoratori"[11]).

4. L'impulso fornito dalle revisioni del Trattato avvenute negli anni '90 consente l'adozione di numerose direttive in materia sociale. Si ricordano le direttive 91/533 sulle *informazioni al lavoratore delle condizioni di lavoro*[12], 93/104 (poi

---

6 *Ivi*, punto 46.

7 Sentenza del 10 febbraio 2000, causa C-50/96, *Deutsche Telekom AG* c. *Lilli Schröeder*, *Raccolta*, p. I-743, punto 57.

8 Sentenza del 23 novembre 1999, cause riunite C-369 e 376/96, *Procedimenti penali a carico di Jean-Claude Arblade* e *Arblade & Fils SARL* e *Bernard Leloup, Serge Leloup* e *Sofrage SARL*, *Raccolta*, p. I-8453, punto 60.

9 Sentenza del 7 febbraio 2002, causa C-279/00, *Commissione* c. *Italia*, *Raccolta*, p. I-1460, punto 19.

10 Sentenza del 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, *Raccolta*, p. I-4007, punto 14.

11 Sentenza del 21 ottobre 2004, causa C-445/03, *Commissione* c. *Lussemburgo*, *Raccolta*, p. I-10191, punto 29.

12 Direttiva 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, *GUCE* L 288, 18 ottobre 1991, p. 32 ss.

divenuta 2003/88) sull'*orario di lavoro*[13], 96/34 sui *congedi parentali*[14] e 97/81 sul *lavoro a tempo parziale*[15].

Di grande rilievo è poi la direttiva 99/70/CE sul *lavoro a tempo determinato*[16] (come le direttive 96/34 e 97/81, frutto diretto del dialogo sociale in quanto recepisce un accordo quadro in ambito europeo) per l'ovvia ragione che, con la crisi economica, si amplia il ricorso al contratto a termine quale formula contrattuale preferita per le nuove assunzioni e quindi per l'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro. La direttiva, che pur all'inizio era sembrata troppo a maglie larghe e permissiva, si è rivelata uno strumento normativo in grado di offrire garanzie importanti in molti Paesi ed in particolare nel nostro, anche in virtù dei numerosi interventi della Corte di giustizia (tra le sentenze più significative, in questi anni, *Adeneler*[17], *Marrosu-Sardino*[18], *Vassallo*[19], *Impact*[20], *Angelidaki*[21] *e da ultimo Sorge*[22]).

La tutela dei diritti in materia sociale si rafforza con l'approvazione dapprima della direttiva 2000/43 (che attua il principio della *parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*)[23] e, quindi, della direttiva 2000/78 (che stabilisce un quadro generale per *la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*)[24], nonché le direttive 2002/73 e 2006/54 sulle *pari opportunità*[25]. Queste ultime risultano provvedimenti di grande rilevanza,

---

13 Direttiva 93/104/CE del Consiglio, del 23 novembre 1993, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, *GUCE* L 307, 13 dicembre 1993, p. 18 ss., sostituita dalla direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, *ivi* L 299, 18 novembre 2003, p. 9 ss.

14 Direttiva 96/34/CE del Consiglio, del 3 giugno 1996, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, *GUCE* L 145, 16 giugno 1996, p. 4 ss.

15 Direttiva 97/81/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, *GUCE* L 14, 20 gennaio 1998, p. 9 ss.

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

17 Sentenza del 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Konstantinos Adeneler* e *a.* c. *Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, *Raccolta*, p. I-6057.

18 Sentenza del 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Cristiano Marrosu* e *Gianluca Sardino* c. *Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, *Raccolta*, p. I-7213.

19 Sentenza del 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Andrea Vassallo* c. *Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, *Raccolta*, p. I- 7251.

20 Sentenza del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact* c. *Minister for Agriculture and Food* e *a.*, *Raccolta*, p. I-2483.

21 Sentenza del 23 aprile 2009, cause riunite da C-378 a 380/07, *Angelidaki* e *a.*, *Raccolta*, p. I-3071.

22 Sentenza del 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Francesca Sorge* c. *Poste Italiane SpA*, *Raccolta*, p. I-5837.

23 Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, *GUCE* L 180, 19 luglio 2000, p. 22 ss.

24 Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, *GUCE* L 303, 2 dicembre 2000, p. 16 ss.

25 V. le direttive 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, *GUCE* L 269, 5 ottobre 2002, p. 15 ss.; e 2006/54/CE del

costruiti con struttura e contenuti quasi identici, salvo che per la specifica tipologia dei motivi discriminatori sanzionati.

L'importantissima direttiva 2000/78, secondo la Corte[26], non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro. Infatti, con il suo art. 1 si pone il solo obiettivo di "stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali", dal momento che il principio stesso del divieto di siffatte forme di discriminazione, come risulta dal 3° e 4° 'considerando' della detta direttiva, trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[27]. Il principio di *non discriminazione in ragione dell'età* deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario e la direttiva 2000/78 dà espressione concreta allo stesso[28]. D'altronde, già un anno prima la Corte ha legato il divieto di discriminazione al principio generale di *uguaglianza*, che rappresenta uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, di cui il primo risulta una concreta espressione[29]. L'esistenza di un principio generale di non discriminazione in base all'età e la sua idoneità ad esplicare effetti diretti orizzontali sono con maggiore chiarezza ribadite nella più recente sentenza *Kücükdeveci* del 2010[30].

Si delinea quindi un atteggiamento della Corte di giustizia in cui la tutela dei diritti non è più garantita solo in quanto funzionale agli interessi e agli obiettivi della Comunità, ma si lega progressivamente al raggiungimento dei valori ed obiettivi più generali perseguiti dal Trattato.

Tale evoluzione riceve un impulso determinante dal Consiglio europeo di Nizza (dicembre 2000) che adotta l'*Agenda sociale europea*, tappa fondamentale per rafforzare e modernizzare il modello sociale europeo attraverso un legame indissociabile tra prestazione economica e progresso sociale. Ma, soprattutto, viene approvata la *Carta dei diritti fondamentali* (18 dicembre 2000, d'ora in poi *Carta*) che, finalmente, non opera più la tradizionale divisione, frutto della guerra fredda, fra diritti civili e politici, da un lato, e sociali ed economici, dall'altro; tale distinzione appare ormai superata in una Comunità internazionale orientata sul carattere indivisibile ed interdipendente di tutti i diritti. Nell'atto adottato a Nizza, infatti, indivisibilità, interdipendenza e complementarietà dei diritti sono unificati attorno ai valori fondamentali della dignità della persona, della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà, della cittadinanza e della giustizia. Pertanto, i diritti delle diverse generazioni si intrecciano reciprocamente all'interno dei vari titoli e quelli sociali

---

Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, *GUUE* L 204, 26 luglio 2006, p. 23 ss.

26 Sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold* c. *Rüdiger Helm*, *Raccolta*, p. I-9981.

27 *Ivi*, punto 74.

28 *Ivi*, punto 75.

29 Sentenza del 12 ottobre 2004, causa C-313/02, *Nicole Wippel* c. *Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, *Raccolta*, p. I-9483, punti 54 e 56.

30 Sentenza del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Kücükdeveci* c. *Swedex GmbH & Co. KG*, *Raccolta*, p. I-365, punti 22-26.

sono di conseguenza collocati in posizione di equipollenza con gli altri diritti culturali, civili e politici.

È in tal senso significativo che la libertà di riunione e di associazione (art. 11) nonché i diritti di lavorare e di stabilirsi in qualunque Stato membro sono già sanciti (art. 15) nel titolo II dedicato alle "Libertà", insieme alla libertà di impresa (art. 16) e al diritto di proprietà (art. 17), ma trovano un rafforzamento nei successivi titoli III "Uguaglianza" e IV "Solidarietà". Nel III, l'art. 21 vieta qualsiasi forma di discriminazione e le successive disposizioni sanciscono la parità fra donne e uomini (art. 23), i diritti del minore (art. 24) e degli anziani (art. 25), l'inserimento delle persone con disabilità (art. 26). La maggior parte dei diritti sociali è, peraltro, contenuta nel titolo IV dedicato alla *Solidarietà* che accanto al lavoro si qualifica come oggetto di diritto fondamentale dell'Unione. È quindi evidente che la portata dei diritti sociali, dovendosene leggere la rilevanza attraverso la considerazione complessiva della *Carta*, riceve senza dubbio un sensibile rafforzamento.

Questo insieme di disposizioni si muove quindi nella medesima logica del perseguimento delle finalità di progresso e coesione sociali su cui afferma di fondarsi l'intero processo d'integrazione europea. È vero che la stessa *Carta* pone una propria autolimitazione, prevedendo all'art. 51, par. 2, di "non introdurre competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione" e di non modificare "le competenze e i compiti definiti nei trattati". Tuttavia tale portata delimitativa andrebbe letta nel senso che la Carta debba comunque dispiegare i suoi effetti riguardo a tutte le situazioni legate ad una materia oggetto di disciplina normativa dell'Unione[31].

5. L'approvazione della *Carta* e la valorizzazione del rango giuridico delle sue disposizioni produce importanti conseguenze. Anzitutto, esaltando il ruolo dei diritti umani nel sistema dell'Unione, si rafforza l'incidenza nello stesso della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* che di questi è sempre stata massima espressione di tutela nel nostro Continente. Peraltro, si determina una parziale ma indubbia sovrapposizione tra la *Carta* e la Convenzione europea, con l'ulteriore necessità di una coerenza dei due ordini normativi e dei rispettivi sistemi di tutela giurisdizionale, essendo gli Stati vincolati ad entrambe nel dare attuazione al diritto dell'Unione.

Con la *Carta*, in altri termini, si concretizza il passaggio da un'Unione europea solo economica ad un'Unione politica e di diritti, con il conseguenziale consolidamento del sistema giuridico comunitario. Essa si accolla l'altissimo compito di codificare il *modello sociale europeo*, frutto di un lento cammino pluridecennale che finalmente approda alla conclusione di una tappa dai caratteri decisivi.

Per quel che ci interessa più direttamente, il "prorompere" dei diritti fondamentali nel sistema dell'Unione non solo attribuisce alle prerogative socio-economiche lo stesso *status* degli altri diritti, secondo quanto sancito nel Preambolo della *Carta*, ma apre altresì un canale privilegiato con i diritti previsti dalla Convenzione europea di Roma del 1950 secondo la loro lettura operata dalla Corte di Strasburgo.

[31] In tal senso, specie riguardo all'applicazione delle direttive, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 5 aprile 2011, relative alla sentenza del 6 settembre 2011, causa C-108/10, *Ivana Scattolon* c. *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, *Raccolta*, p. I-7491.

Questa mostra già nella sentenza *Airey*[32] di propendere verso il carattere indivisibile dei diritti umani allorché afferma che il gratuito patrocinio deve essere accordato quando, ove non si concedesse, verrebbe vanificata la garanzia di un accesso effettivo alla giustizia. Ed inoltre, è vero che la Convenzione non sancisce un obbligo per gli Stati membri di realizzare un sistema di protezione sociale o di assicurare un determinato livello delle prestazioni assistenziali; tuttavia, una volta che tali prestazioni siano state istituite e concesse, la relativa disciplina non potrà sottrarsi al giudizio di compatibilità con le norme della Convenzione e, in particolare, con l'art. 14 che vieta la previsione di trattamenti discriminatori nel rispetto di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito[33]. Successivamente, nel caso *Zehnalová* e *Zehnal*, la Corte espressamente afferma che la Carta sociale europea può costituire una fonte di ispirazione per la propria attività[34]. Il che non significa, certo, prescindere dal riferimento alla natura essenziale della Convenzione. Infatti, nel caso *N.* c. *Regno Unito* si precisa che: "Although many of the rights it contains have implications of a social or economic nature, the Convention is essentially directed at the protection of civil and political rights (…). Furthermore, inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights"[35].

Una chiara apertura verso i diritti sociali si delinea, inizialmente, attraverso un'interpretazione estensiva della nozione di bene tutelato dall'art. 1, Protocollo 1 CEDU (*ius in re propria*), letto in combinato disposto con il principio di non discriminazione sancito nell'art. 14. Il *leading case* in tale settore è la sentenza *Gaygusuz*[36] del 1996, i cui contenuti sono più volte ripresi, ad esempio nella *Ichtigiaroglou*[37] del 2008; da tale giurisprudenza si desume chiaramente come la Corte organizzi la protezione dei diritti sociali, in questo caso riferiti al godimento della pensione di anzianità, quale strumento di protezione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione.

La Corte di Strasburgo evidenzia la sua nuova sensibilità in ordine al rispetto dei diritti fondamentali in materia sociale in particolare con il caso *Sigurður*[38] del 1993, ove essa, per garantire la libertà negativa di non appartenere a un sindacato, fa riferimento alla specifica attività del Comitato della Carta sociale che aveva già condannato l'Islanda per le stesse prassi. Tale interessante interazione con i Comitati di controllo dello stesso Consiglio o addirittura di altre organizzazioni internazionali (come il Comitato OIL) si è spesso verificata in materia di diritti sociali (ad esempio, ancora, nel caso *Koua Poirrez*[39] del 2003).

---

32 Sentenza del 9 ottobre 1979, *Airey* c. *Irlanda*.

33 Sentenza del 6 luglio 2005, *Stec* e *altri* c. *Regno Unito*, paragrafi 54-55, ribadita nella sentenza del 16 marzo 2010, *Carson* e *altri* c. *Regno Unito*, paragrafi 63-64.

34 Sentenza del 14 maggio 2002, *Zehnalová* e *Zehnal* c. *Repubblica ceca*.

35 Sentenza del 27 maggio 2008, *N.* c. *Regno Unito*, par. 44. V. in tal senso anche la sentenza del 7 luglio 1989, *Soering* c. *Regno Unito*.

36 Sentenza del 16 settembre 1996, *Gaygusuz* c. *Austria*.

37 Sentenza del 19 giugno 2008, *Ichtigiaroglou* c. *Grecia*.

38 Sentenza del 30 giugno 1993, *Sigurður Sigurjónsson* c. *Islanda*, par. 35.

39 Sentenza del 30 settembre 2003, *Koua Poirrez* c. *Francia*.

L'approvazione della *Carta*, come detto, rafforza tale evoluzione; essa, pur se all'epoca non ancora dotata di valore giuridicamente vincolante, è considerata un testo più avanzato e più aggiornato della Convenzione e quindi tale da legittimare una lettura di quest'ultima in senso evolutivo. Nelle sentenze *Goodwin*[40] del 2002 e *Enerji Yapi-Yol Sen*[41] del 2009, in applicazione dell'art. 11 della Convenzione, rispettivamente il diritto di contrattazione collettiva e il diritto di sciopero dei dipendenti pubblici sono qualificati diritti fondamentali in quanto corollari inscindibili delle libertà di associazione sindacale.

La Corte di Strasburgo è espressamente guidata dalla *Carta* anche in numerosi casi quali *Sørensen* e *Rasmussen*[42] del 2006, *Vilho Eskelinen* e *altri*[43] del 2007. Nelle sentenze *Demir* e *Baykara*[44] del 2008 ed *Enerji Yapi-Yol Sen* essa, superando la sua precedente giurisprudenza, afferma la riconducibilità rispettivamente della negoziazione collettiva e del diritto di sciopero alla previsione dell'art. 11 della CEDU posto a tutela della libertà di riunione e di associazione, le cui eccezioni devono essere interpretate restrittivamente in modo da garantire una protezione concreta ed efficace dei diritti umani. E inoltre desume anche dal ricordato rafforzamento del meccanismo di supervisione della Carta sociale nel Consiglio d'Europa "l'esistenza di un consenso tra gli Stati circa la promozione dei diritti sociali ed economici. Nulla impedisce alla Corte di tener conto di tale volontà generale degli Stati quando essa interpreta le disposizioni della Convenzione".

In altri termini, l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo verso una crescita di tutela dei diritti sindacali si conferma dovuta, almeno in parte, alla connessione instaurata con altri strumenti di tutela internazionale ed europea, quali le Convenzioni OIL e la Carta sociale secondo il diritto vivente fornito dai rispettivi Comitati di esperti.

In proposito, è interessante quanto emerge da una recente decisione del Comitato europeo della Carta sociale europea sul reclamo collettivo presentato dalle Confederazioni sindacali svedesi a seguito delle modifiche legislative intervenute nel Paese dopo la sentenza *Laval*, di cui si parlerà in seguito[45]. Per il Comitato, anzitutto, misure pur obbligatorie adottate dalle istituzioni europee e le disposizioni nazionali ad esse ispirate, anche secondo sentenze pregiudiziali rese dalla Corte di giustizia, non possono comunque sottrarsi agli impegni derivanti dalla Carta sociale. Nella specie, la legislazione svedese, adottata per adeguare l'ordinamento alle prescrizioni della Corte di giustizia, risulta in contrasto con gli articoli 6, paragrafi 2 e 4, e 19, par. 4, lettere a) e b) della Carta sociale, in quanto avrebbe introdotto restrizioni eccessive al diritto di sciopero e di contrattazione collettiva, essendo questi diritti che rappresentano la base necessaria per l'attuazione di altri diritti fondamentali sanciti dalla stessa. La restrizione dei diritti sindacali sarebbe compatibile con i principi della

---

40 Sentenza del 11 luglio 2002, *Christine Goodwin* c. *Regno Unito*.

41 Sentenza del 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen* c. *Turchia*, par. 84 in particolare.

42 Sentenza dell'11 gennaio 2006, *Sørensen* e *Rasmussen* c. *Danimarca*.

43 Sentenza del 19 aprile 2007, *Vilho Eskelinen* e *altri* c. *Finlandia*.

44 Sentenza del 12 novembre 2008, *Demir* e *Baykara* c. *Turchia*.

45 Comitato della Carta sociale europea, decisione del 3 luglio 2013 (depositata il 20 novembre 2013), *Swedish Trade Union Confederation* e *Swedish Confederation of Professional Employees* c. *Svezia*, ricorso n. 85/2012, non ancora pubblicata.

Carta sociale (art. 6, par. 2) solo se è prevista dalla legge, se persegue obiettivi legittimi e se risulta proporzionata all'obiettivo perseguito. La legge svedese, al contrario, introducendo una limitazione all'azione collettiva e vincolandola al perseguimento del solo "livello minimo" delle condizioni di lavoro, viola il diritto fondamentale dei lavoratori di esercitare azioni collettive per la tutela dei propri interessi. Va inoltre sottolineato che, per il Comitato, l'obiettivo di facilitare la libera circolazione dei servizi non può costituire *a priori* un valore più grande rispetto ai diritti essenziali dei lavoratori quali il diritto all'azione collettiva per reclamare una migliore protezione dei propri diritti ed interessi economici e sociali (par. 18).

6. Peraltro, in una sorta di "simbiosi mutualistica", la *Carta* contribuisce al conseguenziale rafforzamento, nel sistema dell'Unione, del ruolo assunto dalle norme della Convenzione di Roma del 1950 rispetto alla quale i giudici di Lussemburgo si sentono, a loro volta, ancor più propensi a riconoscerne il rilievo. Esemplare, in tal senso, è una sentenza della Corte di giustizia del 2003 nel caso *Schmidberger*: in essa la Corte piega il principio della libera circolazione delle merci, un tempo intangibile, al rispetto di un diritto fondamentale come quello di *sciopero*. La tutela dei diritti fondamentali "rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci"[46].

Per i giudici di Lussemburgo è altresì importante il riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ritenuta un parametro fondamentale tanto che alcuni dei diritti da essa sanciti (quello alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti) "non tollerano comunque alcuna restrizione". I diritti alla libertà d'espressione e alla libertà di riunione pacifica, oggetto di valutazione nella specie, vanno invece considerati alla luce della loro funzione sociale consentendone alcune restrizioni a condizione che le stesse rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati. Occorre quindi effettuare un bilanciamento tra gli interessi di cui si tratta ed accertare, con riferimento a tutte le circostanze di ciascuna fattispecie, se sia stato osservato un giusto equilibrio tra tali interessi. Si introduce, quindi, un criterio che grande rilievo assumerà nei successivi casi *Viking* e *Laval* affrontati dalla Corte di giustizia.

La tutela dei diritti fondamentali può quindi giustificare una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà garantita dal Trattato. Nella sentenza *Omega*[47] del 2004, la Corte ribadisce che la tutela dei

[46] Sentenza del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge* c. *Austria*, *Raccolta*, p. I-5659, punto 74. Nella specie, la presenza di manifestanti sull'autostrada del Brennero aveva comportato il blocco della circolazione stradale per una durata di quasi 30 ore. Ma, per la Corte, con la manifestazione taluni cittadini avevano esercitato i loro diritti fondamentali esprimendo pubblicamente un'opinione da loro ritenuta importante nella vita della collettività; era pacifico inoltre che tale manifestazione pubblica non mirava ad impedire gli scambi di merci aventi una natura o un'origine particolari.

[47] Sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH* c. *Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, *Raccolta*, p. I-9609.

diritti fondamentali "rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato (…)". Per essa "(…) l'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto. Non vi sono dunque dubbi che l'obiettivo di tutelare la dignità umana è compatibile con il diritto comunitario (…)"[48]. Inoltre, "[p]oiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi"[49]. La sottolineatura del valore di autonoma garanzia riconosciuto al principio della dignità umana quale *principio generale del diritto* evidenzia con forza l'influenza della *Carta*[50].

Le speranze da molti riposte in una sorta di "capovolgimento" dei rapporti tra diritti economici e diritti sociali grazie alla giurisprudenza innovativa della Corte di giustizia sono nondimeno deluse dalle celeberrime sentenze *Viking*[51] e *Laval*[52] del 2007.

Nella prima, oggetto del giudizio è un'iniziativa sindacale, comprendente lo sciopero, volta ad impedire, mediante la stipulazione di appositi contratti collettivi, gli effetti deteriori sul trattamento dei lavoratori del mutamento di bandiera, da finlandese ad estone, di una nave. Nella *Laval*, si tratta della pretesa avanzata dal sindacato, anche mediante azioni collettive, di indurre un'impresa lettone, avente cantieri in Svezia, ad aderire ad un contratto collettivo al quale è pacifico in causa che l'impresa medesima abbia la libertà di aderire.

Nelle due sentenze la Corte di giustizia, pur riconoscendo per la prima volta il diritto dei sindacati di intraprendere un'azione collettiva come un diritto fondamentale, tuttavia ne limita l'utilizzazione nel senso che essa deve avvenire "in modo proporzionato". I diritti sociali sono inseriti in un circuito di bilanciamento con le libertà economiche fondamentali tale da nuocere alla loro affermazione come diritti dotati di effettività. Infatti, la Corte precisa che le restrizioni alle libertà del mercato possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa d'interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché venga accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vadano al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo. Nella sentenza *Viking* la Corte, pur sancendo l'intangibilità del diritto di sciopero a fini contrattuali nei confronti della libertà di concorrenza (nei limiti indicati dalla sentenza *Albany*), ne ha poi esplicitamente escluso l'applicabilità anche alle libertà economiche di

48 *Ivi*, punto 34.

49 *Ivi*, punto 35.

50 All'obbligo di interpretare la normativa dell'Unione alla luce del principio della dignità umana fa riferimento, di recente, la Corte ad es. nella sentenza del 27 settembre 2012, causa C-179/11, *Cimade* e *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)* c. *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

51 Sentenza dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation* e *Finnish Seamen's Union* c. *Viking Line ABP* e *OÜ Viking Line Eesti*, *Raccolta*, p. I-10779.

52 Sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd* c. *Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan* e *Svenska Elektrikerförbundet*, *Raccolta*, p. I-11767.

circolazione; e ciò in quanto, a differenza di quanto si pone per la libertà di concorrenza, "non si può ritenere che all'esercizio stesso della libertà sindacale e del diritto di intraprendere un'azione collettiva sia inevitabilmente connessa una certa lesione di tali libertà fondamentali"[53].

La scelta della Corte di fissare un'*equivalenza gerarchica* tra diritti fondamentali e libertà fondamentali (secondo l'espressione utilizzata nelle conclusioni dall'Avvocato generale Trstenjak nel caso *Commissione* c. *Germania*[54]) avrebbe potuto forse porsi in termini più equilibrati, dando maggiore rilievo al diritto fondamentale di sciopero e valutando fino a che punto quest'ultimo potesse essere condizionato dalle libertà economiche.

Analoghe critiche possono essere svolte a proposito delle successive sentenze *Dirk Rüffert*[55] e *Commissione* c. *Germania*[56]. In quest'ultima, la Corte, ribadendo la posizione già assunta in *Viking* e *Laval*, afferma che neppure l'esercizio del diritto di contrattazione collettiva, pur riconosciuto come diritto fondamentale dell'ordinamento europeo, è in grado di consentire forme di aggiudicazione di contratti di servizio a soggetti privati, fuori dalle procedure di pubblico incanto e senza il rispetto del principio di concorrenza. Viene quindi dalla Corte assegnata una sostanziale prevalenza alla puntuale disciplina sovranazionale di settore della libertà economica, nella specie contenuta nelle direttive 92/50 e 2004/18[57].

La libertà d'impresa è stata ritenuta prevalente anche nella recente sentenza *Alemo-Herron*[58] concernente il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di proprietà dell'impresa. L'art. 3, paragrafi 1-3, della direttiva 2001/23[59] prevede che i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza dello stesso, trasferiti al cessionario. Inoltre, il successivo art. 8 consente agli Stati membri "di applicare o di introdurre disposizioni legislative o ammini-

---

53 Sentenza *Viking*, punto 52.

54 Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 14 aprile 2010, relative alla sentenza del 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione* c. *Germania*, *Raccolta*, p. I-7091.

55 Sentenza del 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Dirk Rüffert* c. *Land Niedersachsen*, *Raccolta*, p. I-1989. Nella sentenza, tuttavia, si apre un piccolo spiraglio, peraltro privo di ulteriori considerazioni, allorché la Corte fa "salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole" (punto 34).

56 Sentenza *Commissione* c. *Germania*. Nella successiva sentenza dell'8 settembre 2011, cause riunite C-297 e 298/10, *Sabine Hennigs* c. *Eisenbahn-Bundesamt* e *Land Berlin* c. *Alexander Mai*, *Raccolta*, p. I-7965, la Corte ha riaffermato la qualificazione del diritto di contrattazione collettiva come diritto fondamentale, avvalorando una clausola di cessazione automatica dei rapporti di lavoro in quanto frutto di un accordo negoziato tra i rappresentanti dei lavoratori e quelli dei datori di lavoro.

57 Direttive 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, *GUCE* L 209, 24 luglio 1992, p. 1 ss.; e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, *GUUE* L 134, 30 aprile 2004, p. 114 ss.

58 Sentenza del 18 luglio 2013, causa C-426/11, *Mark Alemo-Herron* e *a.* c. *Parkwood Leisure Ldt*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

59 Direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, *GUCE* L 82, 22 marzo 2001, p. 16 ss.

strative più favorevoli ai lavoratori o di incoraggiare o consentire l'applicazione di accordi collettivi o di accordi tra le parti sociali più favorevoli ai lavoratori". La questione concerneva quindi la possibilità per uno Stato di offrire ai lavoratori una protezione "dinamica", in applicazione del diritto contrattuale nazionale, in virtù della quale al cessionario potessero essere opposti non soltanto contratti collettivi in vigore al momento del trasferimento di cui trattasi, ma anche quelli successivi allo stesso. Tuttavia, per la Corte, anche considerato che il trasferimento era avvenuto tra un'impresa pubblica ed una privata, un rinvio "dinamico" limitava considerevolmente il margine di manovra necessario all'adozione delle misure di adeguamento e cambiamento da parte di un cessionario privato; pertanto, una clausola del genere sarebbe atta a pregiudicare il giusto equilibrio tra gli interessi del cessionario nella sua veste di datore di lavoro, da una parte, e quelli dei lavoratori, dall'altra, in violazione dell'art. 16 della *Carta* che sancisce la libertà d'impresa[60].

Si è accennato in precedenza alla circostanza che il criterio del "bilanciamento" era già stato adottato dalla Corte di Strasburgo ma il relativo impatto valutativo è certamente inferiore; essa, infatti, deve basarsi anzitutto sul diritto da proteggere e solo nelle considerazioni finali ha il compito di verificare l'eventuale esistenza di limiti, peraltro operanti solo se espressamente sanciti. Si tratta, evidentemente, di un approccio che appare come opposto rispetto a quello utilizzato dalla Corte di giustizia, ancorata alla persistente priorità delle libertà economiche.

Lo scarso "coraggio" che la Corte di giustizia continua a mostrare va comunque letto alla luce della collocazione dei diritti in questione in un ambito sovranazionale ancora a dimensione prevalentemente economica. Certamente, il rafforzarsi del processo d'integrazione europea, con il valore giuridicamente vincolante della *Carta* e la futura adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di cui si parlerà di seguito), potrebbero creare un quadro normativo di base tale da indurre la Corte di giustizia, anche sotto la spinta di quella di Strasburgo, a rivedere le proprie posizioni in ordine al "disegno gerarchico" dei valori fondamentali.

7. Nella direzione appena indicata si muovono, appunto, la firma (13 dicembre 2007) e poi l'entrata in vigore (1° dicembre 2009) del *Trattato di Lisbona*, anche se la riforma si colloca temporalmente in uno dei momenti più difficili delle vicende economico-finanziarie internazionali e, di riflesso, più delicati per le sorti dello stesso processo d'integrazione europea.

Eppure con il nuovo Trattato s'introducono interessanti novità sotto il profilo della valorizzazione degli aspetti sociali dell'integrazione. In via generale l'art. 6 TUE, oltre a riproporre il richiamo alla Convenzione europea e alle tradizioni costituzionali comuni, codifica l'adesione dell'UE alla CEDU e, soprattutto, per quanto qui rileva, accorda alla *Carta*, finalmente, lo stesso valore giuridico vincolante dei Trattati. Pertanto il *quid pluris* dell'art. 6 TUE, secondo i più, coinciderebbe proprio con il suo *quid novi*, ossia con la circostanza di determinare un concorso di fonti, la cui applicazione difficilmente potrà essere sottratta al principio dello *standard* massimo di protezione.

[60] In secondo luogo, va rilevato che, secondo una giurisprudenza costante, occorre interpretare le disposizioni della direttiva 2001/23 nel rispetto dei diritti fondamentali quali enunciati dalla *Carta* (v., in tal senso, la sentenza *Cimade* e *GISTI*, punto 42).

Più in particolare, l'art. 2 TUE sui *valori* dell'Unione sancisce quello della *solidarietà*, caratterizzando in tal modo la disposizione successiva sugli *obiettivi*. Nell'art. 3, par. 3, infatti, gli obiettivi dell'Unione sono ridefiniti facendo esplicito riferimento ad un'economia sociale di mercato, alla "piena occupazione" (non più, come nei precedenti articoli 2 TUE e 2 TCE, ad "un elevato livello di occupazione"), alla lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni, alla parità tra donne e uomini, alla solidarietà e alla coesione sociale (sono tutti nuovi riferimenti importanti per la dimensione sociale).

Il Trattato del 2007 ha, poi, eliminato dall'articolo dedicato agli obiettivi dell'Unione il riferimento a "un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno" (prima contenuto nell'art. 3, par. 1, lett. g), TCE), trasferendo tale obiettivo nel *Protocollo n. 27* sul mercato interno e sulla concorrenza, allegato al Trattato, con una sorta di "decostituzionalizzazione" della stessa. Esso ha, per converso, introdotto l'obiettivo di un'*economia sociale di mercato fortemente competitiva*, formula nella quale un ruolo particolarmente incisivo viene assegnato all'aggettivo *sociale*, collocato tra i sostantivi "economia" e "mercato", così evidenziando uno sforzo di riequilibrio tra valori, fini ed obiettivi sociali ed economici, appunto nell'ottica di un'integrazione tra solidarietà e mercato. L'art. 3 TUE segna, in via generale, la definitiva e formale fine della "frigidità sociale" dell'Europa, secondo la nota iperbole di Mancini, e l'assunzione in proprio, e non soltanto attraverso gli Stati, di qualificanti obiettivi sociali, per quanto nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 5, par. 3, TUE).

Un ulteriore aspetto della "conversione" del Trattato si evince dall'art. 9 TFUE[61], una vera e propria *clausola sociale orizzontale* che introduce per la prima volta nel sistema una "condizionalità sociale" affiancandosi, e restituendo loro maggior forza, alle altre più specifiche clausole orizzontali come quelle relative alla parità tra uomini e donne, alla tutela dell'ambiente, alla protezione dei consumatori, alla lotta contro la discriminazione (articoli 8, 10, 11 e 12 TFUE) tutte significativamente collocate nel titolo II "Disposizioni di applicazione generale". La sua importanza si evidenzia, altresì, ove se ne collochi l'operatività, considerato il suo carattere generale, nell'ambito delle relazioni internazionali dell'Unione cui dovrebbe quindi imporre un'azione sempre più incisiva nella lotta contro il *dumping sociale* ed a favore della promozione dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Il rilievo delle norme appena descritte va tuttavia al di là del loro specifico contenuto in quanto esso risulta esaltato dal complessivo nuovo contesto in cui ci si pone, caratterizzato dal ben maggiore ruolo assunto dai diritti fondamentali della persona nell'Unione europea. D'altronde, secondo la Corte di giustizia, "la Carta di Nizza occupa, attualmente, una posizione centrale nel sistema di tutela dei diritti fondamentali in seno all'Unione, essa deve costituire (…) la norma di riferimento ogniqualvolta la Corte sia chiamata a pronunciarsi sulla conformità di un atto dell'Unione o di una disposizione nazionale con i diritti fondamentali tutelati dalla Carta stessa"[62].

---

[61] "Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana".

[62] Sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-92 e 93/09, *Volker und Markus Schecke*, *Raccolta*, p. I-11063.

La piena assunzione della *Carta* al rango di fonte primaria dell'ordinamento unionale è ribadito ad es. nella sentenza della grande sezione della Corte nella causa *Association Belge des Consommateurs Test-Achats*[63]. Non mancano, del resto, primi, timidi segnali di apertura della sua giurisprudenza a una valutazione più equilibrata delle istanze in conflitto in quella complessa area dei rapporti tra mercato unico e sistemi sociali nazionali costituita dalla disciplina del distacco intracomunitario dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi[64].

È ovvio che un processo fondato sulla solidarietà coniugata a più livelli non possa che costruirsi dal basso, partendo anche dai soggetti collettivi in grado di rappresentare gli interessi dei cittadini europei attori nel mercato del lavoro. In tal senso va letto l'art. 152 TFUE, contenente l'implicito riconoscimento giuridico delle diverse forme nelle quali si esprime il diritto sindacale. Esso, in raccordo con l'art. 11 TUE e con gli strumenti di democrazia partecipativa dallo stesso previsti, svolge un'importante funzione di rafforzamento della legittimazione degli istituti del pluralismo sociale al livello dell'Unione; acquisiscono, così, ben maggiore significato tanto la concertazione e la contrattazione collettiva, come metodo di regolazione sopranazionale (*ex* art. 155 TFUE), quanto i processi di negoziazione collettiva autonoma diffusisi di recente, secondo forme diverse, nella dimensione europea e transnazionale.

Certo, tale sistema non può recepire pedissequamente nozioni nate e radicate nel diritto interno quali l'autonomia collettiva che, una volta trasposte nell'ordinamento sovranazionale, assumono inevitabilmente caratteristiche almeno parzialmente diverse in quanto "relativizzate" al contesto giuridico in cui si collocano. Di qui la necessità, sentita dalla Corte di Lussemburgo, di svolgere opportune operazioni di bilanciamento con altri princìpi tenendo conto di criteri tipici del sistema quali la ragionevolezza, la proporzionalità, l'adeguatezza, i quali, proprio per la loro natura, vengono sensibilmente influenzati dal caso concreto.

Tuttavia, l'ormai necessaria proiezione sovranazionale dell'autonomia collettiva e del dialogo sociale non può costituire "alibi" o strumento per l'attenuazione di diritti collettivi conquistati dopo decenni di vertenze e lotte sindacali, limitando diritti e tradizioni costituzionali degli Stati membri; al contrario, essa deve costituire uno dei perni della progressiva democratizzazione della vita dell'Unione.

Vanno peraltro segnalate quelle sentenze della Corte del Lussemburgo che, dal *leading case Martínez Sala*[65] sino alle più recenti *Ruiz Zambrano*[66], *Dereci*[67], *Kamberaj*[68]

---

63 Sentenza del 1° marzo 2011, causa C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* e *a.* c. *Consiglio dei ministri*, *Raccolta*, p. I-773.

64 Sentenze del 7 ottobre 2010, causa C-515/08, *Santos Palhota*, *Raccolta*, p. I-9133, e del 10 febbraio 2011, cause riunite da C-307 a 309/09, *Vicoplus SC PUH, BAM Vermeer Contracting sp. zoo e Olbek Industrial Services sp. zoo*, *ivi*, p. I-453.

65 Sentenza del 12 maggio 1998, causa C-85/96, *Maria Martínez Sala* c. *Freistaat Bayern*, *Raccolta*, p. I-2691.

66 Sentenza dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano* c. *Office national de l'emploi (ONEm)*, *Raccolta*, p. I-1177.

67 Sentenza del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Murat Dereci* e *a.* c. *Bundesministerium für Inneres*, *Raccolta*, p. I-11315.

68 Sentenza del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Servet Kamberaj* c. *Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

e *Maahanmuttovirasto*[69], hanno decisamente ampliato, pur con qualche contraddizione[70], la sfera dei diritti di accesso transnazionale ad un'ampia gamma di prestazioni assistenziali e previdenziali degli Stati membri, includendovi anche i cittadini europei economicamente non attivi che versino in condizioni di bisogno sociale, in tal modo dischiudendo anche ad essi le porte di una forma di *solidarietà sociale europea*. Questa giurisprudenza sembra indicare un, pur lento e a volte contraddittorio, affrancamento dalla logica del mercato ed il superamento della concezione rigidamente funzionalizzata legata ai soggetti economicamente attivi nella veste di lavoratori subordinati o autonomi. Essa si richiama, peraltro, alle numerose sentenze che, come già evidenziato, avevano arricchito le norme sulla libera circolazione di significativi profili d'integrazione sociale.

D'altronde, la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni relativi ai diritti sociali potrebbe trovare fondamento nell'art. 34 della *Carta*, dedicato alla sicurezza e all'assistenza sociale, il cui par. 3, in particolare, afferma che "al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali".

8. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, appaiono opportune alcune brevi considerazioni in ordine alla non chiarissima distinzione, prevista negli articoli 51, par. 1, e 52 della *Carta*, fra "principi", che sono "riconosciuti", e "diritti", che devono essere "osservati" ai fini della loro traduzione in singoli atti dell'Unione. Tale differenziazione è stata meglio precisata proprio con le modifiche introdotte nel 2007 ed in particolare con il par. 5 dell'art. 52. Per questo, "le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi al giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti".

In altri termini si evince con maggiore chiarezza che, mentre oggetto dei diritti è la tutela di una situazione giuridica già definita con la conseguente "giustiziabilità" degli stessi, per i "principi", i quali non sarebbero immediatamente azionabili, è previsto un mandato ai pubblici poteri chiamati a promuoverli e a trasformarli in una realtà giuridica tale da poter essere pienamente tutelata in sede giurisdizionale. I principi, pertanto, svolgono una funzione prevalentemente interpretativa quale parametro ineludibile di riferimento per l'azione del legislatore sia unionale che interno e sul presupposto che il sindacato giurisdizionale possa riguardare il controllo in astratto di atti e non la tutela dei diritti.

È questa, del resto, l'opinione anche dell'Avvocato generale Cruz Villalón, per il quale "la Carta limita la giustiziabilità dei principi alla loro dimensione, per così

[69] Sentenza del 6 dicembre 2012, cause C-356 e 357/11, *O.* e *S.* c. *Maahanmuuttovirasto* e *Maahanmuuttovirasto* c. *L.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

[70] Per es., sentenza del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCharty* c. *Secretary of State for the Home Department*, *Raccolta*, p. I-3375. In questo caso, la sancita impossibilità di garantire il diritto di soggiorno al proprio coniuge, cittadino di un Paese terzo, può sicuramente condizionare la libertà di scelta del cittadino europeo.

dire, depuratrice di norme e atti, e lo fa secondo un criterio integrato nel tenore letterale del principio della Carta e degli atti di concretizzazione essenziale e diretta"[71].

Va peraltro considerato che la formulazione della *Carta* non è tale da potersi desumere con sufficiente precisione quando ci si trovi dinanzi all'una o all'altra categoria; tuttavia, una linea guida a tale scopo è certo rintracciabile nel c.d. *Mandato di Colonia a redigere una Carta dei diritti fondamentali* per cui "[l]a Carta deve (…) contenere i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell'Unione [e] nell'elaborazione della Carta occorrerà (…) prendere in considerazione diritti economici e sociali (…) nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione"[72].

Il riferimento ai diritti economici e sociali non è casuale in quanto, per lunga tradizione e come descritto nelle pagine precedenti, essi sono stati prevalentemente intesi quali espressione di un intento "programmatorio" e quindi più agevolmente collocabili nell'ambito dei principi. La veste normativa conferita agli stessi, cioè, avrebbe dovuto escludere la nascita di vere e proprie posizioni soggettive pienamente tutelabili e giustiziabili che avrebbero comportato, fra l'altro, elevati costi finanziari per gli Stati membri (in particolare, ad esempio, per i diritti prestazionali e quelli in materia di lavoro e di sicurezza sociale). L'approccio interpretativo sta però mutando sì da rendere necessaria per la materia dei diritti sociali, qui oggetto di analisi, una valutazione circostanziata per ciascuna norma al fine di qualificarne la portata giuridica, soprattutto considerato il contesto "organico" in cui si inseriscono grazie al titolo IV "Solidarietà" della *Carta*. Nella specie, alcuni diritti, per la loro stessa natura e strutturazione, non riguardano i singoli, mentre altri assumono rilevanza evidente nei rapporti giuridici privati. E proprio l'efficacia "orizzontale" dei diritti fondamentali, e cioè anche nell'ambito di tali rapporti tra privati, rende ulteriormente delicata la funzione dell'interprete giurisdizionale.

Appare comunque incontrovertibile che anche i principi, una volta concretizzati in atti dell'Unione quali le direttive, possano comportare la disapplicazione della normativa nazionale con essi contrastante.

9. Nel nuovo quadro appena delineato, la nascita di un vero e proprio *modello sociale europeo* potrebbe trarre sicuro giovamento dalla, si spera prossima, adesione dell'Unione alla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. I riflessi positivi non deriverebbero solo dalla "incorporazione" dell'atto nel sistema unionale, nel complesso già da tempo avvenuto attraverso espressi rinvii ai suoi contenuti, ma, soprattutto, dal conseguente ed indispensabile rafforzamento del dialogo fra le due Corti; esso potrà anzi essere favorito proprio dalla "vaghezza" del rapporto tra politiche e diritti sociali producendo auspicabilmente dinamiche interpretative delle norme esistenti magari oggi impensabili.

In altri termini, si sta formando una nuova griglia di principi e diritti che innerva l'attuale assetto istituzionale dell'Unione. Grazie ad essa, il controllo giurisdizio-

[71] Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 18 luglio 2013, causa C-176/12, *Association de médiation sociale* c. *Union locale des syndicats CGT* e *a.*, non ancora pubblicate in *Raccolta*.

[72] Conclusioni della Presidenza, Allegato (IV), *Decisione relativa all'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Colonia, 2-4 giugno 1999, www.europarl.europa.eu/summits/

nale "esterno" che la Corte di Strasburgo potrà operare sulla normativa dell'Unione costituirà senz'altro un maggiore stimolo per le istituzioni e per la stessa Corte di giustizia al fine di conformarsi pienamente al rispetto dei diritti fondamentali.

Un esempio di tale interazione può desumersi da una sentenza di quest'ultima, la *Land Baden-Württemberg*[73], in cui si precisa che si possono addurre motivi d'interesse generale per giustificare una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera prestazione dei servizi solo qualora detta misura sia conforme a tali diritti fondamentali, e in particolare il diritto al rispetto della vita privata e familiare come sancito all'art. 7 della *Carta* e all'art. 8 CEDU.

Non va inoltre trascurato, in queste reciproche contaminazioni, il contributo rinveniente dalle giurisdizioni nazionali come, ad esempio, dalla nostra Corte di cassazione che, nella pronuncia del 2 febbraio 2010, n. 2352, in materia di "demansionamento" e danno alla professionalità, ha affermato che "[i] giudici del rinvio dovranno ispirarsi anche ai principi di cui all'art. 1 della Carta, che regola il valore della dignità umana (che include anche la dignità professionale) e all'art. 15 che regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà. I fatti dannosi in esame vennero commessi prima della introduzione del nuovo catalogo dei diritti (2000-2001), ma le norme costituzionali nazionali richiamate bene si conformano ai principi di diritto comune europeo, che hanno il pregio di rendere evidenti i valori universali del principio personalistico su cui si fondano gli Stati della Unione".

È altresì interessante segnalare una sentenza del Tribunale di Napoli del 22 aprile 2009 che, richiamando il co. 1 dell'art. 117 della Costituzione e i conseguenti vincoli "derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, ha delineato una prospettiva giustiziabile del diritto al *basic income*, quale diritto sociale fondamentale all'inclusione, attraverso l'espresso riferimento ad un reddito sufficiente e ad una condizione abitativa dignitosa"[74].

In proposito, l'Unione europea ha dimostrato interesse per la razionalizzazione di forme di reddito minimo garantito e per l'istituzionalizzazione di una rete minima di sicurezza sociale nell'ambito del "processo d'inclusione sociale", a partire da quanto previsto dall'art. 153, par. 1, lett. j), TFUE. Tale norma va letta nell'ambito dei diritti c.d. di quarta generazione, o della "cittadinanza laboriosa", sanciti dalla *Carta* e in genere non previsti dalle Costituzioni nazionali, quali il diritto alla formazione permanente e continua (art. 14) e, per quanto qui maggiormente rileva, al reddito di cittadinanza (art. 34); il par. 3 di quest'ultimo, in particolare, afferma che "al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta

[73] Sentenza del 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Land Baden-Württemberg* c. *Panagiotis Tsakouridis*, *Raccolta*, p. I-11979, punti 50-52.

[74] In riferimento alla legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, il giudice del lavoro ha affermato che le previsioni di cui alla l. 328/2000, ed i diritti da essa derivanti, risultano conformi ad un sistema di norme internazionali che delinea un diritto all'assistenza per le persone in stato di bisogno; e la loro mancata attuazione si porrebbe, ad avviso del giudicante, in contrasto con i principi dell'Unione europea in tema di lotta all'esclusione sociale ed alla povertà. La sentenza è ripresa da W. Chiaromonte, *Un ulteriore tassello nel mosaico del reddito di cittadinanza. Considerazioni a margine di Tribunale di Napoli, 22 aprile 2009*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, p. 345 ss.

il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali". Si tratta del disegno di contrasto indispensabile rispetto alle situazioni di povertà, che risulterebbero, diversamente, in grado di compromettere il godimento dei diritti civili e politici vanificando l'obiettivo di inclusione sociale.

Inoltre, potrebbe determinare interessanti evoluzioni il risalto che la stessa Corte di giustizia ha di recente attribuito, in materia di lavoro, al "diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva" quale garantita dall'art. 47 della *Carta*[75]. Esso "sarebbe sostanzialmente compromesso qualora un datore di lavoro, in reazione a una denuncia o ad un'azione giudiziaria intentata da un lavoratore al fine di assicurare il rispetto delle disposizioni di una direttiva tese a proteggere la sua sicurezza e la sua salute, fosse legittimato ad adottare un provvedimento come quello in esame nella causa principale [e cioè un trasferimento coatto]". La sentenza è molto interessante in quanto, grazie al *passepartout* della violazione dell'art. 47, il tema dei trasferimenti del personale, di portata interna, è stato attratto nella dimensione sovranazionale e quindi sottoposto alla relativa tutela. Non si tratta, in altri termini, di sottrarre indebitamente competenze agli ordinamenti nazionali, quanto di garantire che le stesse siano esercitate nel rispetto dei comuni principi costituzionali quali desumibili anche dalla *Carta* e dal rinvio ad essi operato dall'art. 6 TUE.

10. Abbiamo visto come il principio di non discriminazione, nella prima fase ancorato al fattore della nazionalità in funzione del funzionamento del mercato comune, si sia progressivamente completato grazie ai riferimenti normativi dedicati ad altri fattori quali razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, handicap, età od orientamento sessuale. È stata così fornita una solida base giuridica per la formazione di una vera e propria politica antidiscriminatoria secondo finalità non puramente economiche.

Pertanto, i divieti di discriminazione hanno preceduto l'affermazione del principio di eguaglianza, rendendone del tutto inadeguata un'interpretazione meramente formale; la legislazione antidiscriminatoria si è, infatti, progressivamente espressa nei termini di un'accentuazione della dimensione sociale, nell'ottica di una tutela universalistica della persona, a prescindere dalle differenze oggettive (razza o età) o dalle scelte (religione o convinzioni personali).

Tuttavia, la grave crisi economico-finanziaria in atto sta seriamente legando il destino dello sviluppo di centinaia di milioni di persone a speculazioni finanziarie prive di regole ed indifferenti alle gravi conseguenze socio-occupazionali che ne derivano. Il rischio, concreto, è che il rispetto dei diritti sociali, parte integrante della democrazia sostanziale, sia progressivamente subordinato all'andamento di borse e mercati nonché alla svalutazione competitiva delle politiche sociali nazionali.

Diventa allora necessaria la nascita di un nuovo assetto normativo in grado di delineare una vera e propria politica economica e sociale europea, evitando un trascinamento in basso degli *standard* minimi con il conseguente rafforzamento del *dumping sociale*. Questo finirebbe per soffocare progressivamente tutele frutto di

[75] Sentenza del 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Günter Fuß* c. *Stadt Halle*, *Raccolta*, p. I-9849.

decenni di conquiste sociali, rinnegando quegli obiettivi espressamente sanciti dal Trattato come "la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione" (art. 151, par. 1, TFUE).

È necessario a tal fine un approccio "federalista" basato sull'esigenza, per l'Unione, di rispettare anche i diversi sistemi sociali esistenti negli Stati membri. Non a caso è lo stesso Trattato a prevedere che "l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali" (art. 151, par. 2, TFUE). Parrebbe coerente con tale contenuto normativo quanto disposto dal successivo art. 153, par. 5, TFUE con cui si esclude il potere d'intervento dell'Unione in tema di retribuzione, diritto di associazione e diritto di sciopero. È, nondimeno, abbastanza singolare che, nell'escludere espressamente ogni formale competenza dell'Unione e quindi rinunciando ad una regolamentazione "comunitaria", si lasci però al potere interpretativo della Corte di giustizia la compatibilità delle relative discipline nazionali con i principi del mercato interno.

D'altronde, nelle delicate dinamiche che caratterizzano il rapporto fra l'ordinamento giuridico dell'Unione e quelli degli Stati membri, si deve sempre partire dalla loro esigenza di preservare la propria *identità costituzionale* anche grazie allo scudo offerto dall'art. 4 TUE attraverso i c.d. "controlimiti"[76]. Questi, peraltro, vanno letti in raccordo con l'art. 6 TUE, per cui le diverse identità nazionali si trasformano in valori europei coniugandosi con l'intero sistema dell'Unione alla cui luce debbono rielaborarsi per qualificarsi, di conseguenza, come tradizioni costituzionali "comuni".

L'Europa, quindi, potrebbe essere in grado di recuperare il consenso indispensabile per il suo ulteriore sviluppo evitando che la soppressione delle barriere normative sia semplicemente lo strumento per smantellare i diritti sociali tutelati a livello nazionale[77].

In proposito è indicativa la circostanza che la Corte di giustizia sia stata chiamata a pronunciarsi su una controversia, *Sindicato dos Bancários do Norte*[78], nella quale per la prima volta è stata esplicitamente sollevata la questione della compatibilità con la *Carta* (articoli 20, 21, par. 1, e 31, par. 1) di misure nazionali recanti forte compressione di diritti stipendiali, per alcune categorie di lavoratori, attuate da uno Stato membro nell'ambito delle politiche di risanamento dei conti pubblici. È pur vero che, nella relativa ordinanza, richiamando il citato art. 51, par. 1, della *Carta*,

[76] Art. 4, par. 1, TUE: "In conformità all'art. 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati".

[77] In tal senso è opportunamente sottolineato da M. Monti, *Una nuova strategia per il Mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*, *Rapporto al Presidente della Commissione europea*, 9 maggio 2010, reperibile *online*, p. 73, che "il sistema dell'UE ha accumulato asimmetrie interne fra integrazione del mercato a livello sovranazionale e la protezione sociale a livello nazionale, che generano attriti e danno origine a disincanto e avversione nei confronti dell'apertura del mercato".

[78] Ordinanza del 7 marzo 2013, causa C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte* e *a.* c. *BPN – Banco Português de Negócios SA*., non ancora pubblicata in *Raccolta*.

la Corte si è dichiarata manifestamente incompetente a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale: infatti, per come questo era stato formulato dal Tribunale del lavoro di Oporto, non si poteva ravvisare alcun concreto elemento per ritenere che la legge portoghese fosse diretta ad attuare il diritto dell'Unione. Tuttavia, al di là del caso specifico, il giudice portoghese ha posto, anche se in termini non del tutto corretti, una questione di portata almeno politica non indifferente. Si deve in altri termini valutare fino a che punto la nuova *governance* economica possa escludere qualsiasi forma di condizionamento o bilanciamento riguardo agli obiettivi ed ai diritti sociali espressamente sanciti, ed in precedenza descritti, dal Trattato, ivi compreso il diritto a condizioni di lavoro eque e dignitose riconosciuto dall'art. 31 della *Carta*.

Certo non si può sempre chiedere alla Corte di giustizia di scardinare scelte strategiche che, per quanto elaborate in sede interstatale, ricevono comunque l'avallo co-decisionale del Parlamento europeo, come nel caso del *Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria* del 2 marzo 2012 (c.d. *Fiscal Compact*) e di quello che istituisce il *Meccanismo Europeo di Stabilità* del 2 febbraio 2012. Quest'ultimo ha beneficiato della pronuncia favorevole, dopo quella della Corte costituzionale tedesca, da parte della Corte di giustizia. Nel caso *Pringle*[79], infatti, essa non solo ha respinto numerose obiezioni relative alla legittimità di tale meccanismo mosse dalla Corte suprema irlandese, ma ha anche messo in dubbio la propria competenza a decidere sempre riferendosi all'art. 51, par. 1, della *Carta* che "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati".

In realtà, l'approccio para-federale per le politiche sociali costruito con il Trattato di Lisbona appare progressivamente smantellato. Infatti, si ricorda, l'azione di sostegno e completamento dell'azione degli Stati membri, anche attraverso l'intervento della Commissione (art. 156 TFUE), è stata di fatto sostituita dall'invadenza tentacolare degli strumenti di regolamentazione finanziaria e di bilancio; ne è derivata una netta perdita di gestione democratica non solo delle questioni economiche, sottratte quasi sempre al controllo del Parlamento europeo, ma anche di quelle sociali. Per queste, in altri termini, non si era ritenuto di determinare una competenza diffusa a livello dell'Unione al fine di salvaguardare le specificità nazionali; però, gli stringenti vincoli economici ed il persistente primato "comunitario" delle norme poste a tutela del mercato hanno sostanzialmente indebolito le stesse politiche nazionali e, di conseguenza, ristretto di parecchio lo spazio del dialogo sociale.

Il nuovo modello di sviluppo europeo, così spesso evocato (o invocato?), oggi non può più prescindere, per raggiungere i suoi obiettivi, da un governo comune dell'economia caratterizzato da dinamiche distributive e redistributive, in termini di diritti e di risorse, ed attraverso la valorizzazione dei diversi protagonisti sociali sulla base di una solidarietà indispensabile per reggere le sfide della crisi economica internazionale. Si tratta di dare adeguata valorizzazione alle norme del titolo IV della *Carta* in raccordo col principio dell'inviolabilità della dignità umana, consacrato dall'art. 1, ai fini di un più corretto bilanciamento tra diritti sociali e

[79] Sentenza del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle* c. *Governement of Ireland, Ireland* e *The Attorney General*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in particolare punto 79.

libertà economiche. E, probabilmente, bisognerebbe tornare a sperimentare forme d'integrazione differenziata, attraverso la cooperazione rafforzata, per garantire il mantenimento, almeno in alcuni degli Stati membri, di intangibili diritti sociali.

È questo il quadro al cui interno soltanto possono risolversi delicate questioni, la soluzione delle quali non può essere lasciata a future occasionali controversie dinanzi alla Corte di giustizia o ai tribunali nazionali[80], né va affidato ai giudici un compito che spetta alla politica. Essi, certo, possono correggere e migliorare il funzionamento del sistema ma non si possono far carico di un'organicità d'intervento imputabile solo alla politica. A questa, sul presupposto dell'incapacità del mercato di utilizzare nel modo più giusto ed efficiente le risorse, tocca l'onere di comporre il rapporto fra democrazia economica e democrazia politica, restituendo ai diritti sociali lo spazio faticosamente conquistato negli ordinamenti giuridici nazionali. E solo così riacquisterebbe piena centralità la pur complessa questione della definizione di una "identità europea", per la quale appare indispensabile la progressiva elaborazione e concretizzazione del *modello sociale europeo* strappandolo dal limbo delle utopie in cui rischia di essere cacciato.

Bibliografia essenziale

A. Alaimo, *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, p. 253 ss.; N. Aliprantis, I. Papageorgiou (eds.), *Social Rights at European, Regional and International Level. Challenges for the 21st Century*, Bruxelles, 2010; P. Alston, *Labour Rights and Human Rights*, Oxford, 2005; A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, Roma, 2009; G. Azzariti, *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003; M. V. Ballestrero, *Le sentenze* Viking *e* Laval*: la Corte di giustizia bilancia il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008, p. 371 ss.; M. C. Baruffi*, I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Guida al Lavoro*, 2010, n. 5, p. 44 ss.; P. Bianchi, *I diritti sociali dopo Lisbona: prime risposte dalla Corte di Giustizia*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino (a cura di), *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, 2010; G. Bronzini, *Lavoro e tutela dei diritti fondamentali nelle politiche europee del dopo Lisbona*, in *Politica del diritto*, 2008, p. 141 ss.; Id., *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II, p. 975 ss.; G. Caggiano, *Alla ricerca del modello sociale europeo. Il contributo del Rapporto Monti e del Programma Europa 2020*, in *Sud in Europa*, dicembre 2010, p. 3 s.; U. Carabelli, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella*

[80] Per M. Monti, *op. cit.*, ad esempio, una strategia possibile di salvaguardia di diritti come quello di sciopero sarebbe basata su di una clausola sul progresso sociale formulata conformemente all'art. 2 del regolamento (CE) n. 2679/98 del Consiglio, del 7 dicembre 1998, sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, *GUCE* L 337, 12 dicembre 1998, p. 8 s. Una clausola sul progresso sociale blinderebbe il diritto di sciopero, così come è riconosciuto a livello nazionale, dall'impatto delle norme che disciplinano il mercato unico avendo sempre nello scenario un intervento mirato per coordinare più efficacemente l'interazione fra diritti sociali e libertà economiche all'interno del sistema UE (p. 75).

recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 217 ss.; B. Caruso, *Introduzione. I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, n. 1, p. 3 ss.; I. Castangia, G. Biagioni (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2011; M. Castellaneta, *Solo il rischio della perdita di occupazione prevale sulle libertà garantite dal Trattato*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 3, p. 109 s.; M. Colucci, *L'avenir de l'Union européenne entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux*, in *Revue du droit de l'Union européen*, 2009, p. 55 ss.; P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, 2008, www.consultaonline.it; C. Di Turi, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, 2007; I. H. Eliasoph, *A "Switch in Time" for the European Community? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2008, p. 467 ss.; G. Fontana, *La libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, n. 2, p. 97 ss.; S. Gambino, *Stato e diritti sociali fra costituzioni nazionali e Unione europea*, Napoli, 2009; Id., *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 533 ss.; L. Gay, E. Mazuyer, D. Nazet-Allouche, *Les droits sociaux fondamentaux, entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; Id., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 325 ss.; Id., *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, vol. 27, 2004, pp. 9 ss.; Id., *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, in G. Bronzini (a cura di), *Le prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2009, p. 59 ss.; A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, p. 9 ss.; J. Iliopoulos Strangas (a cura di), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, 2000; I. Ingravallo, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009, pp. 35 ss., spec. pp. 43-46; C. Joerges, *Will the Welfare State Survive the European Integration?*, in *European Journal of Social Law*, 2011, pp. 4 ss.; C. Joerges, F. Rödl, *"Social Market Economy" as Europe's Social Model?*, in L. Magnusson, B. Sträth (eds.), *A European Social Citizenship? Preconditions for Future Policies from Historical Perspectives*, Bruxelles, 2004, p. 125 ss.; F. Mancini, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Rivista di diritto europeo*, 1989, p. 9 ss.; P. Mengozzi, *Il manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo e la preconizzazione di un principio di "interpretazione comparativa orizzontale"*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 63 ss.; H. W. Micklitz, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Model in Anti-Discrimination and Consumer Law*, in U. Neergard, R. Nielsen, L. Roseberry (eds.), *The Role of the Courts in Developing a European Social Model*, Copenhagen, 2010; B. Micolano, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2009; B. Nascimbene, *La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 9 ss.; G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, p. 237 ss.; A. Perulli, *Diritti sociali fondamentali e regolazione del mercato nell'azione esterna dell'Unione europea*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previ-*

denza sociale, 2013, pp. 321 ss.; C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012; F. Pocar, I. Viarengo, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001; M. Roccella, D. Izzi, *Lavoro e diritto nell'Unione europea,* Padova, 2010; M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova, 2012; E. Rossi, V. Casamassima, *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance*, Pisa, 2013; G. Ruiz-Rico Ruiz, *Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española*, in *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, 1991, n. 71, p. 171 ss.; C. Salazar, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.: un 'viaggio al termine della notte'?*, in G. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; R. Sapienza, *Politica comunitaria di coesione economica e sociale e programmazione economica regionale*, Milano, 2003; S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di «soft law»*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, p. 281 ss.; Id., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, 2008, p. 245 ss.; Id., *L'Europa e il lavoro: solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari, 2013; E. Straziuso, *I diritti sociali tra Stato sovrano e Stato integrato nell'Unione europea*, Bari, 2010; G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 625 ss.; B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, p. 779 ss.; U. Villani, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, *ivi*, 2012, p. 25 ss.; Id., *In tema di dialogo sociale e di sussidiarietà nel Trattato di Lisbona*, in *Liber Amicorum. Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, Bari, 2012, p. 327 ss.; A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, cit.

Abstract

The Convoluted Issue of the Fundamental Social Rights in the EU

This article traces the convoluted evolution of social rights in the European integration process in the light of the reform implemented by the Lisbon Treaty: considering its initial function which was merely ancillary to the needs of the common market, the normative leap of the social "profile" is nowadays beyond doubt. The difficult acquisition of a legal and political importance of the policy of social rights has taken place thanks to the important case law and to the dialogue of the ECJ and the ECHR, together with the other organs of international control. The role of fundamental social rights, theoretically enhanced by the full force of the Charter of Nice and by the accession of the Union to the Convention on Human Rights of 1950 is, however, in a difficult economic environment, closely tied to the policy choices on the more general future of the European integration process.

Studi sull'integrazione europea, IX (2014), pp. 35-56

Giovanni Cellamare*

Sui rapporti tra NU e organizzazioni regionali per il mantenimento della pace in Africa

Sommario: 1. Il ruolo dell'UA per il mantenimento della pace e della sicurezza in Africa. – 2. La decisione del Consiglio di pace e di sicurezza di creare la Missione di sostegno alla Repubblica centrale africana (MISCA). – 3. L'autorizzazione del Consiglio di sicurezza al dislocamento della Missione (e delle truppe francesi). – 4. *Segue*: osservazioni sui rapporti che si sono venuti a delineare tra i due Consigli nel contesto di cui si tratta. – 5. L'autorizzazione del Consiglio di sicurezza al dislocamento dell'EUFOR RCA.

1. Nella nota Agenda per la pace, il Segretario generale delle NU forniva inequivocabili indicazioni circa l'ampia portata della nozione di organizzazione regionale accolta dal capitolo VIII della Carta di San Francisco. In particolare, il Segretario concentrava l'attenzione sull'effettiva capacità operativa di un'entità per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, indipendentemente dalla sua originaria destinazione a finalità di altra natura[1].

In tal senso, è degna di nota la progressiva assunzione di competenze, nella materia di cui si tratta, da parte dell'UE[2]. Nello stesso senso, viene in rilievo l'evoluzione nor-

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

1 "The Charter deliberately provides no precise definition of regional arrangements and agencies, thus allowing useful flexibility for undertakings by a group of States to deal with a matter appropriate for regional action which also could contribute to the maintenance of international peace and security" (*An Agenda for Peace: Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping*, in UN Doc. A/47/277-S/24111, par. 61). In precedenza (risoluzione 199, del 30 dicembre 1964), il Consiglio di sicurezza (avendo riguardo alla crisi in Congo) aveva concentrato la propria attenzione, per l'appunto, sulla capacità ("should be able") dell'Organizzazione per l'Unità Africana (OUA) "to find a peaceful solution to all problems and disputes affecting peace and security" nel continente africano (par. 8 del preambolo). Nel senso indicato, nel testo, v. U. Villani, *Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, CCXC, 2001, p. 225 ss., in specie p. 271 ss.; L. Boisson De Chazournes, *Les relations entre organisations régionales et organisations universelles*, *ivi*, CCCXLVII, 2010, p. 101 ss.; C. Walter, *Article 52*, in B. Simma e al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, 2012, III ed., p. 1443 ss.

2 Si fa riferimento all'evoluzione risultante dalle disposizioni contenute nel TUE secondo il Trattato di Maastricht (articoli J.1, par. 2, e J.4, paragrafi 1 e 2) e quello di Amsterdam (art. 17, par. 2), con

mativa e operativa di alcune organizzazioni africane: dell'Organizzazione per la cooperazione economica degli Stati dell'Africa occidentale (ECOWAS); della Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale (SADC); della Comunità economica degli Stati dell'Africa centrale (CEEAC); dell'Autorità intergovernativa per lo sviluppo (IGAD); e della Comunità economica e monetaria dell'Africa centrale (CEMAC)[3].

Se ne desume il carattere multifunzionale di dette organizzazioni; l'aspirazione degli Stati membri a fornire soluzioni africane ai problemi di pace e sicurezza di quel continente[4]; e l'esistenza dei presupposti per la *partnership* tra quelle entità e le NU, per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, nel quadro del capitolo VIII della Carta, come a suo tempo auspicato dal Segretario generale[5]. Si tratta di organizzazioni che hanno adottato sistemi, ancorché diversamente evoluti, di allarme rapido[6].

---

la previsione di missioni (c.d. di Petersberg) "umanitarie e di soccorso", di "attività di mantenimento della pace", di "missioni di unità di combattimento nella gestione di crisi, ivi comprese le missioni tese al ristabilimento della pace", previsione attuata nel corso delle riunioni del Consiglio (dei ministri ed) europeo. Infine, il Trattato di Lisbona, del 13 dicembre 2007, oltre a dette missioni, ha contemplato disposizioni particolari sulla Politica di sicurezza e di difesa comune (articoli 42 e 43 TUE). Sull'evoluzione in parola, con l'esame di alcune operazioni, v. gli scritti raccolti in M. Trybus, N. D. White (eds.), *European Security Law*, Oxford, 2007, e in J. Krause, N. Ronzitti (eds.), *The EU, the UN and Collective Security: Making Multilateralism Effective*, London-New York, 2012.

3 L'evoluzione della prima Organizzazione (fondata con il Trattato di Lagos, del 23 maggio 1975, in *International Legal Materials*, 1975, p. 1199 ss.) risulta dalla stipulazione del Protocollo di non aggressione del 22 aprile 1978, del Protocollo sulla mutua assistenza per la difesa del 29 maggio 1981 (in M. Weller (ed.), *Regional Peace-keeping and International Enforcement: The Liberian Crisis*, Cambridge, 1994, p. 1 ss.), dalla revisione (successiva alla crisi liberiana, con il coinvolgimento dell'Organizzazione), nel 1993, del Trattato di Lagos (art. 58; in *International Legal Materials*, 1996, p. 660 ss.), nonché del Protocollo del 1999 relativo al "Mechanism for Conflict Prevention, Management, Resolution, Peace-keeping and Security" (atto successivo all'esperienza assunta in Sierra Leone e in Guinea Bissau: v., variamente, J. Levitt, *Pro-democratic Intervention in Africa*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2006, p. 785 ss.; L. A. Sicilianos, *Entre multilateralisme et unilateralisme: l'autorisation par le Conseil de securité de recourir à la force*, in *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye*, CCCXXXIX, 2008, p. 9 ss., in specie p. 190 ss.). Per la SADC, v. l'art. 11 del Protocollo sulla politica di difesa e di sicurezza, del 14 agosto 2001, www.sadc.int. Inoltre, gli articoli 6 e 7 del Patto, del 24 febbraio 2000, di mutua assistenza tra gli Stati parti della CEEAC (con il previsto dislocamento sul territorio degli Stati membri della Forza multinazionale dell'Africa centrale; l'art 18 del Trattato del 1986 istitutivo dell'Autorità indicata nel testo; il "Protocol on conflict early warning and response mechanism for IGADD Member States", www.eastafrica.usaid.gov. Infine, il Patto di non aggressione, di solidarietà e di mutua assistenza del 2004 tra gli Stati parti della CEMAC, www.operationspaix.net.

4 Cfr. A. Hurrell, *Explaining the Resurgence of Regionalism in World Politics*, in *Review of International Studies*, 1995, p. 331 ss.; J. D. Rechner, *From the OAU to the AU: A Normative Shift with Implications for Peacekeeping and Conflict Management, or Just a Name Change*?, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2006, p. 543 ss.; D. M. Hollywood, *It Takes a Village…or at Least a Region: Rethinking Peace Operations in the Twenty-first Century, the Hope and Promise of African Regional Institutions*, in *Florida Journal of International Law*, 2007, p. 75 ss., in specie p. 137 ss.; C. R. Majinge, *The Future of Peacekeeping in Africa and the Normative Role of the African Union*, in *Göttingen Journal of International Law*, 2010, p. 463 ss.

5 V. ampiamente il rapporto dal titolo "A Regional-Global Security Partnership – Challenges and Opportunities", in UN Doc. A/61/204-S/2006/590.

6 Vedi K. Schaefer, *The Africa-EU Peace and Security Partnership and African Regional Organi-*

Quegli stessi svolgimenti mostrano, altresì, un allontanamento, nel contesto geopolitico cui si ha riguardo, dal principio assoluto del divieto di interferenza negli affari interni degli Stati, già previsto dal Trattato istitutivo dell'OUA (art. 13). La qual cosa risulta inequivocabilmente dall'art. 4 dall'Atto, dell'11 luglio 2000, istitutivo del successore di quell'Organizzazione[7]. Del contenuto di quella norma tiene conto l'art. 6 del Protocollo del 2002 che ha creato il Consiglio di pace e di sicurezza dell'UA: al Consiglio sono riconosciute funzioni di *peace-making* e di *peace-building*; inoltre, la competenza a creare *peace-support operations*, a operare per prevenire conflitti e politiche suscettibili di condurre al genocidio o a crimini, a raccomandare alla Conferenza l'intervento nelle gravi circostanze indicate dall'art. 4, nonché a dare attuazione alle decisioni della Conferenza, compreso l'intervento in uno Stato membro[8]. Altre disposizioni del sistema dell'UA hanno previsto la creazione di una *stand-by Force* africana[9].

Siffatte disposizioni pongono problemi interpretativi di raccordo con la Carta delle NU, posto che, ai sensi dell'art. 53, par. 1, di questa, il Consiglio di sicurezza "utilizza, se del caso," le organizzazioni regionali "per azioni coercitive sotto la sua direzione", con la precisazione che "nessuna azione coercitiva potrà venire intrapresa in base ad accordi regionali o da parte di organizzazioni regionali senza l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza". In altri termini, l'applicazione di quelle disposizioni va coordinata con le prerogative del Consiglio di sicurezza, cui spetta la responsabilità principale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (art. 24). Si tratta di problemi interpretativi "dismissed out of hand" nel corso dei lavori preparatori dell'Atto poc'anzi richiamato, rispetto ai quali, d'altro canto, non è indifferente la definizione dell'espressione "azione coercitiva"[10]. Su detti problemi si è avuto modo di soffermarsi in altro luogo[11]. Ora, a prescindere dalla costruzione che si preferisca delle nome dell'UA in relazione a quelle della Carta delle NU, a noi pare che le prime possono esser assunte, in ogni caso, come base di un rapporto di partenariato con le NU, fondato sulla primazia politico-normativa del Consiglio di pace e di sicurezza dell'UA rispetto agli organi di altre organizzazioni regionali e sub-regionali africane, con competenze in materia di mantenimento

---

zations, in N. Pirozzi (ed.), S*trengthening the Africa-EU Partnership on Peace and Security: How to Engage African Regional Organizations*, Roma, 2012, p. 23 ss., in specie p. 37 ss.

7 L'art. 4 prevede la politica di difesa comune (lett. d); il diritto di intervento negli Stati membri, previa decisione della Conferenza dell'Unione, in circostanze gravi (genocidio, crimini di guerra, contro l'umanità) (lett. h); e il diritto degli stessi di chiedere l'intervento dell'Organizzazione per ristabilire la pace e la sicurezza internazionale (lett. j). Sulle modifiche, non entrate in vigore, apportate all'Atto istitutivo dell'UA, con la previsione dell'intervento in situazioni di minaccia all'ordine costituito, v. E. Baimu, K. Sturman, *Amendment to the African's Union's Right to Intervene. A Shift from Human Security to Regime Security?*, in *African Security Review*, 2003, n. 2, p. 37 ss.

8 In argomento v. D. M. Hollywood, *op. loc. cit*.

9 Contenute nel Patto dell'UA sulla difesa comune e la sicurezza (adottato ad Abuja il 31 gennaio 2001): atti dell'UA in www.africa-union.org.

10 Cfr. *infra*, nota 31.

11 *Le attività di mantenimento della pace nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali* (I parte), in *La Comunità Internazionale*, 2013, p. 51 ss., in specie p. 67 ss. L'espressione riportata nel testo è del Consigliere giuridico B. Kioko, *The Right of Intervention under the African Union's Constitutive Act: From Non-interference to Non-intervention*, in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 2003, p. 807 ss., in specie p. 821.

della pace e della sicurezza internazionale nel continente africano. Nel senso indicato depone l'art. 16, par. 1, del Protocollo sul Consiglio africano ("The Regional Mechanisms are part of the overall security architecture of the Union, which has the primary responsibility for promoting peace, security and stability in Africa. In this respect, the Peace and Security Council and the Chairperson of the Commission, shall: a) harmonize and coordinate the activities of Regional Mechanisms in the field of peace, security and stability to ensure that these activities are consistent with the objectives and principles of the Union (…)"), nonché il *Memorandum of understanding* del 2008, sulla cooperazione nel settore di cui si tratta, tra l'UA, le Comunità economiche regionali e i meccanismi regionali delle "standby brigades" dell'Africa dell'Est e del Nord[12]. In effetti, quel *Memorandum* è volto ad assicurare, tra l'altro, che le attività delle entità sub-regionali siano congruenti con gli obiettivi e i principi dell'Unione (art. III, par. 2, v): il *Memorandum*, cioè, deve essere attuato osservando i principi e le previsioni dell'Atto istitutivo dell'UA e del Protocollo sul Consiglio africano, coerentemente con la "primary responsibility" dell'Unione per il mantenimento e promozione della pace, sicurezza e stabilità "in Africa" (art. IV, i-ii, del *Memorandum*, con riferimento all'art. 16 del Protocollo). Si consideri, infine, che, nella prospettiva dei rapporti con le NU, spetta all'UA coordinare gli sforzi volti ad assicurare che siano perseguiti gli interessi africani, quali definiti a livello continentale; e che la Commissione dell'UA ha il compito di tenere costantemente informato il Consiglio di sicurezza delle attività africane rilevanti nel settore di cui si tratta (art. XXI del *Memorandum*).

Al ruolo riconosciuto al Consiglio africano, nel senso testé indicato, è funzionale la c.d. "APSA (African Peace and Security Architecture) road", volta a evitare che più organi operino con riguardo a uno stesso contesto[13]. Quel ruolo ha trovato svolgimenti nella prassi, ancorché sia indubbia la centralità operativo-militare di alcune delle organizzazioni africane sopra indicate, nelle aree geopolitiche di rispettiva competenza[14]. In proposito, può ricordarsi che, nella crisi in Mali, il Consiglio africano "authorized ECOWAS (…) to put in place the required military and security arrangements towards" gli obiettivi elencati nel concetto strategico per la risoluzione di quella stessa delineato nell'ambito dell'ECOWAS[15]. Successivamente, con la risoluzione 2085, del 20 dicembre 2012, il Consiglio delle NU ha sostenuto le posizioni dell'ECOWAS, dell'UA e le richieste delle Autorità di transizione del Mali e ha autorizzato, *ex* capitolo VII della Carta, il dislocamento della *Mission internationale de soutien au Mali* (MISMA)[16].

Approccio analogo è stato seguito dal Consiglio africano per la creazione, nella Repubblica centrale africana (RCA), di una Missione dovuta all'iniziativa della CEEAC e riportabile militarmente a detta Comunità. Come si vedrà, anche in questo caso, si è avuta l'autorizzazione del Consiglio delle NU, sollecitata dall'altro Consiglio, al dislocamento della Missione in quella Repubblica.

---

12 In www.peaceau.org.

13 *Ibidem*.

14 Vedi C. R. Majinge, *op. cit*., p. 483 s.

15 V. PSC/PR/3 (CCCXXXIX), par. 1.

16 Cfr. par. 7 ss. della risoluzione 2085. In tema ci sia consentito rinviare al nostro *Caratteri e funzioni delle attività operative integrate per il Mali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 239 ss.

2. Si ha riguardo a uno Stato caratterizzato da crisi cicliche, ricollegabili a cause e tensioni di origine interna ed esterne alla Repubblica centrafricana (RCA), oggetto di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle NU[17]. Più recentemente, nella RCA si è venuta a determinare una situazione conflittuale caratterizzata da gravi incertezze politiche, dal progressivo affievolimento dell'effettività delle funzioni statali su tutto il territorio, dal crescente peggioramento delle condizioni umanitarie, dalla diffusione di gravi violazioni dei diritti umani e dalla commissione di crimini internazionali[18].

Invero, alle crisi succedutesi nella RCA avevano già dedicato la propria attenzione le NU con l'UE, la CEMAC e la CEEAC, anche a mezzo di alcune attività operative[19]. In particolare, quest'ultima Comunità, insieme ad alcuni suoi Stati membri, ha favorito la conclusione di accordi di pacificazione – di Libreville, del 21 giugno 2008, di pace globale; dell'11 gennaio 2013, sul cessate il fuoco, sottoposto alla supervisione della MICOPAX (Missione di consolidamento della pace in Africa centrale) e al controllo di una Commissione, comprensiva di rappresentanti del BINUCA (*Bureau* per il consolidamento della pace); del 13 gennaio 2013, sulla risoluzione della crisi, con la prevista creazione di un Governo di unità nazionale e

---

17 Cfr. l'intervento del Rappresentante della RCA, in UN Doc. A768/PV.13. Tra le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, possono ricordarsi quelle relative alle tensioni ai confini con il Ciad (v. il nostro *Funzioni e caratteri dell'*EUFOR Ciad/RCA *in una situazione di emergenza umanitaria*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 527 ss.), nonché le risoluzioni di sostegno all'UA e all'*Initiative de coopération régionale* condotta dalla stessa Unione contro le attività terroristiche dell'*Armée de Résistance du Seigneur* (ICR/LRA), che dall'Uganda si sono estese all'intera Africa Centrale. Indicazioni storiche e degli atti pertinenti in www.operationspaix.net.

18 Cfr. i dati desumibili dai preamboli delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza 2088, 2121, 2127 (rispettivamente del 24 gennaio, 10 ottobre e 5 dicembre 2013) e 2134, del 28 gennaio 2014. Nella stessa il Consiglio, si è felicitato "de la création le 22 janvier 2014 de la Commission d'enquête internationale [per la quale v. UN Doc. S/2014/43], qui a pour mission d'enquêter" sulla violazione del diritto internazionale umanitario e dei diritti dell'uomo "et les atteintes aux droits de l'homme qui auraient été commises en République centrafricaine" (par. 19); ha riaffermato che "tous les auteurs de ces violations et atteintes doivent être traduits en justice et que certains des actes commis sont de nature à constituer des crimes au regard du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, auquel la République centrafricaine est partie" e ha richiamato "les déclarations faites par la Procureure de la Cour" (par. 21). Il 7 febbraio 2014 questa ha avviato un esame preliminare sui gravi crimini che si presume siano stati commessi nella RCA, www.un.org. Si vedano altresì le risoluzioni dell'Assemblea parlamentare paritaria ACP/UE, del 9 giugno 2013, n. 101.376/13/déf., e del Parlamento europeo, del 12 dicembre 2013, n. 2013/2980 (RSP). Riferimenti ai presupposti per un genocidio nella RCA sono stati fatti dal Capo delle azioni umanitarie delle NU, www.lapresse.ca. V. inoltre in UN Doc. S/PV.7092; e le "Conclusions préliminaires. Mission de surveillance du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme en République centrafricaine (RCA), del 14 gennaio 2014, www.ohchr.org.

19 Schede in www.operationspaix.net. Sinteticamente possono ricordarsi le seguenti operazioni: la Missione interafricana di sorveglianza degli Accordi di Bangui (MISAB), riportabile a una coalizione di Stati africani, sostanzialmente sostenuta dalla Francia e poi sostituita dalla Missione delle NU nella RCA (MINURCA). Dal punto di vista della gestione della sicurezza, la MINURCA è stata sostituita da una Forza (FOMUC) creata dagli Stati membri della CEMAC. Quella Forza è stata a sua volta sostituita dalla MICOPAX, che si iscrive nelle attività della Forza multinazionale degli Stati dell'Africa centrale (FOMAC), creata dalla CEEAC. Alle operazioni che precedono va aggiunta la Missione dislocata nella RCA dall'UE (Eufor Ciad/RCA), in vista di quella delle NU (MINURCAT). Nella RCA si sono succeduti anche due *Bureaux* per il consolidamento della pace delle NU (BONUCA e BINUCA, attualmente attivo).

il conferimento alla CEEAC e alla MICOPAX del compito di assicurare la sicurezza collettiva e individuale degli attori del processo di pacificazione – tra le parti pertinenti del conflitto interno[20]. Gli accordi richiamati, rimasti privi di sostanziale attuazione, sono stati arricchiti da alcune dichiarazioni di indirizzo adottate sotto l'egida della CEEAC, tra cui quella di N'Djamena del 18 aprile 2013, e da una "feuille de route" sul funzionamento degli organi di transizione, predisposta dal Gruppo internazionale di contatto per la RCA, con la partecipazione di rappresentanti delle NU, dell'UE e di alcuni Stati, compresi i membri permanenti del Consiglio di sicurezza[21]. Come precisato da quest'ultimo (risoluzione 2121, del 10 ottobre 2013, paragrafi 1 e 3), l'insieme degli atti in parola costituisce il quadro di riferimento normativo del processo di pacificazione, in vista di elezioni presidenziali e legislative; lo stesso è fondato sull'attività politica del Consiglio nazionale di transizione (CNT), organo costituente e legislativo creato, su richiesta della CEEAC, dopo la presa del potere, con l'uso della forza, da parte della coalizione organizzata *Seleka*, poi dissoltasi in alcuni gruppi, cui si contrappongono le milizie cristiane *Anti-Balaka*, che a loro volta hanno dato luogo a una epurazione etnica di musulmani[22].

Al fine di favorire il processo di pace, la Comunità africana ha deciso di quadruplicare i contingenti della MICOPAX[23]. Peraltro, in quanto poco efficace, quell'operazione è stata trasfusa nella Missione di sostegno alla RCA (MISCA), creata dall'UA e il cui dislocamento è stato autorizzato dal Consiglio di sicurezza (risoluzione 2127, del 5 dicembre 2013, par. 28 ss.)[24]. Invero, confermando l'orientamento seguito altrove, l'Unione aveva già manifestato il proprio interesse per la situazione nella RCA reagendo ai cambiamenti anticostituzionali, isolandone gli autori, nonché adottando sanzioni contro i dirigenti della *Seleka* e sospendendo la partecipazione della RCA alle attività societarie. In altri termini, l'Unione ha delegittimato quella coalizione[25].

Si tratta di decisioni di cui ha preso nota il Consiglio di sicurezza (risoluzione 2121, 13° 'considerando' del preambolo); il medesimo ha dato il proprio sostegno

---

20 V. fr.africatime.com; www.operationspaix.net.

21 V. www.presidencetchad.org; binuca.unmissions.org; www.peaceau.org.

22 Cfr. il Rapporto di Amnesty International n. CS015, del 12 febbraio 2015, www.amnesty.it.

23 V. la decisione n. 2/CEEAC/CCEG/13, www.ceeac-eccas.org, cui è allegata la direttiva sulle regole di ingaggio e di comportamento dell'Operazione, con il previsto diritto di legittima difesa e di reazione con l'uso della forza "minimale" (non al di là degli obiettivi operativi) per necessità militare (per difendere posizioni occupate o la popolazione esposta ad attacchi) (par. 2 s.).

24 Sull'inefficienza della MICOPAX, si rinvia al Crisis Group, *Africa Briefing* n. 96, www.crisisgroup.org.

25 V. PSC/PR/COMM(CCCLXII) e PSC/PR/COMM(CCCLXIII), www.peaceau.org. Sugli effetti del disconoscimento, v. U. Villani, *Riconoscimento (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, 1989, p. 633 ss., in specie p. 661 s.; N. Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2013, IV ed., p. 54 ss. Con riguardo a quanto osservato, nel testo, vale la pena di ricordare la "Charte africaine de la democratie, des elections et de la gouvernance" (con rinvii nel preambolo ad altri atti) adottata dalla Conferenza dell'UA il 30 gennaio 2007. Sulle attività delle organizzazioni regionali africane in contesti di mutamenti anticostituzionali di governo, v. J. Levitt, *op. loc. cit.*; M. Ndulo, *The Prohibition of Unconstitutional Change of Government*, in A. A. Yusuf, F. Ouguergouz (eds.), *The African Union: Legal and Institutional Framework: A Manual on the Pan-African Organization*, Leiden-Boston, 2012, p. 251 ss.; D. L. Tehindrazanarivelo, *The African Union's Relationship with the United Nations in the Maintenance of Peace and Security*, *ivi*, p. 375 ss.

all'Accordo del 2013, così riconoscendo nel Primo ministro previsto da quell'Atto il Capo dell'unità nazionale incaricato di dare concreto svolgimento al quadro normativo di pacificazione poc'anzi richiamato (paragrafi 1 e 2)[26]; strumentale allo stesso e al dialogo politico è il "Pacte républicain", firmato dal Governo di transizione il 7 novembre 2013, sotto l'egida della Comunità di S. Egidio (risoluzione 2127, par. 7).

A completamento di quanto precede, appare opportuno ricordare che, confermando il proprio ruolo centrale per la soluzione della crisi nella RCA anche successivamente agli svolgimenti richiamati e all'iniziale dislocamento della MISCA, la CEEAC ha dato luogo a un *Summit* finalizzato a formalizzare, in un consesso internazionale, le dimissioni del (Presidente della *Seleka* autoproclamatosi e poi eletto dal CNT) Presidente della Repubblica (così ottenendo il riconoscimento della CEEAC, non dell'UA), incapace di controllare i gruppi armati presenti nel Paese, nonché del Primo ministro e del Presidente del CNT. Tali dimissioni sono state favorite per sbloccare la situazione di stallo politico, con inevitabili ostacoli per il processo di pace. In altri termini, con siffatte dimissioni si è inteso rimettere a quel Consiglio il compito di individuare i nuovi dirigenti nazionali per la direzione politica interna del processo di pacificazione e punto di riferimento delle attività delle organizzazioni internazionali nella RCA[27].

In effetti, il Consiglio di sicurezza ha avuto cura di felicitarsi della nomina del nuovo Capo di Stato, del Primo ministro e del nuovo Governo di transizione, così riconoscendo nelle nuove autorità quelle legittimate a dirigere il processo politico di transizione, in vista delle elezioni da tenere entro il febbraio 2015. Ciò ancorché alle medesime autorità facesse difetto l'effettivo esercizio di funzioni governative e di controllo su tutto il territorio della Repubblica centrafricana[28].

Nello stesso senso, viene in rilievo la dichiarazione dell'Alto rappresentante dell'UE, nella quale, rilevato il rispetto, con la nomina del nuovo Capo di Stato, "des dispositions de la Charte Constitutionnelle", si legge che "[C]ette élection est une première étape importante vers la remise en place d'autorités centrafricaines, *chargées de conduire* à terme le processus de transition"[29]. Il sostegno dato alle nuove nomine appare volto, dunque, ad accelerare il processo di transizione.

3. Come è noto, al fine di autorizzare delle azioni coercitive di organizzazioni regionali, il Consiglio di sicurezza ha richiamato raramente il capitolo VIII della Carta; il Consiglio ha agito, per lo più, in base al capitolo VII avendo riguardo ad azioni di dette organizzazioni o, ricorrentemente, degli Stati nel quadro delle stesse[30]. La prassi mostra, in particolare, la ricorrenza di autorizzazioni di opera-

---

26 V. pure il par. I della risoluzione dell'Assemblea parlamentare ACP-UE e il par. 31 della risoluzione del Parlamento europeo.

27 Notizie e atti pertinenti in www.operationspaix.net. Il comunicato finale del *Summit* dei capi di Stato e di governo della CEEAC è in www.ceeac-eccas.org.

28 Cfr. tra loro il 4° 'considerando' del preambolo e il par. 15 della risoluzione 2134. V. pure gli atti indicati *supra*, nota 18.

29 V. la dichiarazione, del 21 gennaio 2014, n. 140121/01, eeas.europa.eu. Corsivi aggiunti.

30 Ad esempio, v. le risoluzioni 816, del 31 marzo 1993, par. 4 (con riferimento agli Stati), e 1778, par. 6, lett. a) (con riferimento alle organizzazioni). Per la prassi, anche successivamente richiamata, nel testo, si rinvia al nostro *Le attività*, cit.; nonché alla II parte dello stesso articolo, in *La Comunità Internazionale*, 2013, p. 233 ss.

zioni di *peace-keeping* (o *peace-building*) coercitive (robusto, rafforzato), ancorché le stesse presentino carattere consensuale[31]. La qual cosa appare in linea con le indicazioni presenti nella risoluzione 49/57 ("Declaration on the Enhancement of Cooperation between the United Nations and Regional Arrangements or Agencies in the Maintenance of International Peace and Security"), adottata dall'Assemblea generale il 9 dicembre 1994[32].

[31] Per esempi di operazioni coercitive delle NU (autorizzate, cioè, *ex* capitolo VII, a usare la forza per difesa personale, di altri membri della missione, dei mandati ricevuti – comprensivi della libertà di movimento, invero implicita nel concetto stesso dell'operazione consensuale – e, si noti, per proteggere i civili in imminente pericolo fisico), v. le risoluzioni 1291, del 24 febbraio 2000, par. 8; 1528, del 27 febbraio 2004, par. 8; 1545, del 21 maggio 2004, par. 5; 1769, del 31 luglio 2007, par. 15; 2062, del 26 luglio 2012, par. 2, con le precisazioni del Consiglio di sicurezza contenute nel par. 3 della risoluzione 2063, del 31 luglio 2012. Per operazioni di o nel contesto di organizzazioni regionali v. *supra*, nota 16 s., *infra*, note 37 e 69, nonché di seguito, nel testo (dalle risoluzioni in parola risulta che il ricorso all'uso della forza deve essere compatibile con le capacità operative ed è delimitato geograficamente: cfr. ad esempio le risoluzione 1291, paragrafi 7, lett. g, e 8). La distinzione tra operazioni di *peace-keeping* coercitive e non coercitive (e cioè consensuali, come tali neutrali, con la possibilità di utilizzare la forza solo in legittima difesa, giusta la portata da questa assunta) non è priva di rilievo, posto che per ampia parte della dottrina le prime, ancorché consensuali come le seconde, necessitano dell'autorizzazione del Consiglio di sicurezza (ai sensi dell'art. 53 della Carta o del capitolo VII). Dando rilievo al carattere consensuale delle operazioni di *peace-keeping*, altra parte della dottrina esclude l'esigenza di detta autorizzazione per il dispiegamento delle operazioni ancorché coercitive: in assenza dell'autorizzazione del Consiglio di sicurezza, il consenso dello Stato ospite, che in generale funziona come esimente dell'illecito, potrebbe consentire comunque, dal punto di vista di quello Stato, la costituzione e lo svolgimento di dette operazioni (in argomento v. C. Walter, *Security Council Control over Regional Action*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1997, p. 129 ss., in specie p. 170 ss.; U. Villani, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, in *La Comunità Internazionale*, 2004, p. 63 ss., in specie p. 84 ss.; P. Picone, *Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 5 ss., in specie p. 36, testo e nota 89, con la precisazione che l'autorizzazione è "necessaria" per accorpare l'operazione al sistema delle NU; N. Tsagourias, *Consent, Neutrality/Impartiality and the Use of Force in Peacekeeping: Their Constitutional Dimension*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2006, p. 465 ss.; M. Zwanenburg, *Regional Organisations and the Maintenance of International Peace and Security: Three Recent Regional African Peace Operations*, *ivi*, p. 483 ss.). Ad ogni modo, le eventuali caratteristiche coercitive delle forze non ne escludono la riconducibilità all'esperienza del *peace-keeping*, in ragione della natura empirica del metodo sottostante a tali operazioni (risoluzione 1327, parte II; ampiamente nel rapporto "A More Secure World: Our Shared Responsibility", in UN Doc. A/59/565, par. 183 ss.); e della flessibilità dei compiti loro attribuiti in funzione delle esigenze del caso concreto. In altri termini, le *peace-keeping* o *peace-building operations* (ancorché) robuste non possono confondersi con le vere e proprie azioni di *enforcement*: l'uso della forza cui le prime possono far ricorso non è volto a imporre una soluzione del conflitto contro la volontà del governo interessato o di altre entità, ma è accessorio al mandato ricevuto, giacché eventualmente funzionale alla completa attuazione del mandato, che, quanto meno originariamente, ha carattere consensuale (P. Picone, *op. cit.*, p. 30 ss.; N. Tsagourias, *op. loc. cit.*; altre indicazioni bibliografiche in B. Conforti, C. Focarelli, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2012, IX ed., p. 260 ss.; v. pure il rapporto del Segretario generale Annan sull'attuazione del c.d. "rapporto Brahimi", in UN Doc. A/55/502, par. 7).

[32] Nella stessa le organizzazioni regionali "are encouraged to consider in their fields of competence" la possibilità di creare, in particolare, "contingents of peace-keeping forces, for use as appropriate, in coordination with the United Nations and, when necessary, under the authority or with the authorization by the Security Council, in accordance with the Charter" (annesso, par. 10). Trattandosi di operazioni di *peace-keeping*, l'espressione "when necessary" – diversa dall'espressione "where appropriate" contenuta nell'art. 53, par. 1, prima frase della Carta – non potrebbe che essere riferita, dal punto di vista

Ciò posto, tornando alla prassi delle risoluzioni che qui interessano, dalla stessa risulta che la riferita distinzione, posta dall'art. 53, tra azioni utilizzate e autorizzate dal Consiglio di sicurezza non ha trovato costante riscontro pratico. Accanto a risoluzioni che recano vere e proprie autorizzazioni, nei termini indicati[33], si hanno casi nei quali il Consiglio ha autorizzato delle azioni assumendo l'iniziativa. In altri casi il Consiglio si è felicitato con l'organizzazione regionale per l'operazione avviata (o ha salutato o registrato una siffatta iniziativa), pur in assenza di previa autorizzazione: in tal modo il Consiglio ha mostrato un certo consenso (o, se si preferisce, tolleranza) per l'azione già iniziata che, in quanto attualmente pendente, può essere sottoposta all'autorità dello stesso Consiglio[34]. D'altro canto, dal punto di vista del sistema di sicurezza collettiva, di cui il capitolo VIII è parte integrante[35], ciò che conta è il consenso inequivocabile del Consiglio all'azione coercitiva di cui possa assumere il controllo.

Si sono avute altresì iniziative delle organizzazioni regionali che hanno chiesto l'autorizzazione del Consiglio al dislocamento di una forza già creata: successivamente alla creazione dell'operazione, cioè, si è avuta l'autorizzazione del Consiglio al dislocamento della forza[36]. In quest'ultimo senso può richiamarsi la risoluzione sull'autorizzazione dell'AMISOM; inoltre, sulla base del concetto strategico-operativo approvato dall'ECOWAS e dal Consiglio africano, il Consiglio delle NU – si

dell'Assemblea, alle operazioni robuste: in proprosito v. A. Gioia, *The United Nations and Regional Organizations in the Maintenance of Peace and Security*, in M. Bothe, N. Ronzitti, A. Rosas (eds.), *The Osce in the Maintenance of Peace and Security. Conflict Prevention, Crisis Management and Peaceful Settlement of Disputes*, The Hague-London-Boston, 1997, p. 191 ss., in specie p. 229 ss. La qual cosa non è priva di rilievo dato che la stessa risoluzione ha posto, in via generale, una connessione diretta tra il fondamento consensuale alle operazioni e la creazione e il dispiegamento di queste all'interno dello Stato (Stati) interessato (interessati): "peacekeeping activities undertaken by regional arrangements or agencies should be conducted with the consent of the State in the territory of which such activities are carried out" (par. 9; in argomento v. A. Orakhelashvili, *The Legal Framework of Peace Operations by Regional Organisations*, in *International Peacekeeping: Yearbook of International Peace Operations*, 2006, p. 111 ss.; M. Frulli, *Le operazioni di* peacekeeping *delle Nazioni Unite: continuità di un modello normativo*, Napoli, 2012, p. 25 ss.). Quanto precede dovrebbe indurre a concentrare l'attenzione sui rapporti tra consenso e autorizzazione del Consiglio di sicurezza alle operazioni c.d. coercitive delle organizzazioni regionali. Invero, la presenza dell'autorizzazione del Consiglio esclude ogni dubbio sulla possibilità che l'operazione possa procedere anche ove venga meno il consenso, o in situazioni in cui non funzioni il consenso di tutte le entità interessate. (P. Picone, *Le autorizzazioni*, cit., p. 72 ss.; e cfr. il nostro *Le attività*, (II parte), cit., p. 239, testo e note richiamate).

33 V. *supra*, nota 29 e, *infra*, nota 69.

34 Sul valore da ricollegare all'attuale pendenza dell'operazione, per le finalità indicate, nel testo, v. U. Villani, *Les rapports*, cit., pp. 337 ss., 355 s.; Id. *The Security Council's Authorization of Enforcement Acions by Regional Organizations*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2002, p. 535 ss., in specie p. 556 ss. Per esempi di iniziative del Consiglio, v. le risoluzioni 779, del 21 febbraio 1992, ultimo 'considerando' del preambolo; 816, par. 4; 1037, del 15 gennaio 1996, par. 14; per riferimenti ad azioni sollecitate o auspicate, v. le risoluzioni 1872, del 23 luglio 2009, par. 8; 1976, dell'11 aprile 2011, par. 10 del preambolo e par. 8; la risoluzione 2062, par. 20.

35 V. *infra*, nota 44.

36 Da richiamare in proposito gli svolgimenti del Segretario generale in UN Doc. S/2001/805, par. 34, dove si pone in luce che l'assenza di comunicazione politica o di convergenza di analisi politiche su una data situazione, nei rapporti con le organizzazioni regionali, possono essere fattore di ritardo in una presa di posizione del Consiglio di sicurezza favorevole all'operazione dell'organizzazione regionale.

è già detto – ha autorizzato il dislocamento della MISMA[37]. Siffatto orientamento risulta arricchito dalle risoluzioni 2121 e 2127 sulla situazione nella RCA, Stato nel quale, come accennato, le NU erano già presenti a mezzo del BINUCA, il cui mandato – ulteriormente rinforzato dalla risoluzione 2134 (paragrafi 1-12) – è comprensivo del compito di coordinare gli attori internazionali che operano in quella Repubblica, agli scopi elencati.

Nella prima risoluzione, il Consiglio di sicurezza ha sostenuto il processo politico di transizione fondato sugli atti già indicati e di cui ha chiesto l'applicazione immediata (par. 1 ss.); si è felicitato (18° 'considerando' del preambolo) della decisione del Consiglio africano di autorizzare il dislocamento della "Mission internationale de soutien à la Centrafrique sous conduite africaine (MISCA), ainsi que des conclusions auxquelles sont parvenues l'Union africaine et la Communauté économique des États de l'Afrique centrale concernant les modalités de la transition entre la Mission de consolidation de la paix en Centrafrique (MICOPAX) et la MISCA". Infine, prospettando un proprio ruolo direttivo rispetto agli svolgimenti futuri, il Consiglio ha affermato di contare sulla "mise en place" della Missione funzionale alla formazione di una Repubblica "stable et démocratique exerçant son autorité sur l'ensemble du territoire national et assumant sa responsabilité de protéger la population civile"; a quello scopo, ha impegnato gli Stati africani e pregato il Segretario generale e il BINUCA di cooperare per la realizzazione della transizione dalla MICOPAX alla MISCA (par. 19 s.).

Con la seconda risoluzione, il Consiglio di sicurezza, agendo *ex* capitolo VII, ha autorizzato il dislocamento della MISCA, "pour une période initiale de 12 mois", per contribuire al perseguimento degli obiettivi elencati; in specie "[P]rotéger les civilis et rétablir la sécurité et l'ordre public, en ayant recours aux mesures appropriées" (par. 28, i). Tutto ciò, va notato, sulla base del rapporto del Segretario generale, recante le conclusioni della Missione di valutazione tecnica nella RCA (diretta dal Sottosegretario generale alle operazioni di mantenimento della pace e composta da rappresentanti delle diverse entità internazionali operanti), nonché la pianificazione dell'operazione, e considerato il nuovo concetto di operazione approvato dal Consiglio africano (11°, 22° e 25° 'considerando' del preambolo)[38].

Con la medesima risoluzione, ricordata la lettera con la quale le Autorità transitorie della RCA chiedevano che la MISCA fosse assistita dalle truppe francesi (pre-

[37] Risoluzioni 1464, del 4 febbario 2003, par. 9; 1744, del 20 febbraio 2007 ("*Taking note* of the communiqué of the African Union Peace and Security Council (…) which states that the African Union shall deploy (…) a mission to Somalia (AMISOM)"; il Consiglio, agendo *ex* capitolo VII "4. Decides to authorize member States of the African Union to establish for a period of six months a mission in Somalia, which shall be authorized to take all necessary measures as appropriate to carry out the following mandate (…)"); 2071, del 12 ottobre 2012, (dalla quale sono rilevabili due delle situazioni descritte nel testo: per un verso il Consiglio, "Acting under Chapter VII (…) 7. *Requests* the Secretary-General to immediately provide military and security planners to assist ECOWAS and the African Union" su richiesta della prima; per altro verso, "9. [*C*]*alls upon*, (…) the African Union and the European Union, to provide as soon as possible coordinated assistance, expertise, training and capacity-building support (…)"); e, in connessione con la stessa, 2085 (par. 9, alla luce del par. 8 s. del preambolo).

[38] Sulla definizione di quel "concetto", anche per atti precedenti, v. PSC/PR/2(CCCLXXX), www.au.int.

ambolo, 29° 'considerando')[39], il Consiglio di sicurezza ha autorizzato le stesse, nei termini previsti, a "appuyer la MISCA dans l'exécution de son mandat" (par. 50).

Come nel caso del Mali, l'autorizzazione al dislocamento della Missione è successiva all'adozione del concetto operativo da parte del Consiglio africano. In altri termini, nonostante le riferite felicitazioni per l'iniziativa di quel Consiglio, l'autorizzazione in parola ha seguito l'assunta definizione del quadro complessivo del teatro operativo e delle caratteristiche della Missione, alla cui pianificazione, va notato, avevano partecipato rappresentanti delle NU. Inoltre, in vista della creazione della Missione, il Consiglio di sicurezza ha fatto affidamento sugli impegni assunti dall'UE, in particolare, a sostegno della futura attività operativa (preambolo, 24° 'considerando').

Su queste basi, il Consiglio ha rilasciato l'autorizzazione al dislocamento della Missione sotto conduzione militare africana, così assumendo un ruolo direttivo nella gestione della crisi. Il Consiglio ha posto dei limiti temporali alla stessa Missione e ha invitato l'UA "à lui rendre compte tous les 60 jours, en étroite coordination avec le Secrétaire général et les autres organisations internationales et avec les partenaires bilatéraux concernés par la crise, concernant le déploiement et les activités de la MISCA" (par. 32). Più in generale, può notarsi che il Consiglio di sicurezza ha inserito la MISCA in un piano di pace complessivo, le cui componenti sono ben delineate nella risoluzione ("Processus politique; Désarmement, démobilisation et réintégration, et réforme du secteur de la sécurité; État de droit; Protection des ressources naturelles; Promotion et protection des droits de l'homme; Action humanitaire: principes, accès et financement; Régime de sanctions"); ha ricollegato l'Operazione alle attività del Binuca e della "Force régionale d'intervention de l'Union africaine (AU-RTF)" (par. 31); e ha statuito che la "MISCA et toutes les forces militaires présentes en République centrafricaine doivent agir, dans l'exécution de leur mandat, en respectant pleinement la souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité de la République centrafricaine ainsi que les dispositions applicables du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme et du droit international des réfugiés, et rappelle que la formation est importante à cet égard" (par. 33).

Ove, poi, si abbia riguardo alla posizione delle truppe francesi di sostegno alla MISCA, come accennato, il Consiglio ha autorizzato le stesse "à prendre toutes mesures nécessaires, *temporairement* et dans la *limite de leurs capacités et dans les zones où elles sont déployées*, pour appuyer la MISCA dans l'exécution de son mandat, énoncé au paragraphe 28" della risoluzione. Si tratta, cioè, di forze che, sia temporalmente che dal punto di vista materiale, spiegano la propria presenza in funzione accessoria alla MISCA, su richiesta dell'UA e delle Autorità transitorie, così rafforzando l'operazione *Boali*, già presente nella RCA. Inoltre, il Consiglio ha

[39] V. pure il 4° 'considerando' del preambolo della risoluzione del Parlamento europeo, dove è richiamata la lettera nella quale le Autorità transitorie chiedevano che la MISCA fosse sostenuta dalle truppe francesi; la qual cosa implica il consenso a entrambe le forze (v. pure in S.PV.7092, p. 8; la "Déclaration de la 3ème réunion du Groupe International de Contact sur la République Centrafricaine", cui ha partecipato il Primo ministro della RCA, www.peaceau.org; il Governo provvisorio ha poi partecipato al comunicato finale della quinta sessione straordinaria della Conferenza dei Capi di Stati e di Governo della CEEAC, www.ceeac-eccas.org).

chiesto alla Francia "de lui faire rapport sur l'exécution de ce mandat" e ha deciso "de revoir ce mandat six mois au plus tard après qu'il aura débuté" (par. 50).

Le riferite autorizzazioni recano le componenti, indicate in dottrina e qui sinteticamente richiamate (obiettivi, durata delle operazioni, richiesta di informazioni), che consentono al Consiglio di conservare il controllo sulle operazioni autorizzate, nel senso tra breve precisato, così collegandole con il sistema di sicurezza collettiva della Carta. Ciò vale, anzitutto, per la necessità che l'operazione abbia obiettivi chiari: questi devono essere idonei, cioè, a definirne la portata. La qual cosa, come riferito, risulta dalla risoluzione in esame, che, vale la pena di ripetere, individua tra quegli obiettivi la protezione della popolazione civile. L'autorizzazione a perseguire coercitivamente detta protezione è inserita nel più ampio contesto delle misure adottate a quello stesso scopo dal Consiglio di sicurezza (risoluzioni 2127 e 2134). Ciò posto, e dato che, per indicazione del Segretario generale, la "[D]octrine for the possible use of peacekeeping and military assets in the context of preventing, deterring or responding to atrocity crimes is not well developed", l'autorizzazione in parola si presta a essere intesa come manifestazione operativa di alcuni principi statuiti dal Consiglio di sicurezza a protezione dei civili, in specie nei conflitti armati (risoluzione 1894, dell'11 novembre 2009), e costituisce motivo di riflessione sul ruolo che "both the United Nations and its regional and sub-regional partners" possono svolgere "in (…) dialogues and assessments" funzionali a quella stessa protezione, in senso lato[40].

Quanto alle altre componenti che consentono al Consiglio di sicurezza di conservare il controllo sulle attività di cui si tratta, la risoluzione 2127 reca chiare indicazioni circa la durata delle autorizzazioni; inoltre il Consiglio ha chiesto all'UA e alla Francia di essere tenuto informato degli svolgimenti operativi. La qual cosa è funzionale, per l'appunto, a quel controllo.

Si è detto che, in vista della futura autorizzazione, il Consiglio delle NU ha atteso la formazione di un concetto operativo nel quale si profilasse compiutamente il passaggio dalla MICOPAX alla MISCA e l'assunzione certa degli impegni militari da parte della CEEAC e dell'UA. Siffatto approccio è congruente con lo spirito del capitolo VIII della Carta, il quale presuppone competenze e capacità delle

[40] Espressioni riprese dal rapporto del Segretario generale dal titolo "The role of regional and sub-regional arrangements in implementing the responsibility to protect", in UN Doc. A/65/877-S/2011/39 (anche per indicazioni di altri rapporti), par. 35. La risoluzione indicata, nel testo, reca un certo legame tra la protezione dei civili e il dibattuto concetto di responsabilità di proteggere. Vasta è la dottrina sulla responsabilità di proteggere, che invero, come emerge dai diversi "volets" di quel rapporto, va tenuta distinta dall'altra (cfr. pure il rapporto del 2012 del Comitato speciale sulle operazioni di *peace-keeping*, in UN Doc. A/66/19, par. 24; degna di nota la dichiarazione presidenziale, in UN Doc. S/PRST/2014/3 – con allegato un ampio *aide-mémoire* che, accorpando le risoluzioni del Consiglio, facilita l'individuazione degli obiettivi in cui si risolve la protezione dei civili –, nella quale si sottolinea la funzione strategica che in materia svolgono le operazioni di *peace-keeping*): con ulteriori indicazioni, v. variamente gli svolgimenti critici su quel concetto di C. Focarelli, *The Responsibility to Protect and Humanitarian Intervention: Too Many Ambiguities for Working Doctrine*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2008, 191 ss.; P. Gargiulo, *Uso della Forza (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, V, 2012, p. 1367 ss., in specie p. 1422 ss.; P. Picone, *Le reazioni collettive ad un illecito* erga omnes *in assenza di uno Stato individualmente leso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 5 ss., in specie p. 36 ss.

organizzazioni cui esso ha riguardo. Si tratta di un approccio che si inquadra agevolmente nelle indicazioni di carattere generale fornite dal Consiglio di sicurezza circa la *partnership* con l'altro Consiglio, senza pregiudizio per la sua "primary responsibility for the maintenance on international peace and security"[41].

Ciò posto, dal punto di vista dell'esercizio di quella responsabilità è indifferente che l'autorizzazione al dislocamento della MISCA sia stata fondata non sul capitolo VIII, ma sul capitolo VII, nel suo complesso: in ogni caso, si tratta di una autorizzazione che ha l'effetto di ricollegare al sistema di sicurezza collettiva l'operazione autorizzata[42], così potendo conservarne il controllo. Considerato il tenore della risoluzione, è legittimo pensare che, indicando il capitolo VII, il Consiglio abbia richiamato lo spirito complessivo di quel sistema, di cui il capitolo VIII è parte integrante, in quanto continuazione logico-sistematica del capitolo VII[43]. Nel senso indicato è sufficiente ricordare che il Presidente del Consiglio ha dichiarato che quest'ultimo "*reiterates* its primary responsibility for the maintenance of international peace and security under the Charter of the United Nations and recalls that cooperation with regional and sub-regional organizations*, consistent* with Chapter VIII of the Charter of the United Nations is an important pillar of collective security"[44].

D'altro canto, il riferimento, nella risoluzione in esame, al capitolo VII si spiega anche in considerazione della presenza, nello stesso atto, di misure sanzionatorie (par. 54 ss.) e dell'autorizzazione data alle forze francesi, la cui attuale presenza nella RCA (operazione *Sangaris*), per effetto, per l'appunto, di detta autorizzazione, assume caratteristiche diverse dall'operazione *Boali*, già operante sulla base degli accordi di difesa e sicurezza tra Francia e RCA, su richiesta di questa[45].

---

41 Cfr. *infra*, testo e nota 44.

42 Cfr. *supra*, in nota 32, le osservazioni di P. Picone. Con un approccio sostanzialmente analogo, dal punto di visa dell'indifferenza considerata, nel testo, v. L. Balmond, *La sécurité collective, du droit des Nations Unies au droit régional?*, in M. Arcari, L. Balmond (dirs.), *Sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Milano, 2008, p. 45 s., in specie p. 60.

43 Cfr., con riferimenti ai lavori preparatori, A. Abass, *Extraterritorial Collective Security: The European Union and Operation Artemis*, in M. Trybus, N. White (eds.), *op. cit.*, p. 134 ss.

44 S/PRST/2012/26; corsivi aggiunti. Il richiamo è alle risoluzioni 1809, del 16 aprile 2008 (3° 'considerando' del preambolo), 1862, del 14 gennaio 2009 (par. 10), e 2033, del 12 gennaio 2012 (il Consiglio, "[R]eaffirming its primary responsibility for the maintenance of international peace and security", ha ricordato "that cooperation with regional and sub-regional organizations in matters relating to the maintenance of peace and security and consistent with Chapter VIII of the Charter of the United Nations, can improve collective security": preambolo, 2° e 3° 'considerando'; inoltre, nel par. 5, il Consiglio "[T]akes *note* of the respective strategic visions of the partnership between the African Union and the United Nations as contained in the reports of the Secretary-General of the United Nations (…) and the Chairperson of the African Union Commission and *stresses* that common and coordinated efforts undertaken by the Security Council and the African Union Peace and Security Council in matters of peace and security, should be based on their *respective authorities, competencies and capacities*"; corsivi aggiunti). Nella risoluzione 2063, del 31 luglio 2012, il Consiglio ha sottolineato, "without prejudice to the Security Council's primary responsibility for the maintenance of international peace and security, the importance of the partnership between the United Nations and the AU, consistent with Chapter VIII of the United Nations Charter, with regard to the maintenance of peace and security in Africa" (preambolo, 9° 'considerando').

45 Notizie in www.defense.gouv.fr; v. altresì il *décret* n. 2011-1109 recante l'Accordo, tra il Governo francese e quello della RCA (dell'8 aprile 2011) "instituant un partenariat de défense" (con annesso

4. Da quanto precede risulta che il Consiglio africano non ha inteso utilizzare o invocare le disposizioni del proprio Protocollo (e del Trattato istitutivo dell'UA) per dare concretezza operativa a una Missione di natura coercitiva (volta anche a proteggere i civili) nel continente africano, indipendentemente dall'autorizzazione del Consiglio di sicurezza. Chiedendo l'autorizzazione al dislocamento della MISCA, il Consiglio africano ha chiesto all'altro Consiglio di esercitare, a sostegno dell'operazione africana, le proprie funzioni politico-istituzionali derivanti dalla Carta delle NU. La qual cosa, ci sembra, milita a favore della costruzione delle norme in parola come affermazione di un sistema istituzionale africano di pace e di sicurezza, nel senso a suo tempo indicato, che non esclude la sottoposizione delle operazioni coercitive dell'UA al Consiglio di sicurezza[46].

La circostanza che quest'ultimo abbia autorizzato un'operazione *sotto comando* africano non esclude, dunque, il controllo politico/normativo dello stesso Consiglio sulla MISCA[47]. D'altro canto, la MISCA necessita di sostegno strategico-finanziario[48]. E ciò depone nel senso di un affievolimento dell'autosufficienza e, quindi, dell'autonomia della Missione. In proposito, va ricordata la sostanziale nota posizione di dipendenza economica, nel settore operativo di cui si tratta, delle organizzazioni regionali e sub-regionali africane da altre entità, tra le quali figurano alcuni Stati, le NU e l'UE[49]. Siffatta dipendenza è evidente anche nel caso in esame, posto

---

sull'operazione *Boali*), www.legifrance.gouv.fr. Per l'approccio seguito nel testo, nell'intendere il riferimento al capitolo VII, v. U. Villani, *Les rapports*, cit., p. 269 ss.; Id., *La politica*, cit., p. 86 s.

46 In argomento v. gli svolgimenti di R. Adjovi, *The Peace and Securiy Council*, in A. A. Yusuf, F. Ouguergouz (eds.), *op. cit*., p. 143 ss.; A. A. Yusuf, *The Right of Forcible Intervention in Certain Conflicts*, *ivi*, p. 335 ss. Tanto più che la posizione del Consiglio di sicurezza quale stabilita dalla Carta delle NU e le disposizioni del capitolo VIII sono richiamate nell'art. 17, par. 1 s., del Protocollo sul Consiglio africano (tra gli atti istitutivi di altre organizzazioni, v., variamente, il 6° 'considerando' del preambolo e gli articoli 1 e 2 del Trattato dell'Organizzazione degli Stati americani; l'art. 5 del Trattato Interamericano di assistenza reciproca, del 2 settembre 1947; il 1° 'considerando' del preambolo del Patto di mutua assistenza tra gli Stati parti della CEEAC; per l'UE v. *infra*, nota 60). D'altro canto, ai sensi dell'art. 103 della Carta delle NU, in "caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con" lo "Statuto e gli obblighi da essi assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale, prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto". Alla disposizione riferita è ricollegabile l'effetto di indirizzare il comportamento degli Stati membri anche di altre organizzazioni in senso conforme allo stesso art. 103; e cioè in modo da vanificare l'applicazione delle norme di queste ultime che siano o possano avere effetti contrastanti con gli obblighi derivanti dalla Carta. In argomento, anche per il quadro generale delle norme della Carta che possono venire in rilievo in materia, v. U. Villani, *Les rapports*, cit., p. 259 ss.; L. Balmond, *op. cit.*, p. 74 s.

47 E invero, come mostra l'esperienza, il controllo militare può fare difetto rispetto a operazioni create dallo stesso Consiglio di sicurezza: con critiche all'opinione che ritiene necessario il controllo militare del Consiglio, cfr. P. Picone, *Considerazioni sulla natura della risoluzione del Consiglio di sicurezza a favore di un intervento 'umanitario' in Libia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 213 ss., in specie p. 217.

48 Sull'insufficienza della MISCA, dal punto di vista ora considerato, v. il rapporto del Segretario generale in UN Doc. S/2013/677, par. 14 ss.

49 Sul punto, tra gli altri, v. C. R. Majinge, *Regional Arrangements and the Maintenance of International Peace and Security: The Role of the African Union Peace and Security Council*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 2010, p. 97 ss.; K. Nerland, *Building a Regional Peacekeeping Capacity: The Challenges Facing the African Union in Darfur*, in R. Sharamo, B. Mesfin (eds.), *Regional Security in the post-Cold War Horn of Africa*, Pretoria, 2011, p. 407 ss., in specie p. 412. In definitiva si tratta di dati che militano, dal punto di vista pratico, in senso contrario all'autonomia operativa

che i finanziamenti per l'operazione – più facili da acquisire con l'entrata in funzione di un'operazione delle NU nella quale sia trasfusa quella africana[50] – sono stati rimessi ai contributi volontari, così scartando la ripetizione dell'esperienza dell'AMIS, finanziata dalle NU (paragrafi 41-45 della risoluzione 2127). Inoltre, ampi finanziamenti derivano dall'UE, la quale, oltre a essere il maggior contributore della RCA nel quadro del c.d. sistema di Cotonou, aveva già finanziato la MICOPAX, trasferita nella MISCA. Come si vedrà, l'Unione ha deciso di intervenire anche operativamente a sostegno delle Missioni già presenti nella RCA[51].

Quanto osservato non leva che la richiesta autorizzazione, da parte del Consiglio africano, a dislocare, *ex* capitolo VII della Carta delle NU, una Missione da esso creata sia indicativa della volontà del medesimo Consiglio di avvalersi delle disposizioni del proprio sistema normativo per accertare l'esistenza di una situazione con riferimento alla quale ha ritenuto di dover prendere l'iniziativa e operare. In proposito è da notare che l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza è stata preceduta da un processo di formazione e pianificazione della futura operazione nel quale i due Consigli appaiono sullo stesso piano. Siffatto processo risulta dagli atti pertinenti delle organizzazioni africane, dai rapporti del Segretario generale e trova conferma nei lavori preparatori della risoluzione 2127[52].

Su queste basi, è prospettabile che la partecipazione di funzionari delle NU e rappresentanti del Segretario generale al processo formativo di un'operazione coercitiva di una organizzazione regionale, il cui svolgimento sia sottoposto all'attenzione del Consiglio di sicurezza, risolvendosi in una sorta di controllo preventivo sul contenuto della futura operazione, rechi i presupposti favorevoli per l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza a quell'operazione. Un siffatto approccio può porre le basi per manifestazioni di sostegno del medesimo Consiglio a favore di un'operazione attualmente pendente, ancorché non previamente autorizzata[53].

In conclusione, va osservato che la risoluzione 2127 ha riguardo a una situazione nella quale il Consiglio di sicurezza, richiamando nel suo complesso il capitolo VII della Carta, ha assunto impegni nel perseguire gli obiettivi indicati, a

---

dell'UA (in un settore nel quale si tratta bensì di operare). Su queste basi, dunque, va rilevato un divario tra le ambizioni autonomistiche desumibili (nel senso accennato *supra*, par. 1) dalle norme dell'Atto istitutivo dell'UA e di altre organizzazioni regionali e sub-regionali africane e la loro effettiva capacità operativa. Beninteso, la circostanza che il Consiglio di sicurezza autorizzi un'operazione dell'UA non è una ragione di per sé sufficiente per ritenere che l'organizzazione regionale sia in grado di svolgere autonomamente il mandato ricevuto.

50 V. il par. P della risoluzione del Parlamento europeo (*supra*, nota 18) e cfr. *infra*, alla fine di questo par.

51 Cfr. i paragrafi T della risoluzione dell'Assemblea parlamentare ACP-UE e AD della risoluzione del Parlamento europeo; altre informazioni nei comunicati stampa della Commissione europea: da ultimo, quello del 10 febbraio 2012, in ec.europa.eu.

52 V. la documentazione cit. *supra*, nota 38; il rapporto in UN Doc. S/2013/677; inoltre, in UN Doc. S/PV. 7072, la seguente dichiarazione del Rappresentante dell'UA: "[W]e were able, without prejudice to the responsibilities of the Security Council, to share our views with Council members (…). We must build on that progress and on the consultations that have preceded other resolutions of the Council (…), in order to work better together". Rilevanti in argomento gli svolgimenti di A. A. Yusuf, *op. cit*., p. 342 ss.

53 Vedi A. Peyró Llopis, *Force, ONU et organisations régionales: Répartition des responsabilités en matière coercitive*, Bruxelles, 2012, pp. 303 ss., 350 ss.

mezzo dell'operazione autorizzata nel contesto richiamato. Ciò induce a concentrare l'attenzione su quest'ultimo[54]: se ne desume ulteriormente non solo la connessione tra l'autorizzazione, *ex* capitolo VII, al dislocamento di una operazione coercitiva e le gravi violazioni dei diritti umani nel contesto operativo considerato, ma altresì che il Consiglio di sicurezza ha sostenuto e autorizzato un'attività operativa esterna al sistema della Carta – e riportabile a organismi regionali con il sostegno di Stati terzi – in una situazione con caratteristiche diverse da quelle che si ritiene tradizionalmente debbano sussistere per l'operare di missioni di *peace-keeping*, ancorché coercitive, delle NU[55]. In tal senso depone la dichiarata disponibilità del Consiglio di sicurezza "d'engager les preparatifs" della trasformazione della MISCA in una "operation de maintien de la paix des Nations Unies" (par. 46), sussistendo "les conditions sur le terrain" indicate dal Segretario generale (par. 48). "Conformément à la doctrine et à la pratique établies", quest'ultimo aveva precisato che siffatta trasformazione presuppone il quadro politico per la transizione e che il governo legittimato alla stessa mostri adesione fattiva all'adozione di misure in tal senso, in particolare, tenendo ben distinte tra loro le "forces qui constituent officiellement l'appareil de sécurité de l'État et celles qui agissent hors de la légalité"[56]. Anche in funzione di quella transizione opera il BINUCA (risoluzione 2134, paragrafi 1-18).

Su queste basi, e tenuto conto di altre esperienze, giusta le indicazioni dell'UA, viene dunque a configurarsi, dal punto di vista della stessa, "l'émergence d'une doctrine de maintien de la paix différente" da quella delle NU: "au lieu d'attendre la réalisation de la paix pour la maintenir, l'UA perçoit le maintien de la paix comme une occasion de rétablir la paix, avant de pouvoir la maintenir"[57]. La qual cosa non esclude la presenza nell'area interessata delle NU con forme di attività diverse da operazioni militari.

5. Autorizzato a operare nella RCA, nei termini e agli scopi in precedenza indicati, il Governo francese ha sollecitato il sostegno, anche operativo, dell'UE[58]. Questa – si è avuto modo di ricordare – è fornita della competenza a creare, in particolare, missioni militari prive di carattere coercitivo o con siffatto carattere[59]. Sebbene costituite con il consenso delle parti interessate, le seconde prevedono l'uso della forza a difesa dei contingenti e per perseguire il mandato, in specie a tutela di popolazioni civili e aeroporti, in funzione degli aiuti umanitari. In siffatta prospettiva, l'Unione è solita agganciarsi alle NU: in effetti, principi e norme della Carta

54 Per tale approccio v. P. Picone, *Le autorizzazioni*, cit., p. 36 ss.

55 Cfr. il quadro generale interno descritto in UN Doc. S/PV. 7092.

56 UN Doc. S/2013/677, par. 45. Per dati che depongono nel senso dell'incapacità delle Autorità transitorie di controllare la sicurezza nella RCA e sull'assenza di un quadro politico, nel senso indicato, nel testo, v. la risoluzione del Parlamento europeo, par. I, lett. c); UN Doc. S/PV.7092, p. 3, nonché il preambolo della risoluzione 2134, in specie il 4° 'considerando'.

57 V. PSC/PR/2(CCCVII), sui rapporti di partenariato tra NU e AU, par. 71. Coerente con quanto, nel testo, l'intervento dell'Osservatore permanente dell'UA presso le NU, il quale riconosceva alla MISCA la funzione di creare le "conditions minimales" per il dislocamento di un'operazione delle NU.

58 V. www.euobserver.com; www.operationspaix.net (percorso Centrafrique), dove è riportata la dichiarazione del Presidente Hollande, nella quale si sottolineava l'esigenza di una presenza soprattutto politica dell'UE.

59 V. l'art. 43, par. 1, TUE.

di detta Organizzazione (articoli 24, 53, 103), come sappiamo, delineano, per il mantenimento della pace, un quadro di primazia del Consiglio di sicurezza rispetto alle organizzazioni regionali. E ciò ancorché il medesimo, come pure sappiamo, in genere si rivolga agli Stati nel quadro di queste e non alle organizzazioni. D'altro canto, atti dell'Unione, tra cui i pertinenti Trattati che si sono succeduti, esprimono un attaccamento della stessa ai principi qui sinteticamente richiamati[60]. Più in generale, può osservarsi che l'Unione ha teso a sviluppare le proprie capacità di azione per il mantenimento della pace in stretto rapporto con le NU, anche con formazioni di raccordo istituzionale[61]. Siffatto orientamento trova significativa conferma nell'esperienza operativa dell'UE nel continente africano[62]; esperienza arricchita dalla missione militare nella RCA, di seguito considerata.

In effetti, dando seguito alle sollecitazioni francesi e stante l'accordo di principio all'interno del Comitato politico e di sicurezza (art. 38 TUE), il Consiglio affari esteri dell'UE si è impegnato a fornire aiuti alle iniziative africane nella RCA, così rafforzando l'"engagement européen dans le cadre de son approche globale". In questa prospettiva, "marqué son accord politique sur (…) une opération militaire PSDC", il 20 gennaio 2014 il medesimo Consiglio "a approuvé le concept de gestion de crise à cette fin". In vista della decisione per il rapido stabilimento dell'operazione, quel Consiglio ha delineato quest'ultima come una forza volta a dare "un appui temporaire", non superiore ai sei mesi, in modo da fornire "un environnement sécurisé, dans la région de Bangui" e "passer le relais à l'UA". Si tratta, più in generale, di una forza militare volta a contribuire "aux efforts internationaux et régionaux de protection des populations les plus menacées"; inoltre "contribuera à la liberté de mouvements des civils" e a creare condizioni favorevoli "à la fourniture d'une aide humanitaire à ceux qui en ont besoin". Ciò posto, il Consiglio aveva cura di precisare che l'operazione avrebbe dovuto essere "basée sur une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies qui permet d'établir dans les *meilleurs délais* une opération EUFOR en RCA, en soutien aux efforts déployés par la communauté internationale, notamment l'UA, l'ONU et la France, ainsi que par les autorités centrafricaines"[63].

Nella risoluzione 2134, preso nota dell'approvazione da parte delle Autorità transitorie del dislocamento di una operazione dell'UE (ultimo par. del preambolo),

---

60 V. i ripetuti richiami ai principi della Carta contenuti nel TUE (articoli 3, par. 5; 21, paragrafi 1 e 2, lett. c; 34 e 42, par. 1); nel Protocollo n. 10 sulla cooperazione strutturata permanente; e nella Dichiarazione n. 13 sulla PESC (l'UE e "i suoi Stati membri resteranno vincolati dalle disposizioni della Carta (…), in particolare, dalla responsabilità primaria del Consiglio di sicurezza e dei suoi membri per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali"). Rispetto a quanto osservato, nel testo (anche per la sottoposizione dell'UE alle norme di diritto internazionale generale – art. 21 TUE –, tra cui quelle che statuiscono il rispetto della sovranità e dell'indipendenza degli Stati, il divieto dell'uso della forza e il diritto di autodeterminazione dei popoli), cfr. U. Villani, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 551 ss., in specie p. 552 ss.

61 Così il Comitato direttivo ONU/UE; le riunioni ministeriali dell'UE con il Segretario generale: in argomento v. A. Novosseloff, *Options for improving UN-EU Cooperation in the Field of Peacekeeping*, in J. Krause, N. Ronzitti (eds.), *op. cit.*, p. 150 ss., con ampie indicazioni di atti dell'UE.

62 Cfr. *supra*, nota 16 s., e *infra*, nota 69.

63 V. le conclusioni del Consiglio sulla Repubblica centrafricana (del 20 gennaio 2014), www.eeas.europa.eu. Corsivi aggiunti.

agendo *ex* capitolo VII, nel quadro di più ampie misure, il Consiglio di sicurezza ha autorizzato il dislocamento dell'operazione "selon les termes" precisati dall'UE. Così decidendo, il Consiglio ha richiamato e fatto proprie le funzioni e caratteristiche poc'anzi riferite della Forza autorizzata e ha stabilito un rapporto di rinvio e presupposizione reciproca tra il contenuto della propria risoluzione e le determinazioni dell'UE. In particolare, il Consiglio ha autorizzato l'operazione "à prendre toutes les mesures nécessaires, dans la *limite* de ses capacités et *dans ses zones* de déploiement, dès son déploiement initial et *pendant une période de six* mois à compter de la date à laquelle elle aura déclaré être pleinement opérationnelle" (corsivi aggiunti). Infine, ha chesto all'Unione rapporti "sur l'exécution de ce mandat en République centrafricaine et de coordonner ses rapports avec ceux de l'Union africaine", e ha invitato le Autorità transitorie a concludere con l'UE un accordo sullo *status* della Forza della stessa (par. 47).

La creazione dell'operazione in parola è da ricollegare, come in altri casi, al ruolo politico-operativo di uno Stato membro (del Consiglio di sicurezza e) dell'UE nell'area geografica cui si ha riguardo[64]; su queste basi, l'operazione è indicativa della frequenza dei rapporti tra NU e UE per il mantenimento della pace nel continente africano. Questo dunque, per il tramite di alcuni Stati, diventa luogo geopolitico di raccordo dei rapporti tra le due Organizzazioni nel settore di cui si tratta. Inoltre, giacché inserita nell'*African Peace Facility*[65], insieme ad altri precedenti operativi, la medesima operazione può essere assunta come ulteriore mezzo di sperimentazione delle relazioni tra la stessa UE e le pertinenti organizzazioni africane[66]. La qual cosa trova conferma in quanto si legge nella decisione 2014/73/PESC del Consiglio, del 10 febbraio 2014, che ha istituito l'operazione "ponte" EUFOR RCA (articoli 1, par. 1, e 7).

Gli atti presi in considerazione inducono a svolgere alcune osservazioni. Anzitutto, il riferimento all'approvazione delle Autorità transitorie per il dislocamento della Forza, ancorché prive, al momento preso in considerazione, di effettivi poteri di controllo su tutto il territorio della RCA, denota il ruolo che in alcuni casi riveste il riconoscimento di siffatte entità, da parte delle organizzazioni internazionali pertinenti, con una presunzione di legittimità delle stesse entità[67]. Da ricordare al riguardo quanto già detto a proposito della nomina di quelle Autorità[68] e il rilievo dato dal Consiglio dell'UE al "compiacimento" del Presidente *ad interim* della RCA

---

64 Cfr. i nostri scritti cit. *supra,* nota 16 s., e i dati che si ricavano da quello cit. in nota 62. In una prospettiva generale, in cui è posta in luce la connessione tra considerazioni politiche degli Stati e ruolo delle NU nell'autorizzare degli interventi, v. P. Picone, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 5 ss., in specie p. 17 s.

65 V. in www.africa-eu-partnership.org.

66 In proposito v. il par. 7 della dichiarazione del Consiglio europeo sul rafforzamento della politica europea di sicurezza e di difesa (PESD) contenuta nelle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, dell'11 e 12 dicembre 2008.

67 Nella vasta bibliografia in materia ci limitiamo a rinviare a G. Hafner, *Intervention by Invitation* (nel quadro dei problemi sull'*Use of Force in International Law*), in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 2009, p. 299 ss., in specie p. 397 ss.; e a F. Salerno, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, 2013, III ed., pp. 239 s., 470 s.

68 V. *supra*, testo e note 27-29.

per l'operazione dell'UE, autorizzata dalla risoluzione 2134 (7° 'considerando' del preambolo della decisione).

Quello stesso riferimento reca una conferma del costante orientamento dell'UE consistente nella ricerca del consenso dello Stato interessato al dislocamento di una propria missione militare[69]. La qual cosa, come sappiamo[70], non esclude un'eventuale caratterizzazione coercitiva dell'operazione. In una siffatta situazione, il consenso e l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza costituiscono parametri di riferimento nell'interpretazione del mandato. Da notare che il Consiglio UE non ha richiamato semplicemente il consenso delle Autorità dello Stato ospite, ma ha fatto rifermento al "compiacimento" delle stesse per un'operazione dell'UE quale autorizzata dal Consiglio di sicurezza: per una Forza, cioè, autorizzata, *ex* capitolo VII, a utilizzare i mezzi necessari, così potendo operare "dans les meilleurs délais".

L'autorizzazione in parola è coerente con l'impegno generale del Consiglio di sicurezza "à veiller à ce que les tâches confiées aux opérations de maintien de la paix soient adaptées à la situation sur le terrain"[71]; inoltre, risulta sin d'ora idonea a dare "copertura" giuridica all'eventuale partecipazione di Stati terzi all'operazione dell'UE (art. 8 della decisione).

Oltre all'evocato elemento consensuale, anche il riferimento, nella risoluzione 2134 (preambolo, 9° 'considerando'), alla conclusione di un accordo sullo *status* della Forza dell'UE ribadisce l'approccio seguito da questa – e confermato nel caso in esame (art. 9 delle decisione) – per l'operare di proprie missioni militari[72]. Su queste basi viene a delinearsi – ci sembra – una Forza che presenta caratteristiche simili a quelle delle operazioni di *peace-keeping* coercitive delle NU. La qual cosa, unitamente alle limitate funzioni dell'EUFOR, non è indifferente dal punto di vista dei rapporti tra l'UE e le parti del conflitto in corso e può servire, come in altre situazioni, a evitare l'inserimento della Forza dell'UE nel conflitto[73].

---

69 Sulla base della richiesta degli Stati interessati si è svolta l'attività dell'UE in Bosnia-Erzegovina (sostituendo l'operazione delle NU con la EUPM: azione comune 2002/210/PESC, dell'11 marzo 2002, e decisione del Consiglio 2002/845/PESC, del 30 settembre 2002; in S/PRST/2003/33, la "soddisfazione" espressa dal Consiglio di sicurezza, il quale con la risoluzione 1575, del 22 novembre 2004, parte II, par. 7, ha autorizzato *ex* capitolo VII la creazione dell'EUFOR, in alternanza alla SFOR), nella FYROM (azione comune 2003/92/PESC, del 23 gennaio 2003, preambolo, 5° 'considerando'); nella Repubblica democratica del Congo, con l'EUPOL *Kinshasa* (Accordo globale sulla transizione, del 17 dicembre 2002: azione comune 2004/847/PESC, preambolo, 5° 'considerando'), con l'operazione *Artemis* (azione comune 2003/423/PESC, del 5 giugno 2003), autorizzata dal Consiglio di sicurezza, *ex* capitolo VII (risoluzione 1484, del 30 maggio 2003, anche per la volontà manifestata dal Presidente congolese e dalle parti della regione dell'Ituri), a svolgere compiti ripartiti con la MONUC; infine con l'EUFOR (UN Doc. S/2006/219, Annex II, par. 3; azione comune 2006/319/PESC, del 27 aprile 2006), autorizzata dal Consiglio di sicurezza, con risoluzione 1671, del 25 aprile 2006, a svolgere attività militari, *ex capitolo* VII, in appoggio alla MONUC durante il processo elettorale. L'EUPOL *Afghanistan* (azione comune del Consiglio 2007/369/PESC, del 30 maggio 2007) è stata riportata alle iniziative risalenti agli Accordi di Bonn (v., tra le altre, a sostegno all'iniziativa dell'Unione, la risoluzione 1890 dell'8 ottobre 2009). Per l'EUFOR Ciad/RCA e l'EUTM Mali, v. *supra*, testo e nota 16 s.

70 V. *supra*, nota 31.

71 V. la parte II della risoluzione 1327, del 13 novembre 2000.

72 In argomento v. F. Naert, *Legal Aspects of EU Military Operation*, in *Journal of International Peacekeping*, 2011, p. 218 ss., in specie p. 230 ss.

73 Cfr. gli svolgimenti dell'autore cit. nella nota che precede.

Infine, la circostanza che il Consiglio di sicurezza abbia autorizzato il dislocamento dell'operazione, avendo fatto proprio il concetto delineato dal competente organo dell'UE, comporta il riconoscimento all'EUFOR dell'autonomia risultante da quel concetto[74]. Da notare che, nello stesso giorno di adozione della risoluzione 2134, il Comitato politico e di sicurezza (COPS) "confirmed" la selezione del Comandante dell'Operazione, il quale "will now start the operational planning": si tratta di una decisione che "comes in the wake of the Council's approval of crisis management concept for a military operation under the EU's Common Security and Defence Policy"[75]. Inoltre, nel concetto operativo delineato dal Consiglio dell'Unione, l'EUFOR è destinata a operare "en laison" con l'UA nella RCA – si noti, senza previi accordi strategico-militari con l'UA[76] – rimettendo il coordinamento a un futuro documento di pianificazione (art. 7, par. 4). Infine, giusta l'art. 38 TUE, la Forza è sottoposta al controllo politico e alla direzione strategica del COPS, sotto la responsabilità del Consiglio dell'UE e dell'Alto rappresentante (art. 5 della decisione).

Quanto precede non esclude la primazia del Consiglio di sicurezza rispetto alla Forza dell'UE: a parte note affermazioni di carattere generale del Consiglio (delle NU ed) europeo in tal senso[77], qui è sufficiente ricordare che quest'ultimo ha chiesto che l'operazione per la quale aveva manifestato la propria preferenza fosse inserita nel contesto di una risoluzione del Consiglio delle NU recante le basi giuridiche per la presenza della Forza nel territori dei Paesi interessati (e, indirettamente, in quelli di transito)[78]. Si è detto altresì che il Consiglio di sicurezza, annessa l'EUFOR alle attività da lui gestite complessivamente nella RCA, non spogliandosi delle proprie responsabilità, ha chiesto dei rapporti sull'esecuzione dell'operazione autorizzata, in modo, evidentemente, da poter tenere sotto controllo la situazione. La qual cosa non è scartata dai limiti posti dalla decisione dell'UE alla circolazione di informazioni segrete per fattori di sicurezza (art. 11 della decisione, in combinato disposto con la decisione del Consiglio, del 23 settembre 2013, 2013/488/UE, sulle norme di sicurezza per proteggere le informazioni classificate UE).

In definitiva, la risoluzione autorizzativa ricade sui rapporti tra NU e UE e appare idonea a distinguere il ruolo politico/autorizzativo da quello operativo, comprensivo delle determinazioni politiche del COPS a tal fine necessarie. Siffatto ruolo di quel Comitato si spiega non solo per esigenze di scelte politiche nei rapporti con le organizzazioni africane operanti nella RCA, ma anche in ragione della funzione "ponte" dell'EUFOR in un contesto difficile; un'eventuale strategia di uscita (anche anteriormente al termine massimo posto per l'operazione: non oltre i sei mesi) da quel contesto non potrebbe che essere rimessa alle determinazioni politiche dell'Unione.

---

74 Cfr. *supra*, in questo par.

75 Comunicato stampa 5785/1435, in www.consilium.europa.eu.

76 Cfr., in senso critico, l'intervento del Rappresentante della Federazione di Russia, in UN Doc. S/PV.7103.

77 Tra gli altri documenti, v. "EU-UN Co-operation in Military Crisis Management Operations. Elements of Implementation of the EU-UN Joint Declaration", adottato dal Consiglio europeo il 17-18 giugno 2004, in specie par. 1; il "Joint Statement on UN-EU cooperation Crisis management", del 7 febbraio 2007 (tra i comunicati stampa del Consiglio dell'UE); la dichiarazione presidenziale in UN Doc. S/PRST/2007/7, del 28 novembre 2007. Altre indicazioni nel mio *Il ruolo*, cit., p. 66 s.

78 Per la facilitazione al transito delle forze e materiale destinato nella RCA, cfr. il par. 46 della risoluzione 2134.

In conclusione, da quanto precede risulta che l'operazione dell'UE si manifesta, nell'esercizio e nei limiti di compiti previsti negli atti pertinenti, in un contesto già delineato dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, anche a sostegno di attività coordinate dalla BINUCA; e che, in quanto funzionale a mobilitare altre operazioni, l'EUFOR è manifestazione del c.d. *bridging model* operativo[79], pur presentando punti di contatto con diverse esperienze operative dell'UE, senza tuttavia ridursi alle stesse[80]. Siffatte caratteristiche confermano la flessibilità del modello operativo, in senso lato, di cui si tratta, quale venutosi a delineare nella prassi.

Abstract

On the Relationship between the United Nations and Regional Organizations for the Maintenance of Peace in Africa

In order to authorize enforcement actions of regional organizations, the Security Council has rarely invoked Chapter VIII of the UN Charter; the Council acted, for the most part, under Chapter VII having regard to actions of these organizations or, more often, of States in the framework of the same organizations.

The relevant resolutions show that the distinction contained in Art. 53 of the Charter, between actions utilized and actions authorized by the Security Council, is not reflected steadily in the practice. In particular, there have been initiatives of regional organizations that asked the Council for the authorization for the deployment of a force already created. Such an orientation is enriched by Resolutions 2121 and 2127. In the CAR situation, the African Council did not intend to use or invoke the provisions of its Protocol (or of the Treaty establishing the AU) to give substance to an operation with coercive functions (also aimed at protecting civilians) in the African continent, regardless of the Security Council's authorization. Asking for an authorization for the deployment of MISCA, the African Council asked the UN Council to exercise the political-institutional functions under the UN Charter. This runs in favor of the construction of the rules in question as an affirmation of an institutional system of the African peace and security which does not preclude the submission of coercive operations of the AU to the Security Council. The fact that the latter has authorized an operation under African command does not exclude, therefore, the political/legislative control by the same Council on MISCA. The case examined endorses the emer-

[79] Sui modelli operativi delle operazioni dell'UE, v. T. Tardy, *Limits and Opportunities of the NU-EU Relations in Peace operations: Implications for DPKO*, External Study, Peacekeeping Best Practices Unit, Department for Peacekeeping Operations, United Nations, New York, settembre 2003, www.gcsp.ch; Id., *EU-UN Cooperation in Peace keeping: A Promising Relationship in a Constrained Environment*, in *Chaillot Paper*, n. 78, giugno 2005, p. 48 ss., www.iss.europa.eu.

[80] Oltre alla più volte menzionata Forza ponte Ciad/RCA, vengono alla mente l'operazione *Artemis*, in considerazione del suo dislocamento temporaneo e ben geograficamente limitato; nonché l'EUFOR in Congo, alla luce delle funzioni coercitive a protezione dei civili nelle aree di dislocamento operativo (v. le risoluzioni del Consiglio di sicurezza 1484 e 1671): su dette operazioni, v. U. Villani, *La politica*, cit., p. 85 s.; nonché a F. Naert, *ESPD in Practice: Increasingly Varied and Ambitous EU Security and Defence Operations*, in M. Trybus, N. D. White (eds.), *op. cit.*, p. 61 ss.; e A. Abass, *op. loc. cit.*

gence, from the point of view of the AU, of a 'doctrine de maintien de la paix' different from the one traditionally accepted by the UN.

In Resolution 2134, acting under Chapter VII, in the context of broader measures, the Security Council authorized the deployment of EUFOR RCA 'selon les termes' set out by the EU; the Security Council inserted the bridging Force in the context outlined by the resolution. Hence, the Council endorsed the operational concept approved by the Council of the EU and established a relationship of mutual presupposition between the contents of its resolution and the determinations of the EU, thus recognizing the EUFOR autonomy resulting from that concept.

Studi sull'integrazione europea, IX (2014), pp. 57-80

Fabio Bassan*

Dalla *golden share* al *golden power*: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La controversa vicenda ventennale delle *golden shares*, tra riforme statali, prassi della Commissione e giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. Il parametro di legittimità dell'azione statale. – 4. I poteri speciali e i criteri di utilizzo. – 5. Il *golden power* italiano del 2012: i contenuti della riforma negoziata con la Commissione europea. – 6. I poteri speciali e le attività di rilevanza strategica. – 7. Le condizioni per l'esercizio. – 8. La procedura. – 9. La conformità della nuova disciplina alla normativa e alla giurisprudenza comunitaria. – 10. Il confronto con la recente prassi degli Stati in materia di investimenti esteri.

1. La vicenda delle *golden shares* ha appassionato in Europa la dottrina per oltre un ventennio e ha costituito uno dei terreni più impervi di confronto serrato tra istituzioni dell'Unione e Stati membri[1]. Sullo sfondo, la questione critica, ma decisiva, dei limiti del potere di intervento degli Stati sull'economia nazionale ha costituito un nodo in cui si sono aggrovigliati principi generali dell'Unione e strumenti di controllo degli Stati. La giurisprudenza della Corte di giustizia, con interventi ciclici, massivi e chiari, ha tentato invano di sciogliere questo nodo gordiano: gli Stati hanno ogni volta riproposto riforme non efficaci, quando non peggiorative.

La dottrina, la giurisprudenza e la prassi hanno scontato la progressiva perdita di una dimensione (la *ratio* della tutela), appiattendo la contesa sulle procedure e sui contenuti dell'azione speciale e dunque sul perimetro dei poteri che questa conferiva allo Stato. Principi generali (dell'Unione) ed esigenze di controllo (degli Stati) non potevano che continuare a confliggere in quanto antitetici: l'azione speciale dello Stato contrastava per definizione con l'equivalenza di trattamento tra pubblico e privato, principio cardine che guida l'azione dell'Unione sul mercato. La giurisprudenza ha tentato una composizione concettuale del dilemma su basi diverse (a seconda dei cicli), ma l'applicazione degli Stati non è stata mai conforme né poteva

* Associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma Tre.

1 Un elenco degli studi in materia è oggettivamente impossibile ed esula dalle finalità di questo lavoro. Ci si limiterà pertanto ai riferimenti giurisprudenziali e a pochi rinvii specifici alla dottrina.

esserlo, stante l'equivoco di fondo: l'interlocuzione avveniva su piani paralleli che non potevano convergere.

Con la riforma radicale del 2012, il Governo italiano e la Commissione europea (che ha condiviso i contenuti, le procedure e le modalità applicative della riforma) hanno per la prima volta sciolto il nodo, separato i due piani (dei principi e dell'azione) e restituito tridimensionalità (e dunque profondità) al dibattito. Il pubblico sia trattato come il privato, ma sia consentito allo Stato di intervenire al verificarsi di determinate condizioni: questo era il dilemma. Il Governo italiano (e poi il Parlamento, in sede di conversione del decreto) ha scelto la soluzione più lineare e chiara (e coraggiosa), e cioè garantire pari trattamento alle imprese pubbliche e private, mediante l'esercizio ad opera del Governo – sottoposto a sindacato giurisdizionale – di poteri elencati in modo esaustivo, al verificarsi di eventi e fattispecie espressamente indicati, in settori specifici: difesa e sicurezza nazionale da un lato, energia, trasporti e comunicazioni dall'altro.

Sin qui, una mera applicazione di principi e condizioni imposti dalla giurisprudenza della Corte. Il Governo non si è limitato però a gestire un compromesso che in passato non ha garantito stabilità alle misure esecutive suggerite da sentenze regolarmente disattese, nella sostanza; al contrario, ha operato anche sul piano teorico, intervenendo sul simulacro su cui si fondava la superstizione del controllo statale: l'azione d'oro. Portato infatti, con rigore concettuale, alle estreme conseguenze, il ragionamento della Corte di giustizia aveva un solo esito possibile: ammettere un intervento dello Stato, limitato temporalmente nonché sul piano dei poteri e delle procedure, indipendentemente dalla titolarità di un'azione speciale. In sostanza, il potere dello Stato doveva spostarsi da un piano privatistico (dei rapporti societari) in cui venivano inseriti elementi pubblicistici (di controllo) a un piano meramente pubblicistico (regolatorio). Lo Stato deve poter intervenire sulle decisioni delle imprese che operano in determinati settori, anche se non detiene di queste neanche un'azione. Speciale, non è più l'azione detenuta (*golden share*) ma l'intervento esercitato dallo Stato (*golden power*).

L'evidente cambio di paradigma (il potere è non più solo su società partecipate dallo Stato e in via di privatizzazione, formale o sostanziale, ma anche su società private) è, più che meramente compatibile con, direttamente funzionale alla nuova economia sociale di mercato dell'Unione. Lo scenario è non più quello delle privatizzazioni – cui comunque la riforma potrebbe dare nuovo impulso – ma quello delle garanzie minime (riferite ora non alle aziende ma all'attività) che lo Stato deve assicurare in settori ritenuti essenziali (per continuità e qualità della produzione e della fornitura). Il perimetro dell'intervento si amplia sul piano soggettivo e si riduce sul piano sia delle condizioni e dei presupposti, definiti ora dalla legge e non più affidati alla prassi, sia delle finalità, dalle quali viene espunta la tutela degli interessi generali del mercato, tra cui la libera concorrenza. L'oggetto della tutela, così ri-perimetrato, non può essere che l'interesse nazionale, declinato in ragione dei settori di applicazione. Per il resto, opera lo strumento alternativo suggerito a più riprese dalla Corte: la regolazione, il cui progressivo sviluppo riduce in modo almeno proporzionale la (residuale) discrezionalità riconosciuta al Governo nell'esercizio dei poteri speciali.

Il rigore della scelta e le procedure adottate dal Governo italiano per tutelare l'interesse nazionale, quando messo seriamente a rischio, rappresentano una novità

nel panorama della prassi statale, caratterizzato da un preteso carattere *self-judging* (e dunque ampiamente discrezionale nei contenuti, nelle forme e nelle procedure) della nozione di *essential security* nonché dei criteri e delle modalità con cui tutelarla. È facile prevedere dunque che la disciplina italiana del 2012 diventerà un *benchmark* europeo per il superamento della "giurisprudenza *golden share*", mentre costituisce già un avamposto di frontiera per la tutela degli interessi nazionali nella prassi internazionale.

Questo studio si articola in quattro parti. La prima ricostruisce il fondamento, i contenuti e gli equivoci insiti nella controversia tra Commissione e Stati membri sulle *golden shares*. La seconda illustra i contenuti della riforma italiana. La terza evidenzia la conformità, sul piano concreto ma anche e soprattutto teorico, della riforma italiana con i principi, le norme e la giurisprudenza dell'Unione. La quarta mette la riforma in relazione alla prassi statale in materia di investimenti esteri, che negli ultimi anni si è evoluta in modo significativo.

2. La definizione di *golden share* viene utilizzata per riassumere i poteri che lo Stato esercita in una società partecipata, conferitigli da un atto normativo o regolamentare, dallo statuto o dalla prassi e che gli attribuiscono prerogative in merito alla struttura o all'attività della società non proporzionali alla partecipazione detenuta, determinando una discriminazione degli altri soci nella forma o nella sostanza, anche in via potenziale. A titolo esemplificativo, la titolarità di una sola azione può consentire all'autorità pubblica di nominare uno o più componenti del consiglio di amministrazione o del collegio sindacale o influire su decisioni significative della società (acquisizioni, scissioni, fusioni, modifiche dell'oggetto sociale o dello statuto), esercitando anche un diritto di veto.

3. Per quanto forme di tutela possano essere ammesse, a talune condizioni ed entro certi limiti[2] e impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri garantito dall'art. 345 TFUE[3], una simile "influenza pubblica" costituisce un disincentivo all'investimento sulla società[4]. Questo è il presupposto dell'azione della Commissione, che ha richiesto di volta in volta agli Stati membri di rendere

---

[2] La Corte, nella sentenza del 4 giugno 2002, causa C-503/99, *Commissione* c. *Belgio*, *Raccolta*, p. 4809, punto 43, ha ammesso che talune "preoccupazioni possono giustificare il fatto che gli Stati membri conservino una certa influenza su imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse economico generale o strategico". Tale influenza però può essere consentita solo nei limiti di una rigorosa garanzia del rispetto degli obblighi di servizio pubblico.

[3] La questione relativa all'interpretazione dell'art. 345 TFUE è nota. La norma, secondo cui "[i]l presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri", è stata interpretata dalla Corte di giustizia (nell'applicazione alla casistica delle *golden shares*) come rispetto della libertà per gli Stati di determinare la proprietà pubblica o privata delle imprese, lasciando libera pertanto la decisione su eventuali privatizzazioni, nel rispetto però delle norme dei Trattati, incluse quelle sulla libertà di circolazione (per tutte, si veda la sentenza *Commissione* c. *Belgio*, punto 44). Al contrario, gli Avvocati generali Poiares Maduro e Ruíz Jarabo Colomer, in numerose opinioni rese nelle controversie sulle *golden shares*, hanno ritenuto l'art. 345 TFUE norma di chiusura, in deroga a (o prevalente su) le norme dei Trattati, inclusi gli articoli 63 e 49 TFUE.

[4] Nella "giurisprudenza *golden share*" la Corte di giustizia ha costantemente ribadito che restringono in modo illegittimo l'accesso al mercato i provvedimenti nazionali che possono impedire o limitare

"neutro" un simile intervento, legittimandolo solo quando ancorato dalla legge ai principi di necessità e proporzionalità, declinati secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte[5].

Le libertà (anche solo potenzialmente) pregiudicate, su cui la Commissione ha parametrato a seconda dei casi la legittimità delle misure statali, sono la libera circolazione dei capitali e il diritto di stabilimento, e le basi giuridiche dell'azione sono pertanto gli articoli 63 e 49 TFUE, rispettivamente. Con una differenza, peraltro facilmente comprensibile: l'art. 63 viene invocato sempre, in via esclusiva, principale o subordinata per tutte le tipologie di investimenti, finanziari (di portafoglio)[6] o industriali (investimenti diretti)[7]; al contrario il richiamo all'art. 49, e dunque al diritto di stabilimento si ha – in via esclusiva o principale – nei soli casi di partecipazioni che garantiscano una "sicura influenza sulle decisioni della società e tale da consentire di indirizzarne le attività"[8]. Nel più sta il meno poiché una violazione dell'art. 49 comporta comunque una – ed è una conseguenza diretta della – violazione dell'art. 63; e infatti l'esame della Corte si esaurisce nell'art. 49 in tutti i casi in cui ne sia accertata la violazione. Così, a mio avviso, ha ragionato la Corte, sia pure in modo non sempre lineare, come del resto accade quando si ricostruisce un principio per via giurisprudenziale[9].

Stante il carattere generale dell'art. 63 TFUE che, contrariamente all'art. 49 TFUE (diritto di stabilimento), tutela anche gli investitori extra-UE, l'azione della Commissione sembra corretta e adeguata. Sennonché, considerato da un lato che

---

l'acquisto di azioni o possono dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'acquistare azioni delle imprese partecipate, rese così meno appetibili per il mercato.

5 Sentenza *Commissione* c. *Belgio*.

6 Definiti nella giurisprudenza della Corte come "gli investimenti sotto forma di acquisto di titoli sul mercato dei capitali, effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza l'intento di esercitare un'influenza sulla gestione e sul controllo dell'impresa": così le sentenze del 28 settembre 2006, cause riunite C-282 e 283/04, *Commissione* c. *Paesi Bassi*, *Raccolta*, p. I-9141, punto 19; del 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Commissione* c. *Germania*, *ivi*, p. I-8995, punto 18; dell'8 luglio 2010, causa C-171/08, *Commissione* c. *Portogallo*, *ivi*, p. I-6817, punto 46; del 10 novembre 2011, causa C-212/09, *Commissione* c. *Portogallo*, *ivi*, p. I-10889, punto 49.

7 Gli investimenti diretti vengono definiti nella giurisprudenza consolidata della Corte come "gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati da persone fisiche o giuridiche e aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e la società cui tali fondi sono destinati per l'esercizio dell'attività economica. Tale obiettivo presuppone che le azioni detenute dall'azionista conferiscano a quest'ultimo la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione della società o al suo controllo". Così, tra le altre, le sentenze *Commissione* c. *Germania*, punto 18; del 26 marzo 2009, causa C-326/07, *Commissione* c. *Italia*, *Raccolta*, p. I-2291, punto 35; *Commissione* c. *Portogallo* (C-171/08), punto 43.

8 Così in particolare le sentenze 13 aprile 2000, causa C-251/98, *Baars*, *Raccolta*, p. I-2787, punto 22; *Commissione* c. *Italia*, punto 34; *Commissione* c. *Portogallo* (C-171/08), punto 41.

9 Così, ad esempio, l'art. 63 è stato riconosciuto dalla Corte base principale o esclusiva nelle sentenze del 4 giugno 2002, causa C-483/99, *Commissione* c. *Francia*, *Raccolta*, p. I-4781, punto 56; del 13 maggio 2003, causa C-463/00, *Commissione* c. *Spagna*, *ivi*, p. I-4581, punto 86; del 13 maggio 2003, causa C-98/01, *Commissione* c. *Regno Unito*, *ivi*, p. I-4641, punto 52; *Commissione* c. *Portogallo* (C-171/08) e *Commissione* c. *Portogallo* (C-212/09). Al contrario, fondamento principale dell'azione della Commissione è stato riconosciuto dalla Corte l'art. 49 nelle sentenze del 14 febbraio 2008, causa C-274/06, *Commissione* c. *Spagna*, *ivi*, p. I-26, punto 59 ss.; *Commissione* c. *Italia*, punto 33 ss.; dell'8 novembre 2012, causa C-244/11, *Commissione c. Grecia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 24 ss.

le norme sulla libera circolazione dei capitali non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con i Trattati (art. 65, par. 2, TFUE) e dall'altro lato che proprio queste sono le restrizioni che spesso derivano dall'esercizio dei poteri speciali, una maggiore valorizzazione di questa seconda base giuridica – evidentemente, in tutti i casi in cui emerga in concreto[10] – avrebbe potuto forse rappresentare un equilibrato punto di compromesso. I poteri speciali non mirano agli investimenti di un azionariato diffuso, ma costituiscono principalmente un limite alla contendibilità delle imprese a partecipazione pubblica. Ammettere questo dato, peraltro di tutta evidenza, e concentrarsi sul vero obiettivo della tutela avrebbe consentito alla Commissione di applicare (via art. 65, par. 2) l'art. 49 TFUE, riconoscendo nell'art. 63 non il fondamento giuridico dell'azione quanto il presupposto[11].

4. Commissione e Corte di giustizia non considerano il sistema delle *golden shares* illecito *per se*. Le condizioni da rispettare sono però numerose e rigorose e riguardano le finalità, i contenuti, i mezzi, le procedure[12]. In particolare, la Corte giustifica restrizioni previste da deroghe ai Trattati, o necessarie per tutelare gli interessi generali dello Stato, quando vi sia una seria minaccia agli interessi pubblici essenziali[13], per ragioni imperative di interesse pubblico[14], o per garantire la sicurezza delle forniture energetiche[15]. È necessario però che tali interessi siano espressamente indicati a priori, e che i provvedimenti siano adeguatamente motivati,

---

[10] Ad esempio, con riferimento alle autorizzazioni preventive all'acquisizione dei diritti di voto che eccedano una soglia significativa del capitale sociale. Le norme sul diritto di stabilimento possono trovare applicazione, secondo la Corte, quando i poteri speciali siano previsti in relazione a "una partecipazione tale da conferire [all'investitore] una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività" (principio che emerge dalla sentenza *Baars*).

[11] In tal senso, da ultimo, la Corte nella sentenza *Commissione* c. *Grecia*, punto 24 ss. Ovviamente la dottrina fornisce ulteriori e in parte diverse ricostruzioni della giurisprudenza della Corte; si vedano in tal senso tra i tanti, nella dottrina italiana, S. Gobbato, Golden shares *e approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 427 ss.; T. Ajello, *Le* golden shares *nell'ordinamento comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e 'pregiudiziale' nei confronti dei soggetti pubblici*, *ivi*, 2007, p. 811 ss.; S. De Vido, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di* golden share*: violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p. 861 ss.; F. Santonastaso, *La 'saga' della '*golden share' *tra libertà di movimento dei capitali e libertà di stabilimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, p. 302 ss.; D. Gallo, *Le* golden shares *e la trasformazione del* public/private divide*: criticità, sviluppi e prospettive del diritto dell'Unione europea tra mercato interno e investimenti extra-UE*, in S. M. Carbone (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht – verso nuove regole*, Napoli, 2012, p. 177 ss.

[12] Parametri e criteri sono indicati dalla Commissione nella comunicazione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari, *GUCE* C 220, 19 luglio 1997, p. 15 ss., e ribaditi nel documento della Commissione, del 22 luglio 2005, *Special rights in privatized companies in the enlarged Union – a decade full of developments*, reperibile *online*. La giurisprudenza della Corte li ha applicati con costanza.

[13] *Commissione* c. *Spagna* (C-463/00), punto 72.

[14] Tra le altre, in *Commissione* c. *Francia*, punto 45; *Commissione* c. *Portogallo* (C-171/08), punto 49; *Commissione* c. *Belgio*, punto 45; *Commissione* c. *Spagna* (C-463/00), punto 68.

[15] *Commissione* c. *Francia*, punto 47; *Commissione* c. *Belgio*, punto 48; *Commissione* c. *Spagna* (C-463/00), punto 71.

fondati su criteri oggettivi, prevedibili *ex ante* e sindacabili in sede giurisdizionale. Si garantisce così la "certezza del diritto" e l'effettività delle situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'UE[16] nel rispetto, tra gli altri, del principio di proporzionalità, applicando il quale, ad esempio, un controllo *ex post*, qualora possibile e idoneo, deve essere preferito a un'autorizzazione preventiva[17]. L'obiettivo finale è la piena trasparenza e prevedibilità dell'azione statale[18].

Non è difficile comprendere come la giurisprudenza della Corte sul tema sia nient'altro che una lunga teoria di condanne: tranne in un caso – utilizzato peraltro parzialmente, sul piano dei principi, come paradigma della riforma italiana[19] – gli Stati non hanno mai soddisfatto tutti i requisiti richiesti. La ragione è nel fraintendimento delle finalità, da cui origina la sproporzione dei mezzi. Commissione e Corte hanno applicato la giurisprudenza consolidata della libera circolazione dei capitali e del diritto di stabilimento, le cui eccezioni in deroga sono limitate ai casi tassativi previsti dai Trattati o (per l'energia, ad esempio) anche dal diritto secondario. Gli Stati al contrario hanno adottato misure per impedire o condizionare la contendibilità delle aziende partecipate operanti nei settori della difesa o fornitrici di un servizio di interesse economico generale prevedendo in astratto poteri di intervento assoluti, poiché non soggetti a sindacato giurisdizionale nazionale. Era evidente pertanto che un punto d'incontro doveva essere cercato altrove.

5. Il decreto legge 15 marzo 2012 (d'ora in avanti, "D.L.") e i decreti applicativi[20] (il secondo e ultimo D.P.C.M. è in corso di pubblicazione) conferiscono al Governo poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale da un lato, sugli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, dall'altro. La norma che riforma il sistema costituisce l'applicazione dettagliata delle condizioni e dei criteri che emergono dalla giurisprudenza della Corte, sintetizzati nei paragrafi precedenti. Una simile piena ottemperanza, quanto ai contenuti e alla procedura, necessaria per superare l'ennesima procedura d'infrazione[21], ha

---

16 Tra tutte, si veda la sentenza *Commissione* c. *Belgio*, ma anche quella *Commissione* c. *Paesi Bassi*, punto 5 ss.

17 In tal senso, tra le altre, v. la sentenza *Commissione* c. *Belgio*, punti 48-52.

18 Ciò al fine di garantire agli investitori "di essere informati con precisione circa l'estensione dei loro diritti e obblighi" evitando che l'amministrazione applichi arbitrariamente una discriminazione nei confronti degli investitori cittadini di altri Stati membri": *Commissione* c. *Spagna* (C-463/00), punto 36 ss., ma analogamente *Commissione* c. *Francia*, punto 50; *Commissione* c. *Belgio*, punto 41.

19 Si veda sul punto *infra*, par. 8.

20 D.l. 15 marzo 2012, convertito con legge 11 maggio 2012 n. 56, recante norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. La norma ha avuto due decreti di attuazione, che hanno specificato il primo le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale (D.P.C.M. 30 novembre 2012 n. 253, il quale ha integrato i due decreti separati previsti dal D.L. su difesa e sicurezza nazionale, d'ora in avanti "DPCM") e il secondo gli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni ("D.P.C.M. in corso di pubblicazione"). I decreti dovranno essere aggiornati almeno ogni tre anni (art. 1, co. 7, del D.L.). Per una prima illustrazione del D.L. si veda E. Freni, Golden share: *raggiunta la compatibilità con l'ordinamento comunitario*?, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, pp. 25-34.

21 L'Italia è stata condannata dalla Corte con varie sentenze (del 23 maggio 2000, causa C-58/99, *Commissione* c. *Italia*, *Raccolta*, p. I-3811, e del 2 giugno 2005, causa C-174/04, *Commissione* c.

avuto come conseguenza (tra le altre) l'applicazione uniforme delle norme a tutte le imprese operanti nei settori espressamente indicati, indipendentemente dalla titolarità statale delle azioni. Analogamente, gli investimenti sottoposti a verifica non sono più solo quelli esteri, ma anche quelli nazionali, quando non pubblici.

L'interesse tutelato infatti non è più ora la non contendibilità delle imprese (!), quanto la difesa, la sicurezza nazionale, la continuità delle attività strategiche legate alle "infrastrutture critiche", la cui salvaguardia ben può costituire una deroga alla libera circolazione dei capitali e al diritto di stabilimento, nei limiti previsti dai Trattati e dal diritto secondario. Esaminiamo in concreto i poteri speciali (par. 6), le condizioni per il loro esercizio (par. 7) e le procedure previste (par. 8), per verificarne poi la conformità alla giurisprudenza della Corte (par. 9) e il rapporto con la prassi degli Stati in materia di investimenti diretti esteri (par. 10).

6. Analizziamo separatamente i poteri speciali conferiti al Governo dalla nuova disciplina e le attività su cui questi possono essere esercitati.

I poteri speciali – I poteri conferiti al Governo, nel rispetto del principio di proporzionalità, differiscono a seconda dei settori: sono più incisivi per tutelare la difesa e la sicurezza nazionale, limitati invece in quantità e qualità, nonché sottoposti a condizioni più rigorose, nei settori dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni.

– *Difesa e sicurezza nazionale.* Con riferimento ai settori della difesa e della sicurezza nazionale, il Governo può, in ordine crescente di intervento:

a) Imporre condizioni specifiche relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni in caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale.
   Questa misura trova applicazione in caso di acquisizione di partecipazioni da parte di soggetti privati (o anche pubblici, se esteri) in imprese che svolgono un'attività strategica nel settore della difesa e della sicurezza nazionale[22]. La norma non indica il livello di partecipazione "di guardia", che possa attivare la procedura e dunque legittimare l'adozione della misura. Deve ritenersi però, per le condizioni che ne consentono l'esercizio (vedi il successivo par. 7) e per quelle che il Governo può imporre all'acquisto, che la norma faccia riferimento

Italia, *ivi*, p. I-4933) con riferimento agli articoli 1 e 2 del d.l. 13 maggio 1994 n. 332 (convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994 n. 474). Da ultimo, con sentenza del 2009, *Commissione* c. *Italia* (C-326/07), la Corte ha ritenuto che le modifiche all'art. 2 del d.l. 332/1994 intervenute con l'art. 4, commi 227-231, l. 350/2003 (legge finanziaria per il 2004), con cui si limitavano i poteri speciali garantiti al Governo negli statuti di importanti società partecipate, non fossero conformi ai Trattati in quanto non indicavano criteri precisi e specifici per l'esercizio dei poteri speciali. A seguito di nuova procedura d'infrazione (n. 2009/2255), con decisione del 24 novembre 2011 la Commissione ha nuovamente deferito l'Italia alla Corte di giustizia per l'inottemperanza alla sentenza della Corte, ritenendo anche il DPCM del 20 maggio 2010 non adeguato e sufficiente. Dall'urgenza di chiudere questa nuova procedura d'infrazione originano il D.L. e la riforma di sistema che qui si commentano.

[22] Intendiamo difesa e sicurezza nazionale come un'endiadi in quanto il DPCM ha disciplinato entrambe (il D.L. prevedeva invece D.P.C.M. separati per la difesa e la sicurezza nazionale).

a partecipazioni "significative" la cui determinazione resta però affidata all'esecutivo[23]. La prassi del Governo e la giurisprudenza amministrativa forniranno indicazioni più precise; poiché però il parametro di legittimità è la libertà della circolazione dei capitali, è ragionevole ipotizzare che condizioni specifiche siano legittime per il caso in cui vi sia almeno un investimento diretto, individuato secondo i parametri definiti dalla Corte, mentre sarebbe più difficile giustificarle in caso di investimenti di portafoglio. Irrilevante dovrebbe essere invece il criterio dell'influenza dominante, il cui ambito di applicazione resta quello *antitrust*.

Quanto alle condizioni specifiche che il Governo può imporre, non possono essere dirette a un azionista (sarebbero discriminatorie) e dunque sono necessariamente riferite all'impresa rilevante. Possono immaginarsi in tal senso impegni di carattere comportamentale o, nei casi estremi (secondo proporzionalità), strutturale. Obblighi comportamentali in merito alla sicurezza potrebbero consistere nel garantire approvvigionamenti e flussi informativi ritenuti necessari per la difesa e la sicurezza nazionale, con l'introduzione di specifici protocolli di sicurezza interni a garanzia della segretezza. Qualora le misure comportamentali si rivelino (o siano ritenute) non idonee, il Governo potrebbe imporre misure strutturali, quali la separazione societaria e, in casi estremi, proprietaria, delle funzioni aziendali dirette a garantire gli interessi meritevoli di tutela. Quanto poi ai trasferimenti tecnologici e al controllo delle esportazioni nel settore della difesa, si tratta di attività soggette già ora ad una disciplina di settore rigida.

b) Il secondo potere speciale che il Governo può esercitare nei settori della difesa e sicurezza nazionale consiste nell'imporre il veto all'adozione di delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione di un'impresa che operi in uno dei settori indicati nella lett. a), aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa o di società controllate, il trasferimento all'estero della sede sociale, il mutamento dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, la modifica di talune clausole statutarie[24], la cessione di diritti reali o di utilizzo relativa a beni materiali o immateriali o l'assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego.

Un primo elemento di riflessione è relativo all'identità soggettiva dei destinatari delle misure di cui alle lettere a) e b). Imprese che "svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale" e imprese che operano "nei settori di cui alla lett. a)" (difesa e sicurezza nazionale) costituiscono infatti "insiemi" diversi. Se non si vuol semplificare ipotizzando un'eccessiva approssimazione nel rinvio (sarebbe stato sufficiente riferirsi non ai settori ma all'attività: di rilevanza strategica), non eliminata peraltro in sede di conversione del decreto, si deve ammettere che il perimetro dei destinatari delle misure indicate nella lett. b) è più ampio di quello previsto dalla lett. a). La ragione può essere

[23] Peraltro qualora, come nel caso di Finmeccanica, la società sia quotata in borsa, la norma prevede (art. 1, co. 5, del D.L.) obblighi di notifica al superamento della soglia del 2% e poi del 3, del 5, del 15, del 20%.

[24] La norma si riferisce alle clausole eventualmente adottate ai sensi dell'art. 2351, co. 3, c.c. o introdotte ai sensi dell'art. 3, co. 1, del decreto legge 332/1994, come da ultimo modificato dall'art. 3 del D.L.

individuata nel fatto che le condizioni specifiche elencate nella lett. a) sono strumentali alla salvaguardia degli interessi ritenuti essenziali (sicurezza degli approvvigionamenti e delle informazioni, trasferimento di tecnologie, controllo delle esportazioni) e dunque vanno applicate alle imprese che svolgono attività di rilevanza strategica che, ragionevolmente, sono le sole coinvolte. La lett. b) fa riferimento invece al potere di veto esercitabile su delibere che coinvolgono la vita di tutte le aziende che operano nella difesa e sicurezza indipendentemente dalle attività (strategiche o meno) che queste esercitano. Del resto, poiché le aziende che operano in questi settori svolgono sia attività strategiche sia attività che non lo sono, sarebbe complicato limitare l'intervento dello Stato alle sole delibere attinenti alle prime.

Un secondo elemento di riflessione è costituito dalla "gradazione" delle misure indicate nella lett. b). È previsto infatti un diritto di veto, che può però essere esercitato (art. 1, co. 4, del D.L.) "nella forma di imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni ogniqualvolta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale". Una "gradazione" dell'intervento è ragionevole, se si considera quanto concluso sul perimetro dei destinatari delle misure di cui alla lett. b), più ampio rispetto alla lett. a) e che impedisce dunque di applicare *tout court* alle delibere societarie le "condizioni specifiche" indicate nella lett. a). Si possono immaginare, tra le prescrizioni o condizioni dirette a mettere in sicurezza gli interessi essenziali, misure comportamentali o (in via subordinata) strutturali, dirette a consentire l'esecuzione delle delibere o le operazioni qualora vengano tenuti determinati comportamenti o realizzate operazioni anche infra-gruppo.

Le decisioni che possono essere vietate o condizionate mediante l'esercizio dei poteri speciali erano già state ritenute dalla Corte (nella sentenza *Commissione* c. *Italia* del 2009) ammissibili, ma in concreto non adeguate per la scarsa precisione dei criteri definiti dalla legge[25]; la solidità dell'impianto complessivo della riforma ne consente invece ora un'interpretazione diversa.

c) Il terzo potere speciale del Governo consiste nell'opporsi all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in un'impresa operante in uno dei settori di cui alla lett. a) da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati, qualora l'acquirente venga a detenere, direttamente o indirettamente, anche tramite patti parasociali[26], anche attraverso

[25] Si veda in tal senso la sentenza *Commissione* c. *Italia* (C-326/07), punto 58 ss., in cui la Corte riconosce che "per quanto attiene alle società considerate, le decisioni relative al loro scioglimento, al trasferimento dell'azienda, alla fusione, alla scissione, al trasferimento della sede sociale all'estero, al cambiamento dell'oggetto sociale nonché alle modifiche dello statuto che sopprimono o modificano i poteri speciali riguardano aspetti importanti della gestione di tali società" (punto 60). E ciò in quanto "è possibile che siffatte decisioni, che possono riguardare la sussistenza stessa di tali società, incidano segnatamente sulla continuità del servizio pubblico o il mantenimento dell'approvvigionamento nazionale minimo di beni essenziali per la collettività" (punto 61). Nel caso di specie però (punto 64 ss.) le circostanze in cui il potere poteva essere esercitato sono state ritenute non sufficientemente precise.

[26] A tal fine, la norma considera ricompresa la partecipazione detenuta da terzi con i quali l'acquirente ha stipulato uno dei patti di cui all'art. 122 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 e successive modificazioni, ovvero di quelli di cui all'art. 2341-*bis* c.c.

acquisizioni successive, per interposta persona o tramite soggetti altrimenti collegati, un livello della partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere nel caso specifico gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale.
La norma fornisce alcuni chiarimenti e pone altrettanti quesiti. Quanto ai chiarimenti, vanno notificate al Governo tutte le partecipazioni al capitale acquisite da soggetti privati, italiani ed esteri, o da soggetti pubblici esteri. Applicandosi a tutti i privati, la norma supera la discriminazione che, in passato, aveva costituito una limitazione alla libertà di circolazione dei capitali o del diritto di stabilimento. Con riferimento agli investitori soggetti al controllo ultimo di uno Stato estero, l'attenzione è rivolta ai fondi sovrani e alle società pubbliche di Paesi terzi; per gli Stati membri infatti la proprietà pubblica o privata dell'investitore è irrilevante.
Quanto invece agli interrogativi che la norma solleva, non è chiaro il parametro della "idoneità [della partecipazione] a compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale", che evidentemente fa riferimento a criteri non solo quantitativi ma anche qualitativi e che dovrebbe costituire un parametro solo oggettivo e non anche soggettivo (in caso contrario, dovrebbe essere interpretato in combinato con l'art. 1, co. 3, lett. b), del D.L., relativo ai requisiti soggettivi generali per lo Stato terzo: inadempimenti di obblighi internazionali, collegamenti con il terrorismo, ecc.). Inoltre non è chiaro quando il livello di partecipazione, comunque detenuto, diretto o indiretto, sia "in grado di compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale". Il riferimento al "caso specifico" indica con chiarezza che lo scrutinio va fatto in concreto, però criteri generali sarebbero stati utili per delimitare una discrezionalità altrimenti eccessiva.

– *Energia, trasporti e comunicazioni.* Sin qui, i poteri che lo Stato può esercitare nei settori della difesa e sicurezza nazionale. Significativamente diversi sono i poteri relativi agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Il Governo (art. 2, co. 3, del D.L.) può infatti esprimere il veto su delibere, atti e operazioni che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi o il cambiamento della loro destinazione[27], qualora diano luogo a una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti.

La norma suscita interrogativi in termini assoluti e relativi (in relazione ai settori della difesa e sicurezza). Innanzitutto, il perno intorno al quale ruota l'azione a tutela non è l'impresa, né l'attività esercitata: strategici qui sono gli "attivi". Si illustre-

[27] Ivi comprese le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento all'estero della sede sociale, il mutamento dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, la modifica di clausole statutarie eventualmente adottate ai sensi dell'art. 2351, co. 3, c.c., ovvero introdotte ai sensi dell'art. 3, co. 1, del d.l. 332/1994, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia (art. 2, co. 2, del D.L.).

ranno nel paragrafo successivo alcune delle conseguenze di questa impostazione e della mancanza di una definizione.

Le misure esercitabili sono il veto sulle delibere societarie, sugli atti e le operazioni. Vengono considerati unitariamente dunque e con un minor grado di dettaglio i tre profili separati invece per la difesa e sicurezza nazionale nelle lettere a), b) e c).

Molte sono poi le peculiarità relative all'applicazione delle misure. Quanto alla "vita societaria", il veto può essere esercitato in ultima istanza, quando gli altri strumenti ("specifiche prescrizioni o condizioni" e dunque impegni comportamentali o strutturali) non siano idonei ad assicurare la tutela degli interessi meritevoli. Questo vale per le delibere degli organi, ma anche per gli atti e le operazioni. Rispetto però alla lett. c) delle misure per la difesa e sicurezza nazionale, il perimetro dell'azionabilità del potere è limitato ai casi in cui le misure abbiano l'effetto (non necessariamente anche l'oggetto) di modificare la titolarità, il controllo o la disponibilità degli attivi, o ne mutino la destinazione. Quindi, deve ritenersi che quando gli "attivi strategici" non siano operati da una società quotata (per la quale valgono i vincoli di notifica più rigidi già illustrati[28]), siano da notificare al Governo solo le operazioni che comportino un cambio nel controllo, e le delibere che modifichino disponibilità o destinazione degli attivi.

Anche le condizioni alle quali il veto (o la misura sostitutiva, se adeguata) può essere esercitato differiscono da quelle considerate nella difesa e sicurezza nazionale. In primo luogo, deve trattarsi di una situazione eccezionale, tale anche perché non disciplinata dalla regolazione di settore; si evidenzia così l'alternatività tra uso dei poteri speciali e regolazione, costantemente ribadita dalla Corte nella giurisprudenza delle *golden shares*. In secondo luogo, l'eccezionalità deve comportare una minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti. È sufficiente dunque che esista in potenza (vi sia la minaccia di) un pregiudizio (qualificato però: grave) agli aspetti della sicurezza che coinvolgano interessi pubblici (insieme più piccolo, dunque, della sicurezza *tout court*) relativi alla rete, agli impianti e agli approvvigionamenti (in assenza di una "o" disgiuntiva, i requisiti devono intendersi cumulativi).

Altra peculiarità della disciplina relativa alle partecipazioni in società che detengono gli attivi strategici è costituita da una valutazione specifica richiesta per l'acquisto "a qualsiasi titolo" da parte di un soggetto esterno all'Unione europea[29], quando sia di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto[30]. La norma, che si applica solo ai comparti dell'energia, dei trasporti

[28] *Supra*, nota 23.

[29] La norma (art. 2, co. 5, del D.L.), applicando la consolidata giurisprudenza dell'Unione, intende per soggetto esterno all'Unione europea qualsiasi persona fisica o giuridica che non abbia la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilito.

[30] La nozione di controllo viene ricondotta qui all'art. 2359 c.c. e al Testo unico di cui al d.l. 58/1998. Nel computo della partecipazione rilevante si tiene conto della partecipazione detenuta da terzi con cui l'acquirente ha stipulato uno dei patti previsti dall'art. 122 di tale Testo unico o dall'art. 2341 *bis* c.c.

e delle comunicazioni, concerne il diritto di stabilimento extra-UE. Quello delle imprese comunitarie, come visto, non viene più condizionato: le norme trovano applicazione per tutti gli investimenti, indipendentemente dalla nazionalità (anche italiana, dunque) dell'investitore. Inoltre, la neutralità della previsione impedisce di distinguere tra investitori, irrilevante essendone ad esempio la natura giuridica e la proprietà, pubblica o privata. Anche sotto questo profilo l'originalità della norma va evidenziata in quanto rappresenta una risposta, semplice e controllata, in controtendenza rispetto a un prassi protezionistica che si sta diffondendo in questi anni di crisi[31]. Per il resto, il criterio generale applicato a tutti i Paesi terzi è quello della reciprocità[32].

Le attività di rilevanza strategica – Lo Stato può esercitare i poteri sopra descritti sulle attività di rilevanza strategica (per il sistema di difesa e sicurezza) e sugli attivi strategici per l'energia, i trasporti e le comunicazioni. Il dettaglio nella descrizione delle attività e le forme di tutela differiscono in modo significativo nei due casi. Nel primo vengono individuate con una elencazione esaustiva "attività strategiche", che diventano "chiave" quando inerenti taluni prodotti o servizi. Nel secondo caso vengono indicate le infrastrutture di rilevanza strategica, il cui esercizio costituisce, *per se*, attività strategica.

Le attività di rilevanza strategica, che il TFUE (art. 346, par. 1) riconduce alla produzione e al commercio di armi, munizioni o materiale bellico, destinati a fini specificamente militari (non anche *dual-use*)[33] e in relazione alle quali è consentito agli Stati di adottare misure ritenute necessarie per tutelare gli interessi essenziali della propria sicurezza, sono indicate nel DPCM[34]. Il decreto applicativo non fornisce una definizione di "attività di rilevanza strategica" né di "attività strategica chiave". Del resto, dalla distinzione la norma non sembra far emergere conseguenze, che si ridurranno dunque a uno scrutinio più rigoroso, in concreto, per le seconde. Il DPCM elenca però lo studio, la ricerca, la progettazione, lo sviluppo, la produzione, l'integrazione e il sostegno al ciclo di vita, ivi compresa la catena logistica, di sistemi, tecnologie (di prodotto o di processo) e materiali come "attività strategiche". Inoltre, separa le attività ("sistemi e materiali" e "tecnologie e materiali")

---

31 Si rinvia sul punto al par. 10.

32 L'art. 3, co. 1, del D.L. stabilisce infatti che "l'acquisto, a qualsiasi titolo, da parte di un soggetto esterno all'Unione europea (…) di partecipazioni in società che detengono uno o più degli attivi individuati come strategici (…) è consentito a condizione di reciprocità, nel rispetto degli accordi internazionali sottoscritti dall'Italia o dall'Unione europea".

33 La giurisprudenza della Corte ha interpretato in modo restrittivo la deroga, consentendola solo per prodotti progettati e sviluppati per fini militari. Non è ammessa la deroga per i materiali che abbiano una vocazione civile certa e una finalità militare eventuale (sentenza dell'8 aprile 2008, C-337/05, *Commissione* c. *Italia*, *Raccolta*, p. I-2173, punti 48 e 49). Con riferimento a materiale destinato a fini specificamente militari che abbia però possibili applicazioni (anche) civili, la deroga alle norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato ai sensi dell'art. 346 TFUE può ammettersi qualora, per le proprie caratteristiche, il materiale possa considerarsi specialmente progettato e sviluppato, anche in conseguenza di modifiche sostanziali, per fini militari (da ultimo si veda in tal senso la sentenza 7 giugno 2012, causa C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

34 Regolamento recante individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma del d.l. 21/2012.

e le suddivide in sei tipi di sistemi o sensori, all'interno dei quali vengono elencate 18 tipologie di "attività chiave". L'assenza di una definizione nella norma, unita a un'elencazione esaustiva delle tipologie, può comportare rischi in relazione all'evoluzione tecnologica, superabili però dall'aggiornamento, con cadenza almeno triennale, dell'elenco (art. 1, co. 7, del D.L.).

In assenza di definizioni di "attività di rilevanza strategica" e di "attività strategica chiave", può venire in aiuto l'Accordo quadro del 27 luglio 2000 stipulato tra sei Paesi europei (Francia, Germania, Italia, Spagna, Svezia e Regno Unito) nel settore della difesa. L'Accordo (art. 8) qualifica per la prima volta le attività strategiche chiave, meglio definite poi in un accordo applicativo come "alcune limitate aree di capacità tecnologiche considerate dai partecipanti [all'Accordo quadro] necessarie per gli interessi essenziali alla propria sicurezza"[35]. Sul piano nazionale e in relazione al D.L. in commento, la definizione più utile e completa di "attività strategiche chiave" è quella di "attività funzionali al mantenimento o ripristino di specifiche tecnologie nazionali considerate vitali o essenziali per la sicurezza nazionale e che pertanto risultano essere necessarie a esigenze operative essenziali e a specifici impegni nazionali"[36]. L'accento è dunque posto sul carattere strumentale dell'attività rispetto alle "tecnologie chiave" (le "eccellenze") di cui dispongono le imprese nazionali e ai conseguenti processi industriali, che consentono di svolgere operazioni essenziali per la sicurezza e di adempiere agli impegni che il Paese assume sul piano internazionale (ad esempio, nelle attività di *peace-keeping* o *peace-enforcement*). La nozione potrà acquisire un rilievo ulteriore in caso di fusioni transnazionali, in cui imprese di Stati membri diversi dispongono di tecnologie chiave compatibili o complementari.

Quanto agli altri settori d'intervento (energia, trasporti e comunicazioni), le attività di rilevanza strategica sono individuate in via secondaria e residuale, sulla base dell'indicazione delle infrastrutture strategiche, ovvero (art. 2, co. 1, del D.L.) "le reti e gli impianti, ivi compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale". Manca dunque una definizione esplicita (quella implicita si risolve in una tautologia) non solo delle attività, ma anche delle infrastrutture di rilevanza strategica (anche qui, meramente elencate). Per queste ultime può ragionevolmente trovare applicazione, pur in assenza di un riferimento esplicito, il d.lgs. 61/2011 che, recependo la direttiva 2008/114/CE, ha definito le infrastrutture critiche e previsto una procedura dettagliata idonea a identificarle[37]. Quanto invece alle attività, possiamo dedurre che strategiche siano, per il sistema

[35] Così il punto 2.1(a) dell'*Implementing Arrangement on Security of Supply pursuant to the Framework Agreement*, sottoscritto dai Direttori nazionali degli Armamenti il 18 dicembre 2003. Il rinvio è al *Framework Agreement concerning measures to facilitate the restructuring and operation of the European defence industry*, concluso tra Francia, Spagna, Germania, Italia, Regno Unito e Svezia.

[36] Segretariato Generale degli Armamenti – Direzione Generale degli Armamenti, Direttiva interna sugli *offset*, 2 luglio 2012.

[37] D.lgs. 11 aprile 2011 n. 61, Attuazione della Direttiva 2008/114/CE recante l'individuazione e la designazione delle infrastrutture critiche europee e la valutazione della necessità di migliorarne la protezione. L'infrastruttura critica viene definita (art. 2, co. 1, lett. b) come "un elemento, un sistema o parte di questo ubicato negli Stati membri che è essenziale per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico e sociale dei cittadini e il cui danneggiamento o la cui distruzione avrebbe un impatto significativo in uno Stato membro a causa

energetico nazionale, la realizzazione e la gestione delle reti energetiche di interesse nazionale e dei relativi rapporti contrattuali, con riferimento (e qui viene in soccorso il DPCM in corso di pubblicazione) alla rete nazionale di trasporto del gas naturale e relative stazioni di compressione e centri di dispacciamento[38], alle infrastrutture di approvvigionamento di gas da Stati non appartenenti all'Unione europea e alla rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica e relativi impianti di controllo e dispacciamento.

Le reti e gli impianti di rilevanza strategica per il settore dei trasporti sono individuati (art. 2 del DPCM) nelle grandi reti e impianti di interesse nazionale, destinati anche a garantire i principali collegamenti trans-europei, e in particolare porti e aeroporti di interesse nazionale e rete ferroviaria di rilevanza per le reti trans-europee. Anche in questo caso ci si deve porre la questione circa la compatibilità della norma con il d.lgs. 61/11 che definisce le infrastrutture critiche nei settori dell'energia e dei trasporti. È ragionevole infatti ritenere che questa elencazione rientri pienamente nella più ampia definizione di infrastrutture critiche fornita dal decreto legislativo e la cui individuazione spetta a un organo apposito (il NISP).

Le attività di rilevanza strategica nel settore delle comunicazioni sono individuate invece (art. 3 del DPCM) nella realizzazione e nella gestione delle reti e degli impianti utilizzati per la fornitura dell'accesso agli utenti finali dei servizi rientranti negli obblighi del servizio universale, il cui perimetro è variabile[39]. Inoltre, sebbene nella prassi il servizio universale sia sempre stato fornite da Telecom Italia, in teoria anche solo parti di esso potrebbero essere fornite da altri operatori. L'ambito di applicazione soggettiva della norma potrebbe dunque essere ampio[40].

Resta il dubbio se in queste attività rientri anche il servizio postale, nelle sue varie forme (ibrido, elettronico, ecc.). Il riferimento generico al sistema delle comunicazioni, e non solo di quelle "elettroniche", consentirebbe un'espansione della definizione, anche alla luce della recente competenza in materia postale attribuita all'AGCOM[41]. Del resto, che la garanzia di un servizio postale universale possa rap-

dell'impossibilità di mantenere tali funzioni". La procedura viene affidata a un Nucleo interministeriale di situazione e pianificazione (NISP).

38 Rete individuata ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164 e successive modifiche ed integrazioni.

39 Sul piano oggettivo, l'estensione del perimetro del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche viene definita periodicamente dal Ministero dello sviluppo economico (articoli 53-65 del codice delle comunicazioni elettroniche), mentre l'applicazione della ripartizione degli oneri del servizio universale spetta all'AGCOM, autorità di settore.

40 Peraltro, l'art. 3 del DPCM in corso di pubblicazione include espressamente nelle attività di rilevanza strategica nelle comunicazioni gli apparati dedicati, anche laddove l'uso non sia esclusivo, per la connettività (fonia, dati e video), la sicurezza, il controllo e la gestione relativi a: a) reti private virtuali, in uso alle Amministrazioni dello Stato competenti in materia di salvaguardia della pubblica sicurezza, del soccorso pubblico e della difesa nazionale; b) collegamenti dedicati ad uso esclusivo alla realizzazione della Rete Interpolizia per Polizia di Stato, Carabinieri e Guardia di Finanza e per il Ministero della Difesa; c) rete di accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa anche nel caso di connessioni stabilite mediante servizi di accesso disaggregato all'ingrosso, condiviso o WRL, in rame e fibra. Apparati e servizi, questi, che vengono messi a gara dalle amministrazioni. Di nuovo, il perimetro dell'attività di controllo sembra troppo esteso e la misura di difficile applicazione.

41 Così l'art. 21 del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, come convertito dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214.

presentare una ragione imperativa di interesse generale in grado di giustificare una limitazione alla circolazione dei capitali è già stato accertato dalla Corte[42].

Sono escluse dalla disciplina dei poteri speciali tutte le attività in relazione alle quali la tutela degli interessi essenziali dello Stato è garantita dalla specifica regolamentazione di settore o dalla sussistenza di un rapporto concessorio. Questa previsione del DPCM in corso di pubblicazione evidenzia ulteriormente e in termini generali il rapporto tra esercizio dei poteri speciali e regolazione. La riduzione del perimetro d'azione dei primi consente infatti un'espansione della seconda a garanzia degli interessi altrimenti privi di tutela. Nel rispetto, evidentemente, delle discipline di settore, definite dalle direttive UE. Se è facile immaginare un'espansione della regolazione nei settori dell'energia e delle comunicazioni, più complesso è il quadro nei trasporti, dove l'Autorità di settore sta avviando ora l'attività. Evidentemente, al crescere della regolazione diminuirà il potere speciale del Governo.

Sulla base di quanto chiarito in merito alla specificità del regime (poteri e loro esercizio) previsto nei settori della difesa e sicurezza, desta più d'una perplessità il D.P.C.M. del 2 ottobre 2013 n. 129[43], che aggiunge un art. 2-*bis* al DPCM e inserisce gli attivi di rilevanza strategica nelle comunicazioni ("le reti e gli impianti utilizzati per la fornitura dell'accesso agli utenti finali dei servizi rientranti negli obblighi del servizio universale e dei servizi a banda larga e ultralarga") tra le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale.

7. Le condizioni per l'esercizio dei poteri speciali sono diverse nei settori della difesa e sicurezza nazionale da un lato, e dell'energia, trasporti e comunicazioni dall'altro.

Difesa e sicurezza nazionale – I poteri descritti nel precedente paragrafo possono essere esercitati, in relazione alle "attività di rilevanza strategica per il sistema della difesa e sicurezza nazionale, ivi incluse le attività strategiche chiave", con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale.

La norma riprende nella forma (modificandone in parte la sostanza) la clausola di salvaguardia costituita dall'art. 346 TFUE (già art. 296 TCE), che a sua volta riproduce l'art. XXI del GATT. In quei contesti la deroga (da interpretare restrittivamente[44]) consente allo Stato (non anche alle imprese) sia di non fornire informazioni, qualora ritenga la loro divulgazione contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza, sia di adottare le misure che ritiene necessarie per tutelare tali interessi quando si riferiscano alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico (e purché non limitino la concorrenza per prodotti non destinati a fini solo militari).

La norma nazionale introduce, rispetto allo schema menzionato, novità numerose e significative. In primo luogo, aggiunge la difesa alla sicurezza, seguendo

---

42 Si veda la sentenza *Commissione* c. *Paesi Bassi*, punto 38.

43 *GURI* 266 del 13 novembre 2013, p. 1 ss.

44 Quanto all'art. 346 TFUE, emblematica è la sentenza del 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, *Raccolta*, p. 1651. Si veda sul punto F. Sciaudone, *Misure di salvaguardia nel settore della difesa e regole di concorrenza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 587 ss.

un'impostazione consolidata nell'Unione, in cui la politica di sicurezza e difesa comune è una parte fondamentale della politica estera e di sicurezza (art. 42 TUE) e comprende il ricorso a mezzi civili e militari[45]. E infatti la riforma italiana non limita i prodotti ad armi, munizioni e materiale bellico (come invece l'art. 346 TFUE); inoltre, quando pure vi fa riferimento, la lista delle attività strategiche chiave elencate è ragionevolmente più ampia di quella (tassativa) approvata con decisione del Consiglio del 15 aprile 1958[46] e potrebbe richiedere dunque uno scrutinio anche da parte della Commissione (sia pur limitato ai profili concorrenziali e di aiuti di Stato, con riferimento agli usi civili).

In secondo luogo, vincolando l'adozione di misure – peraltro elencate e sottoposte a verifiche severe – non solo a settori specifici ma anche a condizioni e parametri precisi e verificabili a posteriori, la norma elimina di fatto il carattere *self-judging* del pregiudizio agli interessi essenziali, che pure sia nell'ordinamento dell'Unione (art. 346 TFUE) sia nella prassi internazionale è generalmente riconosciuto come legittimo[47]. La riforma italiana va oltre, in quanto l'azione del Governo viene limitata e condizionata al punto da soddisfare i requisiti dello stato di necessità[48].

I poteri speciali possono essere esercitati qualora vi sia la minaccia di un pregiudizio "grave" degli interessi essenziali. Il potere esercitabile è ridotto e limitato e le condizioni (l'esistenza di una minaccia concreta, la gravità del pregiudizio) sono precise e verificabili. È assente invece il criterio generalmente richiamato nella prassi internazionale insieme alla gravità del pericolo: l'immediatezza. La lacuna potrebbe non essere priva di conseguenze. È vero infatti che l'esercizio dei poteri è relativo a delibere e decisioni dell'impresa su cui il Governo si esprime in tempi estremamente rapidi; è anche vero però che prescrizioni, condizioni e divieti possono essere imposti anche in caso di un pericolo grave ma non attuale. Il margine di discrezionalità consentito dalla norma è quindi ampio.

Infine, l'interesse collettivo la cui tutela va garantita, nei limiti consentiti dalla deroga, è non la libera concorrenza (come nell'art. 346 TFUE) ma la libera circolazione dei capitali e il diritto di stabilimento (come anche nell'art. XXI GATT). Tra le conseguenze della scelta v'è chiaramente una piena compatibilità dei criteri di valutazione utilizzati con quelli consolidati dalla giurisprudenza della Corte in

---

45 La sicurezza "ai fini civili" viene riferita nell'Unione alla lotta a terrorismo e criminalità organizzata, alla sicurezza informatica, ai cambiamenti climatici, alle catastrofi naturali, alla gestione delle frontiere, ecc.

46 Come è noto, la decisione non è stata pubblicata in *GUCEE* e la lista gode di un regime di parziale riservatezza.

47 Nel diritto internazionale pattizio, gli accordi multilaterali (ad esempio art. XXI GATT, art. 3 Codice OCSE sulla liberalizzazione della circolazione dei capitali, art. XXI NAFTA, art. 24 Trattato sulla Carta dell'Energia) prevedono tutti una clausola di salvaguardia a tutela della *essential security*, che consente l'adozione di misure che lo Stato "ritiene necessarie". Se ne riconosce così il carattere *self-judging*, anche se non per questo non assoggettabile a sindacato giurisdizionale, come emerge chiaramente dalla giurisprudenza ICSID sulla "pesificazione" dell'economia argentina. Anche gli accordi bilaterali in materia di investimenti prevedono spesso clausole di salvaguardia analoghe: ad esempio i nuovi modelli BITs di India (2003), Canada (2004), Stati Uniti (2004) e Germania (2005).

48 Ci si riferisce qui all'art. 25 del *Draft Articles on State Responsibility* della Commissione di diritto internazionale, e dunque ai seguenti criteri, per quanto applicabili: l'azione deve essere diretta a salvaguardare un interesse essenziale dello Stato rispetto a un pericolo grave e immediato; dev'essere l'unica idonea (proporzionalità); non deve pregiudicare un interesse essenziale dell'altro Stato.

relazione agli articoli 49 e 63 TFUE. Questo rileva ai fini sia della valutazione della riforma ad opera della Commissione sia di eventuali interpretazioni della norma in sede contenziosa, in ambito nazionale o anche – tramite rinvio pregiudiziale – innanzi alla Corte.

Nello specifico, la valutazione circa la minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale (art. 3) è svolta tenendo conto dell'oggetto della delibera, considerando criteri oggettivi e soggettivi. Oggettivi sono:

(i) la rilevanza strategica dei beni o delle imprese oggetto di trasferimento, per valutare la quale il Governo deve organizzare, preventivamente rispetto alla situazione critica, un elenco di beni e aziende definendone in dettaglio il grado di rilevanza strategica. In caso contrario, una valutazione *ad hoc* fatta per il caso specifico nell'urgenza dei tempi previsti dalla procedura rischierebbe di rendere soggettiva e discrezionale la valutazione;

(ii) l'idoneità dell'assetto risultante dalla delibera o dall'operazione a garantire l'integrità del sistema di difesa e sicurezza nazionale. È noto che i sistemi della difesa e della sicurezza devono essere interoperabili e riconducibili dunque a un'unica tecnologia; qualora la delibera o l'operazione, pur nell'interesse della singola società (o del bene) contrasti con tale esigenza di integrità, un divieto governativo sarebbe giustificabile pur in presenza di tutti gli altri requisiti;

(iii) la sicurezza delle informazioni relative alla difesa militare. Questo criterio a prima vista sembra richiamare il diritto dello Stato a non divulgare informazioni previsto dall'art. 346, par. 1, TFUE e se ne differenzia invece almeno sotto due profili. In primo luogo, gli interessi rilevanti attengono non solo alla sicurezza (come nel TFUE) ma anche alla difesa: si tratta di due insiemi che, come accennato, solo parzialmente si sovrappongono. In secondo luogo, l'art. 346, par. 1, TFUE consente agli Stati di rifiutarsi di fornire informazioni qualora ritengano la loro divulgazione contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza: costituisce una deroga a taluni principi generali (tra cui quello di leale collaborazione). Al contrario, la norma costituisce qui uno dei criteri qualitativi per valutare l'esistenza di una minaccia e la gravità del pregiudizio agli interessi essenziali. Criterio qualitativo dunque, non deroga; valutabile su una scala di valori, non soggetto a interpretazione restrittiva.

Altri criteri oggettivi sono (iv) gli interessi internazionali dello Stato, che coinvolgono obblighi giuridici ma anche elementi di valutazione politica e (v) la protezione del territorio nazionale, delle infrastrutture critiche e strategiche e delle frontiere, che costituiscono obiettivi di tutela garantiti anche dalla politica europea di difesa e sicurezza.

Tra i criteri soggettivi, da valutare nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, il Governo considera, alla luce della potenziale influenza dell'acquirente sulla società anche (e dunque, non esclusivamente) in ragione dell'entità della partecipazione acquisita, due condizioni, positiva la prima, negativa la seconda.

La condizione positiva si concentra sulla capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente e sulla credibilità e solidità del progetto industriale connesso con l'operazione[49]. L'adeguatezza delle une e dell'altro va valutata

[49] In particolare, la condizione positiva consiste nell'adeguatezza, tenuto conto anche delle moda-

in funzione di obiettivi di mantenimento degli standard di qualità, sicurezza e continuità dei servizi garantiti dall'impresa rilevante, con un'attenzione particolare ai prodotti e servizi forniti alla PA e in relazione alla difesa nazionale, alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico (inteso quest'ultimo in senso restrittivo e dunque non anche economico).

La condizione negativa consiste invece nell'esistenza, tenuto conto delle posizioni ufficiali dell'Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l'acquirente e Paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura della loro alleanza, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti comunque ad esse collegati. Questo criterio da un lato, in termini generali, si ispira alla prassi internazionale ONU in applicazione dei Capitoli VI e VII della Carta delle Nazioni Unite e dall'altro, nello specifico, conferma l'orientamento recente della Corte[50].

Energia, trasporti e comunicazioni – Quanto agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, i poteri speciali sono esercitati esclusivamente quando le delibere, gli atti e le operazioni diano luogo a una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa italiana ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti. In questi casi, l'efficacia dell'acquisto può essere condizionata all'assunzione da parte dell'acquirente di impegni diretti a garantire la tutela degli interessi essenziali dello Stato. In casi "eccezionali di rischio", non altrimenti eliminabili, il Governo può opporsi all'acquisto.

I poteri speciali sono esercitati sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori che ripropongono le condizioni (negativa e positiva) indicate per i settori della difesa e sicurezza[51]; mancano invece del tutto i criteri soggettivi e oggettivi previsti per questi ultimi. L'esercizio del potere diventa evidentemente più libero.

---

lità di finanziamento dell'acquisizione, della capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente nonché del progetto industriale, rispetto alla regolare prosecuzione delle attività, al mantenimento del patrimonio tecnologico, anche con riferimento alle attività strategiche chiave, alla sicurezza e alla continuità degli approvvigionamenti, oltre che alla corretta e puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali assunti nei confronti di pubbliche amministrazioni, direttamente o indirettamente, dalla società le cui partecipazioni sono oggetto di acquisizione, con specifico riguardo ai rapporti relativi alla difesa nazionale, all'ordine pubblico e alla sicurezza nazionale.

50 Così la Corte nei punti 49-52 della sentenza *Commissione* c. *Italia* (C-326/07). In particolare, la Corte aveva apprezzato il riferimento dell'Italia, nel corso dell'udienza, a casi specifici quali legami dell'investitore o del suo Stato di origine con organizzazioni terroristiche internazionali, o inadempimenti agli obblighi internazionali assunti dallo Stato, lamentando però che tali ipotesi non fossero espressamente previste nel Decreto del 2004, che non menzionava alcuna circostanza specifica e obiettiva. Circostanze che invece, con la riforma, vengono riproposte in dettaglio.

51 In particolare il Governo considera, avuto riguardo alla natura dell'operazione: a) l'esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell'Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l'acquirente e Paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle

8. Le procedure per l'esercizio dei poteri speciali differiscono a seconda dei settori (difesa e sicurezza da un lato, energia trasporti e comunicazioni dall'altro) e delle attività da notificare (delibere adottate dagli organi e acquisizioni di partecipazioni "sopra soglia"). Ciononostante, si possono individuare aspetti comuni a tutte le procedure e a tutti i settori.

Un primo profilo comune è costituito dai termini perentori decisamente brevi concessi da un lato alle imprese per notificare l'operazione o la delibera (10 giorni) e dall'altro al Governo per decidere (15 giorni prorogabili di altri 10[52]), termini che presuppongono un coordinamento tra ministeri e la costituzione di un *database* dettagliato da cui attingere le informazioni. Comuni sono poi lo strumento del silenzio-assenso, a garanzia della celerità del percorso, e la sospensione dell'efficacia degli atti sino alla decisione o alla decorrenza del termine, nonché per i casi di inadempimento o violazione delle condizioni imposte all'acquirente[53]. La sospensione – dell'efficacia degli atti, dell'esercizio del diritto di voto, ecc. – è misura ampiamente utilizzata nella prassi, europea e internazionale; la differenza è qui che è temporalmente limitata (la tempistica è decisamente breve) e funzionale alla decisione che il Governo deve adottare.

Un secondo profilo comune concerne le sanzioni applicabili in caso di mancata notifica o di inottemperanza alle condizioni imposte o al veto[54], costituite da 1) la nullità degli atti adottati in violazione degli obblighi di notifica; 2) l'obbligo, per la

loro alleanze, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati; b) l'idoneità dell'assetto risultante dall'atto giuridico o dall'operazione, tenuto conto anche delle modalità di finanziamento dell'acquisizione e della capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente, a garantire la sicurezza e la continuità degli approvvigionamenti o il mantenimento, la sicurezza e l'operatività delle reti e degli impianti.

52 Qualora si renda necessario richiedere informazioni all'impresa, il termine è sospeso, per una sola volta, fino al ricevimento delle informazioni richieste, che sono rese entro il termine di dieci giorni. Le richieste di informazioni successive alla prima non sospendono i termini. Decorsi i termini l'operazione può essere effettuata. Dalla notifica non deriva per la Presidenza del Consiglio dei Ministri né per l'impresa l'obbligo di notifica al pubblico ai sensi dell'art. 114 del Testo unico di cui al d.l. 58/1998. Le decisioni vengono adottate su proposta del Ministero dell'Economia e delle Finanze per le società partecipate, e del ministro competente per il settore (previo "concerto") in tutti gli altri casi.

53 Fino alla decisione del Governo, o comunque fino al decorso del termine per l'imposizione di condizioni o per l'esercizio del potere di opposizione, l'efficacia degli atti eventualmente adottati, dei diritti di voto o di quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante è sospesa. Nelle more della decisione, il diritto di voto relativo alla partecipazione rilevante o alla delibera adottata sono sospesi. Qualora il potere sia esercitato nella forma dell'imposizione di condizioni di cui al co. 1, lett. a), in caso di eventuale inadempimento o violazione delle condizioni imposte all'acquirente, per tutto il periodo in cui perdura l'inadempimento o la violazione, i diritti di voto, o comunque i diritti aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni o quote che rappresentano la partecipazione rilevante, sono sospesi. In caso di esercizio del potere di opposizione il cessionario non può esercitare i diritti di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante, e dovrà cedere le stesse azioni entro un anno. In caso di mancata ottemperanza il tribunale, su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ordina la vendita delle suddette azioni secondo le procedure di cui all'art. 2359-*ter* c.c. Le deliberazioni assembleari eventualmente adottate con il voto determinante di tali azioni sono nulle.

54 D.L. 21/12, art. 1, co. 4, per la difesa e sicurezza, e art. 2, co. 6, per energia, trasporti e comunicazioni.

società rilevante e la controparte, di ripristinare a proprie spese la situazione anteriore; 3) il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria (salvo che il fatto costituisca reato) fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'1% del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio.

Il terzo profilo è relativo al regime di esenzione. Il D.L. esclude per tutti i settori (art. 1, co. 1-*bis*, per la difesa e sicurezza nazionale, e art. 2, co. 1, per energia trasporti e comunicazioni) l'esercizio dei poteri speciali in caso di operazioni infragruppo, che vanno comunque notificate[55]. Viene fatto salvo peraltro il caso in cui, anche a seguito della notifica, emergano informazioni circa una possibile minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale (art. 2, co. 2, DPCM) o per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti (art 4, co. 2, DPCM in corso di pubblicazione). In questo modo, l'interesse alla semplificazione dei processi viene contemperato con l'esigenza di tutela delle attività strategiche: l'esenzione potrà essere superata qualora si riscontrino rischi in concreto[56].

Infine, e quanto agli esiti della procedura, è previsto un sindacato giurisdizionale. Tutte le controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e alla competenza inderogabile del TAR Lazio, il quale applicherà il rito abbreviato[57].

9. Il parametro di legittimità della disciplina dei poteri speciali cui il D.L. si conforma è rinvenibile nell'unica sentenza in cui la Corte ha ritenuto giustificate le deroghe e adeguate le misure adottate dal Governo belga (*Commissione* c. *Belgio*, C-503/99). In particolare, nei punti 49-53 della sentenza, la Corte ha costruito una "griglia" di condizioni, motivando la propria decisione favorevole al Belgio sulla base dei seguenti presupposti. In primo luogo, il regime di opposizione scelto dal Governo belga doveva preferirsi (in ragione della proporzionalità) a quello di auto-

[55] In particolare, la tipologia di operazioni non assoggettate – se infragruppo – ai poteri speciali, ma comunque da notificare, sono indicate dall'art. 2, co. 2, del DPCM, e dall'art. 4, par. 1, del DPCM in corso di pubblicazione e consistono nelle operazioni riguardanti fusioni, scissioni, incorporazioni, o cessioni anche di quote di partecipazione, quando le relative delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione non comportino il trasferimento dell'azienda o di rami di essa o di una società controllata, ovvero il trasferimento della sede sociale, il mutamento dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società o la modifica di clausole statutarie adottate *ex* art. 2351, co. 3, c.c., o introdotte *ex* art. 3, co. 1, d.l. 332/1994 o la costituzione o la cessione di diritti reali o di utilizzo relativa a beni materiali o immateriali o l'assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego.

[56] Resta qualche dubbio sulla nozione di gruppo da applicarsi nella fattispecie, in considerazione del fatto che il controllo delle imprese si realizza spesso al di fuori del territorio nazionale, o che nei settori rilevanti le imprese sono ormai transnazionali e hanno controllate estere, o ancora che le modifiche all'azionariato possono essere indirette. L'interpretazione della nozione di gruppo dovrà comunque essere necessariamente restrittiva, considerato anche che si tratta di una deroga all'obbligo di notifica.

[57] Così l'art. 3, co. 6, del D.L. 21/2012, che modifica gli articoli 119, co. 1 (introducendo la lett. c-*bis*), 133, co. 1 (introducendo la lett. z-*quinquies*), e 135, co. 1 (sostituendo la lett. h), del codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010).

rizzazione[58]. In secondo luogo, i poteri erano limitati a decisioni riguardanti gli attivi strategici e a gestioni specifiche della vita aziendale. In terzo luogo, gli interventi governativi erano ammessi solo per salvaguardare obiettivi specifici e determinati (in quel caso, di politica energetica). In quarto luogo, i provvedimenti dovevano essere formalmente motivati e potevano essere sottoposti a efficace controllo giurisdizionale. Infine, non era stata dimostrata la possibilità di adottare provvedimenti meno restrittivi e comunque idonei per raggiungere l'obiettivo perseguito, consistente nel garantire la sicurezza dell'approvvigionamento dell'energia in caso di crisi.

In tutti gli altri casi, la Corte ha contestato agli Stati l'assenza di uno o più degli elementi qui elencati[59]. In particolare, e con riferimento all'Italia, la Corte aveva chiaramente fatto intendere, nella sentenza del 2009[60], che sarebbe stato necessario (e sufficiente) per chiudere il lungo contenzioso relativo alle *golden shares*, definire in modo meno generico e impreciso i criteri da applicare per esercitare i poteri speciali, utilizzandoli secondo il principio di proporzionalità e limitando così una discrezionalità altrimenti sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti.

La scelta del Governo italiano è stata, come visto in dettaglio nei paragrafi precedenti, di soddisfare tutti i requisiti richiesti dalla Corte, applicando con un regime di opposizione poteri speciali definiti e (più) limitati[61] nei confronti delle aziende operanti nei settori definiti strategici dalla legge, con riferimento ad attività critiche tassativamente elencate, sulla base di criteri specifici e dettagliati, nel rispetto del principio di proporzionalità e adottando decisioni rapide, motivate e soggette a sindacato giurisdizionale. L'elemento di novità della riforma non è però nella piena ottemperanza alla pronuncia della Corte, per la quale sarebbero state sufficienti modifiche di dettaglio all'art. 2 del d.l. 332/94. La novità è piuttosto nello spostamento dell'intervento da un piano soggettivo[62] a uno oggettivo, che ha trasformato la disciplina specifica

---

58 Nel punto 49 della sentenza la Corte precisa: "innanzi tutto, occorre constatare che il regime in esame è un regime di opposizione. Tale regime parte dal principio di rispetto dell'autonomia di decisione dell'impresa, dato che il controllo che può essere esercitato dal Ministro incaricato dipende in ogni singolo caso da un'iniziativa delle autorità governative. In tale contesto non è richiesta alcuna previa autorizzazione. Inoltre, sono imposti termini rigorosi alle autorità pubbliche per l'esercizio di tale diritto di opposizione".

59 S*upra*, par. 4.

60 *Commissione c. Italia* (C-326/07), punti 45-53.

61 Ad esempio, il Governo non può più opporsi ai patti parasociali, né nominare un amministratore senza diritto di voto. Inoltre, condizioni e criteri per l'esercizio dei poteri vengono indicati dalla normativa, primaria e secondaria, non affidati alla discrezionalità del caso.

62 In particolare, l'abrogazione dell'art. 2 del d.l. 332/1994 avverrà all'entrata in vigore dei DPCM attuativi. A quella data cesseranno di avere efficacia sia i provvedimenti che attribuiscono al Ministero dell'Economia e delle Finanze poteri speciali sugli statuti di Finmeccanica, Enel e Snam Rete Gas, sia le clausole statutarie in materia di poteri speciali (per Finmeccanica, solo qualora incompatibili con la nuova disciplina). Resta in vigore invece il limite massimo del 5% al possesso azionario per i soci delle società direttamente o indirettamente controllate dallo Stato o da enti pubblici territoriali anche economici (previsto dall'art. 3, co. 1, del d.l. 332/1994) che anzi si applica non solo alle imprese di assicurazione oggetto di controllo diretto o indiretto pubblico, ma anche alle società operanti nel settore della difesa e della sicurezza nazionale, nonché nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni a controllo diretto o indiretto pubblico (prima, più genericamente, il limite era relativo alle società operanti nei settori dei servizi pubblici in via di privatizzazione). Peraltro, nella parte non abrogata l'art. 3, co. 1, prevede ancora che il limite del 5% si applichi anche ai soggetti che, direttamente o indirettamente, aderiscono a patti parasociali che coinvolgono almeno il 10% del capitale di società quotate o il

sulle *golden shares* in una norma generale in materia di investimenti (di portafoglio o diretti, esteri o nazionali) nei settori strategici. Per questa ragione la riforma va posta in relazione non più solo alla "giurisprudenza *golden shares*", ma anche e soprattutto alla prassi degli Stati in materia di investimenti diretti esteri.

10. La fase storica attuale è caratterizzata da una ripresa delle politiche protezionistiche degli Stati, che tentano di difendersi dalle conseguenze di una globalizzazione non adeguatamente regolata. Queste politiche producono effetti anche nel settore degli investimenti, sotto un duplice profilo: nei trattati bilaterali e nelle norme nazionali che si propongono di regolarne i flussi. Quanto alle seconde – che qui interessano – si registra sia negli Stati membri dell'Unione sia nei Paesi terzi la tendenza a un maggior controllo dei flussi di investimenti esteri[63], realizzato mediante due strumenti principali: da un lato, l'indicazione di una lista di settori ritenuti strategici (o di infrastrutture critiche) in cui gli investimenti esteri vengono assoggettati a preventiva autorizzazione del Governo (così negli Stati Uniti e in Francia)[64]; dall'altro, l'introduzione di soglie massime di partecipazione nell'azionariato per gli investitori esteri, al superamento delle quali gli investimenti vengono sottoposti a verifica di compatibilità con la sicurezza e l'ordine pubblico (così in Germania e Spagna)[65]. In alcuni casi (Russia e Cina, tra gli altri)[66] i due criteri vengono combinati.

20% di società non quotate. Il superamento del limite comporta il divieto di esercitare il diritto di voto e i diritti non aventi contenuto patrimoniale per le partecipazioni che eccedono il limite. La clausola che impone il limite decade in caso di offerta pubblica di acquisto da cui derivi l'assunzione della maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria.

63 Sul punto si vedano tra tutti, nella dottrina italiana, F. Bassan, *Host States and Sovereign Wealth Funds, between National Security and International Law*, in *European Business Law Review*, 2009, pp. 165-201, a p. 182 ss.; Id., *The Law of Sovereign Wealth Funds*, Cheltenham, 2011; A. Gigante, A. Ligustro, *Il diritto internazionale degli investimenti di fronte alla sfida dei fondi sovrani*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, pp. 1179-1221, a pp. 1189 ss.; S. M. Carbone, *'Golden share' e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale*, in G. Nardozzi, S. M. Carbone (a cura di), *Lo Stato da gestore di grandi imprese a referente nel loro governo*, Genova, 2011, p. 311 ss.; S. M. Carbone, *Investimenti pubblici esteri e libera circolazione di capitali*, in A. Ligustro, G. Sacerdoti (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, Liber Amicorum *in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 642 ss.

64 Negli Stati Uniti, la riforma intervenuta nel 2007 con il FINSA (*Foreign Investment and National Security Act*) ha rafforzato i poteri della Commissione governativa sugli investimenti esteri (*Committee on Foreign Investment in the United States* o CFIUS), consentendo un controllo degli investimenti anche al di sotto della quota del 10% delle azioni di un'impresa strategica (vincolo in vigore fino ad allora) quando le infrastrutture sono strategiche o l'investitore è soggetto al controllo di uno Stato estero. In Francia, una legge del 2004 (2004-1343 del 9 dicembre 2004) e un decreto applicativo del 2005 (2005-1739 del 30 dicembre 2005) hanno introdotto una lista di undici settori ritenuti critici per la salvaguardia dell'ordine pubblico, della difesa e della sicurezza pubblica.

65 In Germania, un emendamento del 2009 alla legge sugli investimenti esteri (AWG) prevede che il superamento della soglia del 25% delle azioni di un'azienda tedesca da parte di investitori di Paesi terzi deve essere sottoposto a una verifica (che può durare anche cinque mesi) in ragione della salvaguardia della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico. In Spagna, nel settore dell'energia, un decreto legge reale (n. 4 del 2 febbraio 2006) prevede un'autorizzazione preventiva dell'autorità di settore (*Comisión Nacional de la Energìa*) per l'acquisto ad opera di investitori esteri di partecipazioni superiori al 10% del capitale di società che svolgano attività strategiche.

66 In Russia, la legge federale sugli investimenti esteri (del 29 aprile 2008, n. 57-FZ) ha elencato ben 42 settori strategici e condizionato alla approvazione preventiva di una Commissione governativa l'ac-

La riforma italiana in materia di investimenti esteri nei settori strategici origina, come visto, dalla disciplina sulle *golden shares*: ne costituisce l'evoluzione. Questa caratteristica è decisiva in quanto la necessità di ottemperare ai criteri elencati dalla Corte ha determinato un rigore che è assente nelle riforme nazionali recenti sopra elencate.

In particolare, i settori ritenuti strategici non vengono indicati in una lunga lista, né sono affidati alla valutazione nel caso concreto, ma si riducono ai pochi essenziali per la sicurezza nazionale. All'interno dei settori essenziali, le attività strategiche vengono elencate in dettaglio dalla legge. Non si ha un'autorizzazione preventiva all'investimento ma una valutazione successiva. L'opposizione all'operazione può essere formulata non solo con un veto (corrispondente a una mancata autorizzazione) ma anche con prescrizioni o condizioni, qualora ritenute idonee e adeguate. I tempi per la decisione sono estremamente rapidi. I criteri per la valutazione, soggettivi e oggettivi, sono indicati a priori. Non è il superamento di soglie massime ad attivare la procedura di verifica e consentire l'eventuale diniego, ma l'esistenza di un pregiudizio grave agli interessi fondamentali del Paese, la cui valutazione non è discrezionale ma affidata a un sindacato giurisdizionale rigoroso e veloce (si avvale della procedura abbreviata). Non c'è diversità di trattamento degli investimenti nei settori essenziali in ragione della nazionalità dell'investitore, applicandosi la disciplina a investitori nazionali, di Stati membri e di Paesi terzi (questi ultimi vincolati a regime di reciprocità e a scrutinio separato in caso di stabilimento, nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni).

Anche se vista sotto questa prospettiva, dunque, la riforma presenta un carattere di novità che la rende un "avamposto di frontiera" nella regolazione dei flussi degli investimenti esteri. Il duplice fronte che è stato considerato per la nuova disciplina ha fatto sì che la norma da un lato vada molto oltre quanto richiesto dalla giurisprudenza della Corte in materia di poteri speciali (perché introduce una riforma di sistema), mentre dall'altro, proprio a causa dell'origine e dunque della necessità di soddisfare i requisiti posti dalla "giurisprudenza *golden shares*", costituisce un modello di trasparenza, proporzionalità e certezza del diritto nel panorama internazionale della regolazione dei flussi degli investimenti esteri.

quisizione di più del 50% (25% se l'investitore è soggetto a controllo di uno Stato estero) delle azioni di un'impresa russa operante in uno dei settori elencati. In Cina, nel dicembre 2006 la Commissione governativa per la supervisione e l'amministrazione degli *assets* posseduti dal Governo ha pubblicato la lista dei settori dell'economia ritenuti strategici, in cui gli investimenti esteri – già limitati dalla normativa generale sul piano delle quote – vengono sottoposti a preventiva valutazione dell'impatto sulla "sicurezza economica nazionale".

Abstract

From Golden Share to Golden Power: The European Shift of Paradigm for State Intervention in the Economy

The Author illustrates and comments on the new Italian Law on golden power granting the Government special powers in listed sectors (defence and national security on one side, energy, transports and communications on the other side) and critical activities. Special powers can be wielded trough an opposition *ex post*. Veto power is a last resort measure only applicable when positive or negative conditions are not adequate. A fast track procedure provides for reasoned decisions subject to judicial review. The Author posits that the new Italian Law is a benchmark for the golden share dispute between Member States and the Commission, as well as a model for national laws fostering foreign investments.

Studi sull'integrazione europea, IX (2014), pp. 81-101

Claudio Di Turi*

La strategia commerciale dell'Unione europea tra "regionalismo economico" e multilateralismo: quale ruolo per gli accordi di libero scambio di nuova generazione?

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La politica commerciale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona e la nuova strategia della Commissione circa la conclusione di accordi di libero scambio. – 3. Il c.d. "regionalismo economico". La disciplina degli accordi di libero scambio nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio, tra requisiti sostanziali e procedimenti di controllo. – 4. Costi e benefici associati agli accordi di libero scambio. Il problema della loro compatibilità con il multilateralismo commerciale dell'OMC. – 5. Gli accordi con la Corea e il Perù/Colombia: sviluppo sostenibile, diritti umani, soluzione delle controversie. – 6. Conclusioni.

1. La crisi economico-finanziaria che coinvolge quasi tutte le principali aree produttive del mondo sta avendo gravissime ripercussioni sui Paesi membri dell'Unione europea, e segnatamente sugli investimenti, interni ed esteri, la domanda di beni e servizi, il mantenimento dei livelli occupazionali, la crescita e il tasso di sviluppo, non solo economico ma anche sociale e civile[1]. Un ulteriore fattore

* Associato di Diritto internazionale nell'Università della Calabria.

1 Cfr. la recente risoluzione del Parlamento europeo, 18 aprile 2013, Impatto della crisi finanziaria ed economica sui diritti umani, doc. P7_TA(2013)179 ('considerando' F del preambolo), e la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 3 ottobre 2012, L'Atto per il Mercato Unico II. Insieme per una nuova crescita, COM(2012)573 def., in cui viene ribadita l'importanza del mercato interno per realizzare un'economia sociale di mercato competitiva, in cui la coerenza e la complementarità delle politiche interne ed esterne favoriscano gli scambi e la crescita. Sul ruolo del diritto rispetto alla crisi, cfr. C. Tietje, M. Lehmann, *The Role and Prospects of International Law in Financial Regulation and Supervision*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 663 ss.; J. Trachtman, *The International Law of Financial Crisis: Spillovers, Subsidiarity, Fragmentation and Cooperation*, *ivi*, p. 719

d'instabilità è costituito dal progressivo deterioramento delle finanze pubbliche in molti importanti Paesi dell'Unione, con elevati livelli di *deficit* e indebitamento rispetto al PIL, che ha costretto molti Stati membri a destinare consistenti quote del proprio bilancio nazionale al finanziamento del debito pubblico. Allarmano pure il crescente divario di produttività dei fattori di produzione dell'industria europea rispetto ad alcuni tra i principali competitori sui mercati internazionali, tra i quali i Paesi c.d. BRICS (Brasile, Russia, India, Cina, Sudafrica)[2], la progressiva perdita di competitività aggravata dall'emergere o dal consolidarsi di rigidità in taluni mercati (es.: il mercato del lavoro), nonché il perdurante protezionismo in taluni settori quali, ad es., il commercio di beni agricoli[3]. La contrazione dei flussi commerciali, e l'alterazione di consolidati equilibri produttivi e di scambio tra i diversi Paesi, hanno contribuito a provocare lo stallo dei negoziati del c.d. Doha *Round*[4], con negative ripercussioni sulla credibilità istituzionale dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)[5], e sugli impegni in materia di sviluppo assunti dai Paesi più

ss. e, in una prospettiva storico-politica, A. Pepe, *Le conseguenze della crisi economico-finanziaria sul sistema delle relazioni internazionali*, in *La Comunità internazionale*, 2010, p. 383 ss.

2 L'opportunità d'instaurare o rafforzare relazioni con ciascuno di tali Paesi, quale conseguenza della progressiva "multipolarizzazione" delle relazioni economiche internazionali e della necessità per l'UE di evitare fenomeni di frammentazione politico-economica e perdita della propria influenza politico-economica, è sottolineata nella risoluzione del Parlamento europeo, 2 dicembre 2012, La politica estera dell'UE nei confronti dei Paesi BRICS e di altre potenze emergenti, doc. P7_TA (2012)17.

3 Nel rapporto dell'Organizzazione e lo sviluppo economico (OCSE) *Perspectives on Global Development 2010: Shifting Wealth*, www.oecdbookshop.org, entro il 2015 il 90% della crescita mondiale sarà generato fuori dall'Europa, mentre i Paesi in via di sviluppo e le economie emergenti rappresenteranno probabilmente il 60% del PIL mondiale nel 2030. Secondo dati Eurostat, citati nella risoluzione del Parlamento europeo, 27 settembre 2011, Nuova politica commerciale per l'Europa nel quadro della strategia Europa 2020, doc. P7_TA (2011)412, l'UE rappresentava nel 2000 il 25% del PIL mondiale, ma la percentuale scenderà al 18% nel 2020; le due principali economie emergenti (Cina e India) che totalizzavano nel 2000 il 10 % del PIL mondiale raggiungeranno il 25% nel 2020.

4 Com'è noto, il c.d. Doha *Round* è stato avviato nel 2001 per rafforzare il sistema multilaterale degli scambi attraverso la creazione di nuove opportunità di accesso ai mercati, la rimozione degli squilibri e l'accentuazione dell'importanza dello sviluppo sostenibile (anche) mediante l'integrazione dei PVS nei circuiti commerciali al fine di contribuire ad un commercio più equo grazie alla partecipazione ad esso di tutti gli attori economici. Sulle cause dell'attuale stallo nei negoziati, che non è possibile approfondire in questa sede, mi limito a rinviare alla spiegazione avanzata nella risoluzione del Parlamento europeo, 14 settembre 2011, Andamento dei negoziati sull'agenda di Doha per lo sviluppo, doc. P7_TA (2011)380, che sorprendentemente imputa ai Paesi c.d. BRICS la responsabilità del mancato conseguimento degli obiettivi del ciclo negoziale (par. 13), e alla diversa prospettiva dell'OMC, contenuta nel *Chairman Concluding Statement* dell'ottava Conferenza ministeriale (Ginevra, 15-17 dicembre 2011), WT/MIN(11)11, ove l'*impasse* viene spiegata con l'esistenza di "significantly different perspectives on the possible results that Members can achieve in certain areas of the single undertaking (…)", tanto che "(…) it is unlikely that all elements of the Doha Development Round could be concluded simultaneously in the near future" (p. 3). In argomento, v. pure il rapporto redatto dall'High Level Trade Experts Group, J. Bhagwati, P. Sutherland (eds.), *The Doha Round: Setting a Deadline, Defining a Final Deal*, 2011, www.number10.gov.uk.

5 Sul rapporto tra crisi economica e OMC, cfr. B. Mercurio, *Reflections on the World Trade Organization and the Prospects for its Future*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2009, p. 49 ss.; B. Ruddy, *The Critical Success of the WTO: Trade Policies of the Current Economic Crisis*, in *Journal of International Economic Law*, 2010, p. 475 ss.

ricchi nei confronti dei PVS[6] già nel GATT e perfezionati successivamente con la creazione dell'OMC e la prassi di questa Organizzazione[7].

V'è da chiedersi se oltre agli effetti negativi sul diritto OMC la crisi economica, propagatasi quasi contemporaneamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, possa incidere anche sulla politica commerciale dell'Unione europea. Tale interrogativo si pone, in particolare, con riferimento all'elaborazione della strategia commerciale dell'UE contenuta in alcuni documenti della Commissione[8], e in cui si auspica la conclusione di accordi di libero scambio (ALS) "di nuova generazione" quale strumento privilegiato nelle relazioni commerciali con singoli Paesi o gruppi di Paesi[9]. Una prima, parziale, risposta a tale interrogativo può essere fornita da una succinta analisi di alcuni profili materiali e istituzionali disciplinati in due tra i più

---

6 L'impiego di tale terminologia dovrebbe essere effettuato con cautela stante, per un verso, l'esistenza di classificazioni dei PVS più "moderne" che comprendono i c.d. *Least-Developed Countries* e le economie in transizione e, per altro verso, la difficoltà di censire in modo certo taluni Paesi, conseguenza del diverso parametro di valutazione impiegato. Com'è noto, in sede OMC non esiste una lista ufficiale dei Paesi in via di sviluppo, mentre al fine di garantire trattamenti commerciali di vantaggio ai *Least-Developed Countries*, questa Organizzazione utilizza una apposita lista aggiornata ogni tre anni dall'ONU. Per approfondimenti, cfr. R. Zoellick, *The End of the Third World: The Case for Modernizing Multilateralism*, in *International Economy*, 2010, n. 40, p. 40; J. Pauwelyn, *The End of Differential Treatment for Developing Countries? Lessons from the Trade and Climate Regimes*, 2012, papers.ssrn.com.

7 Non rientra tra gli scopi di questo scritto l'analisi del trattamento delle problematiche relative allo sviluppo nel sistema GATT/OMC. Mi limito a rammentare che successivamente ad un emendamento al GATT 1947, con cui fu inserita la Parte IV (*Trade and Development*) nell'Accordo, e a una decisione delle Parti Contraenti del 1979 che autorizzava i Paesi sviluppati ad accordare trattamenti commerciali preferenziali ai Paesi svantaggiati (*Enabling Clause*), il trattamento giuridico della dimensione dello sviluppo economico si è successivamente perfezionato nel Preambolo dell'Accordo OMC, nonché nella Dichiarazione ministeriale di Doha (Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 14 novembre 2001, paragrafi 2 s., e 42-44), la cui Agenda per lo sviluppo è stata confermata nella successiva Dichiarazione di Hong-Kong (Doc. WT/MIN(05)/DEC, 18 dicembre 2005, paragrafi 2, 35 s., e 47). Sulla dimensione dello sviluppo in seno all'OMC, v. P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p. 449 ss. Sul ruolo di questa Organizzazione quale "istituzione per lo sviluppo", v. A. Qureshi, *International Trade for Development: The WTO as a Development Institution?*, in *Journal of World Trade*, 2009, p. 173 ss., in specie pp. 176-184.

8 Si tratta, in particolare, delle comunicazioni della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 4 ottobre 2006, Europa globale: competere nel mondo. Un contributo alla strategia per la crescita e l'occupazione nell'Unione europea, COM(2006)567 def.; del 3 ottobre 2010, Europa 2020. Una strategia per una crescita sostenibile, intelligente ed inclusiva, COM(2010)2020 def.; del 9 novembre 2010, Commercio, Crescita, Affari mondiali. La politica commerciale quale componente essenziale della strategia 2020 dell'UE, COM(2010)612 def. Per alcune valutazioni sulla comunicazione della Commissione Commercio, Crescita, Affari mondiali, cfr. J. L. Demarty, *A Critical Assessment of the Communication on Trade, Growth and World Affairs and EU Common Commercial Policy*, in Directorate General for External Policies, Policy Department, Workshop *The Future of the EU Trade Policy*, 2011, www.europarl.europa.eu, p. 11 ss.; F. Granell, *A Critical Assessment of the Communication "Trade Growth and World Affairs" and EU Commercial Policy*, *ivi*, p. 25 ss. Per un confronto tra la nuova strategia commercial dell'UE alla luce della tradizionale bipartizione protezionismo/liberismo, v. F. Erixon, *The Commission's New Trade Strategy: Ideological and Economic Foundations*, *ivi*, p. 16 ss.

9 L'ampiezza degli ambiti materiali disciplinati da tali strumenti, o la loro "novità" rispetto alla regolamentazione predisposta in ambito OMC suscita, peraltro, interrogativi circa la loro compatibilità con il sistema multilaterale creato a Marrakech. Su tali punti, v. *infra*, paragrafi 3 e 4.

recenti ALS c.d. "di ultima generazione" al fine di trarne, se del caso, conclusioni più generali circa l'esistenza di un modello "nuovo" di relazioni commerciali per l'UE.

2. Il trattato di Lisbona innova in modo significativo la disciplina della politica commerciale dell'Unione europea[10], che costituisce uno dei più importanti strumenti con cui l'Unione persegue le proprie finalità[11]: è opportuno, pertanto, richiamare le disposizioni più rilevanti per gli scopi del presente contributo.

Collocata nella parte V del TUE relativa all'azione esterna dell'Unione[12], la politica commerciale, ricondotta ora alla competenza esclusiva di questa (art. 3, par. 1, lett. e, TFUE)[13], anche per gli ambiti relativi agli scambi di servizi, agli aspetti

---

[10] V., in generale, P. Koutrakos, *Legal Basis and Delimitation of Competence in EU External Relations*, in M. Cremona, B. De Witte (eds.), *EU Foreign Relations Law*, Oxford-Portland, 2008, p. 172 ss.; M. Cremona, *Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process*, in A. Dashwood, M. Maresceau (eds.), *Law and Practice of the EU External Relations. Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, 2009, p. 34 ss.; J. C. Piris, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010, p. 279 ss. P. Piva, *La politica commerciale comune*, in G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2010, III ed., p. 417 ss.; R. Baratta, *La politica commerciale comune dopo il trattato di Lisbona*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 403 ss.; G. Gaja, A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari, 2012, II ed., p. 221 ss.

[11] Per P. Eeckhout, *EU External Relations Law*, Oxford, 2011, II ed., p. 439, essa rappresenta "the EU's most developed external policy (…) [their] centre-piece".

[12] Sui timori che dall'inclusione della politica commerciale nel contesto complessivo delle relazioni esterne dell'Unione possa derivare una "deformazione e un indebolimento" della politica *de qua* generati dal ruolo del Consiglio e dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, cfr. P. C. Muller-Graf, *The Common Commercial Policy Enhanced by the Reform Treaty of Lisbon?*, in A. Dashwood, M. Maresceau (eds.), *op. cit*., p. 188 ss. (in specie p. 192 s.); U. Draetta, N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Il diritto sostanziale*, Milano, 2010, III ed., p. 131 s. Tali timori non hanno fondamento, invece, per E. Cannizzaro, *Recensione* a E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne: fondements, moyens, principes*, Paris, 2010, in *Yearbook of European Law*, 2012, p. 537 ss., secondo cui "[n]otoriously, the drafters of the Treaty were inspired by the intent to transform the fragmented and somewhat inorganic system of the external relations of the EC/EU into an integrated system allowing the EU to pursue coherently its strategies in the international arena and availing itself of the whole range of its competences".

[13] Com'è noto, il previgente art. 133 TCE non sanciva esplicitamente il carattere esclusivo della competenza comunitaria in materia di politica commerciale, i cui ambiti sono stati progressivamente definiti dalla giurisprudenza della Corte (cfr. ad es. i pareri n. 1/75, dell'11 novembre 1975, *Raccolta*, p. 1355 ss.; n. 1/78, del 4 ottobre 1979, *ivi*, p. 2871 ss.; n. 1/94, del 15 novembre 1994, *ivi*, p. I-5276 ss.) facendo ricorso a metodi interpretativi di tipo evolutivo e funzionale che ne hanno progressivamente "dilatato" la nozione (così E. Cannizzaro, *Commento all'art. 133*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, p. 756 ss). Su tali profili, cfr. pure P. Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2006, p. 392 ss.; A. Mignolli, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009, p. 116 ss.; R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, II ed., p. 42; F. Pocar, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, XI ed., p. 76. Nella sentenza del 18 luglio 2013, causa C-414/11, *Daiichi Sankyo*, reperibile *online*, la Corte di giustizia, riunita in Grande sezione, pronunciandosi su una richiesta d'interpretazione in via pregiudiziale di alcune disposizioni dell'Accordo sui diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS) ha affermato che un atto dell'Unione rientra nella politica commerciale comune se verte specificamente sugli scambi internazionali in quanto è sostanzialmente destinato a promuovere, facilitare o disciplinare tali scambi; che, fra le norme adottate dall'Unione in materia di proprietà intellettuale, solo quelle che presentano un nesso specifico con

commerciali della proprietà intellettuale, e agli investimenti esteri diretti (art. 207, par. 1, TFUE), è "fondata sui principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità" alle politiche e azioni comuni dell'Unione (art. 205 TFUE) tra le quali è utile richiamare quelle relative a "incoraggiare l'integrazione di tutti i Paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi" (art. 21, par. 2, lett. e, TUE) e all'instaurazione di un "commercio libero ed equo" (art. 3, par. 5, TUE). Da tali disposizioni, lette in combinato con l'art. 21, par. 1, TUE che fonda l'azione internazionale dell'Unione sui principi della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo, emergono, per un verso, la correlazione tra l'obiettivo della liberalizzazione degli scambi e la necessità che ai conseguenti benefici partecipino in misura corrispondente anche i lavoratori e, per altro verso, la riaffermazione implicita di uno dei più tradizionali orientamenti della politica commerciale comunitaria, attraverso il noto istituto della condizionalità democratica[14] rispetto a Paesi destinatari di aiuti economici. Condivisibile, pertanto, è l'affermazione secondo cui la riconduzione della politica commerciale ai principi e obiettivi dell'azione esterna contribuisce a "scolpire (…) un quadro quasi-costituzionale" entro il quale la prima deve svolgersi[15].

Significative risultano, poi, le novità relative introdotte a Lisbona relativamente al processo decisionale con l'accresciuto ruolo previsto per il Parlamento europeo[16]:

---

gli scambi commerciali internazionali possono rientrare nella nozione di "aspetti commerciali della proprietà intellettuale" di cui all'art. 207, par. 1, TFUE e, quindi, nell'ambito della politica commerciale comune; e che le norme dell'Accordo TRIPS, presentando un nesso specifico con gli scambi internazionali, rientrano nell'ambito della politica commerciale comune (paragrafi 49-61).

14 In conformità, E. Baroncini, S. Cafaro, C. Novi *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, Torino, 2012, p. 138, secondo le quali "si tratta del riconoscimento al più alto livello della legittimità della politica di condizionalità che contraddistingue gli accordi bilaterali e regionali dell'Unione ed il suo sistema di preferenze generalizzate, strumenti di politica commerciale contraddistinti da articolate clausole sui diritti dell'uomo (…)". In argomento, cfr. pure V. Di Comite, *Diritti umani e democrazia: il quadro strategico dell'UE*, in *Sud in Europa*, 2012, n. 2, www.sudineuropa.net, nonché lo Studio della Direzione generale per le relazioni esterne *The Application of Human Rights Conditionality in the EU's Bilateral Trade Agreements and Other Trade Arrangements with Third Countries*, 2008, www.europarl.europa.eu. A riguardo, è utile rammentare che con regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, *GUUE* L 303, 31 ottobre 2012, p. 1 ss., è stato predisposto un nuovo quadro normativo relativo all'applicazione di un sistema di preferenze generalizzate, previa abrogazione del precedente regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, del 22 luglio 2008, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011, *GUUE* L 211, 6 agosto 2008, p. 1 ss. La normativa prevede un regime generale di cui sono beneficiari i Paesi indicati all'allegato II del regolamento, caratterizzati da comuni bisogni sul piano dello sviluppo economico; un regime speciale d'incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo (c.d. "SPG plus"), in cui preferenze addizionali sono garantite a quei Paesi i quali s'impegnino ad attuare i principi e rispettare le norme dei pertinenti strumenti internazionali in materia; un regime speciale a favore dei Paesi meno sviluppati (c.d. "tutto tranne le armi"), elencati nell'allegato IV. Per un primo commento alla nuova normativa, cfr. M. Del Vecchio, *Le nuove preferenze generalizzate europee per i Paesi in via di sviluppo*, in *Sud in Europa*, 2013, n. 1, www.sudineuropa.net.

15 E. Baroncini, S. Cafaro, C. Novi, *op. cit.*, p. 138.

16 Sul ruolo del Parlamento nella procedura di conclusione degli accordi internazionali, v. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, IV ed., p. 124 ss.; R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.*, p. 209 ss.; G. Strozzi, R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2013, VI ed., p. 106 s.; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 77 s.; U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2013, III ed., p. 231 ss.

per un verso, tale istituzione partecipa, ora in veste di co-legislatore mediante la procedura legislativa ordinaria, all'adozione di misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale (art. 207, par. 2, TFUE); per altro verso, l'art. 218, par. 6, TFUE prevede che il Consiglio decida sulla conclusione di talune categorie di accordi internazionali (tra i quali quelli cui si applica la procedura legislativa ordinaria, e quindi gli accordi commerciali)[17] previa approvazione del Parlamento rispetto al quale, peraltro, la stessa disposizione (par. 10) configura un diritto ad essere informato "immediatamente e pienamente in tutte le fasi della procedura negoziale"; la norma è rafforzata dall'art. 207, par. 3, TFUE che impegna la Commissione a riferire periodicamente alla Commissione per il commercio internazionale e al Parlamento l'andamento dei negoziati in corso[18].

Tali disposizioni, interpretate alla luce del principio di coerenza (art. 21, par. 3, TUE, ult. cpv.)[19], costituiscono la base giuridica fondamentale degli ALS come strumento "nuovo" individuato contestualmente all'elaborazione della nuova strategia commerciale dell'Unione, esposta essenzialmente nelle citate comunicazioni della Commissione Europa globale, Europa 2020 e Commercio, Crescita, Affari mondiali[20].

Nel primo dei documenti la Commissione, al fine di rafforzare l'azione dell'UE in un contesto di forte internazionalizzazione dei mercati, ha proposto un piano d'azione la cui dimensione "esterna" ruota attorno a due poli potenzialmente contraddittori: da un lato, viene ribadito l'impegno dell'UE verso il multilateralismo commerciale, nonostante le difficoltà dei negoziati di Doha, attraverso un richiamo all'azione dell'OMC, agli obblighi assunti in tale sede, e al sistema di soluzione delle controversie vigente in quell'ambito; dall'altro, la Commissione identifica negli ALS uno strumento ulteriore e diverso rispetto ai negoziati multilaterali cui ricorrere per il perseguimento delle finalità dell'Unione[21], al fine di assicurarsi

---

17 Notano E. Baroncini, S. Cafaro, C. Novi, *op. cit.*, p. 45, come la disposizione realizzi "un significativo parallelismo tra i poteri dell'Assemblea sul piano deliberativo interno e su quello internazionale".

18 Per una valutazione di tali profili, cfr. R. Leal-Arcas, *Is Lisbon the Answer or the Anathema to EC Trade Law and Policy?*, in S. Kierkegaard (ed.), *The Dynamics of Trade Law and Economics*, s.l., 2008, p. 138 ss.; J. Hillman, D. Kleiman, *Trading Places: the New Dynamics of EU Trade Policy under the Treaty of Lisbon*, GMM Paper series, 2010, papers.ssrn.com; S. Woolcock, *The Treaty of Lisbon and the European Union as an Actor in International Trade*, ECIPE Working Paper no. 1/2010, www.ecipe.org.

19 Sul rapporto tra principio di coerenza e politica commerciale dell'UE, cfr. V. Bonavita, *The EU Strategy Towards WTO Commercial Disputes after the Lisbon Reform*, in J. Larik, M. Moraru (eds.), *Ever-Closer in Brussels – Ever-Closer in the World? EU External Action after the Lisbon Treaty*, EUI Working Papers 2011/10, p. 41 ss. (in specie p. 54 s.); B. Rigod, *The "New Generation" of EU Free Trade Agreements and the Duty of Consistency*, *ivi*, p. 61 ss., in specie pp. 73-78.

20 Esula dai propositi del presente contributo l'analisi di altre tipologie di accordi mediante i quali l'UE sviluppa relazioni esterne attraverso il commercio internazionale: basti qui rammentare l'istituto del "partenariato" e gli accordi di associazione. Sui rapporti tra azione esterna e politica commerciale, cfr. A. Dimopoulos, *The Effects of the Lisbon Treaty on the Principles and Objectives of the Common Commercial Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, 2010, p. 153 ss., in specie pp. 163-165; sugli obbiettivi, le caratteristiche strutturali e gli ambiti materiali disciplinati dai vari accordi di associazione, v. E. Baroncini, S. Cafaro, C. Novi, *op. cit.*, p. 163 ss.

21 *Europa globale*, pp. 9-11.

vantaggi commerciali aggiuntivi. Il potenziale conflitto con il sistema OMC è ben presente alla Commissione che evoca "rischi potenziali per il sistema multilaterale di scambi (…). [Gli ALS] possono complicar[li], erodere il principio della non discriminazione ed escludere le economie più deboli": ma la possibilità di conflitto con gli obblighi nascenti dall'OMC sarebbe grandemente ridotta poiché la disciplina dei "nuovi" ALS dovrebbe "prevedere la liberalizzazione sostanzialmente di tutti gli scambi e andare al di là delle discipline OMC", in modo da servire "da base, e non da ostacolo, alla liberalizzazione multilaterale". Se "gestiti con attenzione", pertanto, gli ALS promuovono l'apertura e l'integrazione "[prendendo] le mosse dalle regole dell'OMC (…) [per preparare] il terreno per il successivo livello di liberalizzazione multilaterale".

Quanto ai fattori politici ed economici che secondo la Commissione devono essere considerati per avviare i necessari negoziati con i Paesi interessati, essi comprendono la potenzialità di mercato del Paese *eligible* misurata in termini di ampiezza e crescita economica, il livello di protezione di quel mercato rispetto alle esportazioni UE, l'esistenza di negoziati del potenziale *partner* commerciale con diretti competitori dell'UE. Sulla base di tali criteri, la Commissione individuava come soggetti con cui intavolare negoziati i Paesi dell'ASEAN, del MERCOSUR, il Consiglio di cooperazione del Golfo, la Russia nonché la Corea e l'India.

Nella seconda comunicazione, Europa 2020, la Commissione poneva un "forte accento sulla conclusione dei negoziati commerciali multilaterali e bilaterali in corso"[22]; mentre nel terzo documento, la comunicazione Commercio, Crescita, Affari mondiali, la Commissione valorizzava definitivamente l'approccio bilateralista al commercio internazionale ponendo quale priorità la negoziazione di nuovi ALS, caratterizzati da una disciplina molto più ampia di quella OMC, per esempio nei settori della concorrenza, appalti pubblici, servizi, investimenti, proprietà intellettuale. Su tali basi, veniva avviata un'intensa politica negoziale, tuttora in pieno svolgimento, e di cui è utile rammentare alcuni risultati raggiunti: l'Accordo con la Repubblica di Corea, in vigore dal luglio 2011[23], che costituisce il primo trattato di libero scambio di nuova generazione; l'Accordo con il Perù (concluso unitamente alla Colombia nel giugno 2012 e applicato in via provvisoria dal Perù dal marzo 2013, e dalla Colombia dall'agosto 2013)[24], e con Singapore (i cui negoziati sono stati conclusi nel dicembre 2012). Ugualmente concluso è l'Accordo commerciale

[22] V., in particolare, Europa 2020, pp. 26-27.

[23] *GUUE* L 127, 14 maggio 2011, p. 1 ss. L'Italia ha ratificato l'accordo con legge del 30 novembre 2012, n. 240, *GURI* n. 9, 11 gennaio 2013, p. 1 ss. Le due Parti contraenti hanno pure firmato un accordo quadro, *GUUE* L 20, 23 gennaio 2013, p. 1 ss., su cui v. *infra* par. 6. In argomento cfr. D. C. Horng, *Reshaping the EU's Policy in a Globalizing Economy: The Case of the EU-Korea FTA*, in *Journal of World Trade*, 2012, p. 301 ss. (in specie p. 321), secondo cui la portata dell'accordo rispetto alla clausola della nazione più favorita (MFN) è tale da aver trasformato di fatto quest'ultima in una disposizione "Least-Favoured-Nation" (LFN), residuale rispetto alla preferenza accordata in ambito UE agli accordi regionali. Sulla natura della MFN, v. E. Triggiani, *Il trattamento della nazione più favorita*, Napoli, 1984.

[24] La decisione del Consiglio, del 31 maggio 2012, relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione provvisoria dell'accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra è in *GUUE* L 354, 2 dicembre 2012, p. 1 ss. Il testo dell'accordo è *ivi* riportato a p. 3 ss.

con l'Ucraina (*Deep and Comprehensive Free Trade Agreements*), mentre tra i più importanti negoziati in corso possono menzionarsi quelli col Giappone, gli Stati Uniti (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), alcuni Paesi dell'ASEAN (Malesia, Vietnam e Thailandia), il Marocco (*Deep and Comprehensive Free Trade Agreement*), il Canada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement)*, l'India.

Tali accordi, mirando all'instaurazione di regime commerciali preferenziali, rappresentano significative deviazioni dal principio di non discriminazione, cardine del sistema OMC e incorporato nella clausola della nazione più favorita che governa l'85% degli scambi commerciali dell'UE[25]: l'incompatibilità *prima facie* tra i regimi preferenziali sanciti negli ALS e tale fondamentale principio, pertanto, impone di esaminare più analiticamente le norme poste a Marrakech, al fine di verificare se regolamentazioni in deroga al principio di non discriminazione non siano in realtà ammesse da quell'ordinamento. Tale analisi verrà condotta operando alcune preliminari precisazioni terminologiche relative agli ALS, funzionali all'inquadramento del fenomeno del c.d. "regionalismo economico".

3. Secondo la dottrina prevalente, gli ALS possono farsi rientrare nella più ampia categoria dei c.d. *Regional Trade Agreements* (RTA) ossia strumenti giuridici i cui contraenti, non necessariamente appartenenti alla stessa area geografica[26], s'impegnano a riconoscersi reciprocamente trattamenti commerciali di vantaggio; essi dovrebbero essere quindi distinti dagli Accordi preferenziali (PTA, *Preferential Trade Agreements*) in cui una delle Parti garantisce benefici commerciali in via unilaterale e senza reciprocità. Se non è agevole una definizione delle singole fattispecie d'integrazione economica regionale, probabilmente a causa dell'esteso arco temporale in cui il c.d. "fenomeno del regionalismo" si è sviluppato sin dal GATT 1947[27], possono però individuarsi almeno quattro diverse teorie dell'integrazione

[25] WTO, *European Union Trade Policy Review*, Report by the Secretariat, Doc. WT/TPR/S/248, 1° giugno 2011, p. VII. Cfr. pure WTO, *European Union Trade Policy Review*, Report by the Secretariat, Doc. WT/TPR/S/284, 28 maggio 2013, p. 9.

[26] Per J. A. Crawford, R. Fiorentino, *The Changing Landscape of Regional Trade Agreements*, WTO Discussion Paper n. 8, Geneva 2005, p. 10, invece, "traditionally, RTA formation occurred between so-called 'natural' trading partners, geographically contiguous countries with already well-established trading patterns", e solo "once a country has exhausted its strictly regional prospects, it may begin to look further afield for preferential partners". In conformità, v. T. Cottier, M. Foltea, *Constitutional Functions of the WTO and Regional Trade Agreements*, in L. Bartels, F. Ortino (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, 2006, p. 44, nota 1, secondo i quali "the term RTA should be used only if some geographical proximity or contiguity between the parties to the agreement exist (…)". Com'è noto, costituiscono altrettanti esempi di RTA la CE, il NAFTA, l'EFTA, l'ASEAN per non citarne che alcuni tra i più noti.

[27] Non è questa la sede per analizzare compiutamente le diverse fasi storiche corrispondenti, con ampia generalizzazione, ad altrettante epoche del regionalismo economico, e su cui si rinvia, a R. Senti, *Regional Trade Agreements in the World Trade Order*, in *European Yearbook of International Law*, 2010, p. 227 ss. Secondo il WTO, *The WTO and Preferential Trade Agreements: from Co-existence to Coherence*, Geneva, 2011, www.wto.org, p. 53, nell'ultimo decennio si sarebbe affermata una nuova "ondata" di regionalismo ispirata essenzialmente da USA e CE con l'importante partecipazione di Stati asiatici (Giappone, Corea, Singapore, India, Cina) tradizionali sostenitori del multilateralismo che "encompasses countries at different levels of economic development – including 'developed-developed', 'developing-developing', and 'developed-developing alliances'". Per un commento a tale documento, v. l'Editoriale *Preferential Trade Agreements: The WTO Speaks…Again*, in *Legal Issues of Economic*

economica associate ad altrettante rappresentazioni del fenomeno. Secondo una *prima ricostruzione teorica*, gli accordi in parola si distinguerebbero solo in funzione dell'*ambito di operatività* e del *livello di approfondimento* del vincolo associativo tra i contraenti. Sarebbe così possibile distinguere la zona di libero scambio (in cui non esistono tariffe tra i Membri aderenti), l'unione doganale (all'interno della quale i Membri istituiscono un'unica tariffa doganale verso l'esterno), il mercato comune (i cui Membri nei rispettivi territori consentono la libera circolazione dei fattori di produzione), l'unione monetaria (caratterizzata dall'impiego di un'unica valuta) e quella economica (in cui è previsto il coordinamento tra talune politiche economiche o fiscali)[28]. Per un *secondo approccio teorico*, poiché i modelli sopraindicati non si realizzerebbero mai in forma integrale a causa dell'operare di elementi di varia natura (ad es., grado di sviluppo dei Paesi coinvolti, rapporto tra prospettive economiche e relazioni politiche tra i Paesi aderenti), una valutazione giuridicamente unitaria del fenomeno è pressoché impossibile[29]. Secondo una *terza ricostruzione dottrinale*, sviluppatasi segnatamente alla luce dell'esperienza della CE e degli accordi conclusi da essa, ma generalizzabile, gli RTA andrebbero distinti in funzione del loro "broad purpose and policy context" colto in funzione del duplice ed eventualmente alternativo obiettivo dell'approfondimento dei legami economici ovvero dell'ampliamento della sfera di applicazione degli stessi[30]. Una *quarta ricostruzione dottrinale* distingue gli RTA in funzione delle seguenti caratteristiche dei Paesi partecipanti e dell'accordo: livello di sviluppo; localizzazione geografica; tipologia dell'accordo (bilaterale, multilaterale o interregionale); tipologia del vincolo economico (es.: accordo di libero scambio, unione doganale); tipologia dell'oggetto disciplinato (liberalizzazione del mercato dei beni, etc.)[31].

Il fenomeno delle integrazioni economiche regionali è essenzialmente disciplinato nel diritto OMC agli articoli XXIV del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) 1947 (per quanto riguarda gli scambi di beni), V dell'accordo GATS (*General Agreement on Trade in Services*, relativo agli scambi di servizi), e dalla c.d. *Enabling Clause* (ossia la decisione con cui le Parti contraenti nel 1979 riconoscevano la legittimità di un regime commerciale preferenziale concesso tra PVS)[32], consentendo una deroga all'operatività di uno dei principi base del multilateralismo, il trattamento della nazione più favorita[33]. L'ordinamento giuridico dell'OMC ha

Integration, 2011, p. 291 ss. Sul problema del rapporto tra regionalismo in generale e universalismo in diritto internazionale, cfr. P. Fois, *Sulle pretese novità del regionalismo internazionale contemporaneo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 5 ss.

28 Vedi B. Balassa, *The Theory of Economic Integration*, London, 1962, pp. 1-3.

29 P. Picone, A. Ligustro, *op. cit.*, pp. 499-501.

30 M. Cremona, *The European Union and Regional Trade Agreements*, in *European Yearbook of International Law*, 2010, p. 245 ss. (in specie pp. 247-249).

31 WTO, *op. cit.*, p. 54.

32 L/4903, *Differential and More Favourable Treatment Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*, 28 novembre 1979.

33 Sul punto, v. in generale G. Sacerdoti, S. Alessandrini, *Regionalismo economico e sistema globale degli scambi*, Milano, 1994; E. Triggiani, *La disciplina del commercio internazionale tra multilateralismo e regionalismo*, in Società italiana di diritto internazionale, *Diritto e Organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Atti del II convegno (Milano, 5-6 giugno 1997), Napoli, 1998, p. 237 ss.; R. Buckley, V. I. Lo, L. Bulle

previsto altresì una procedura di controllo della conformità delle intese regionali rispetto al sistema di Marrakech, al fine di assicurarne la piena compatibilità con esso[34].

Limitando la trattazione alle sole intese regionali relative allo scambio di beni[35] e, quindi, all'art. XXIV GATT 1947, la norma permette la creazione degli accordi regionali ivi contemplati (unioni doganali e zone di libero scambio) al fine di facilitare il commercio tra gli aderenti, ma senza che ciò comporti un ostacolo a quello tra le altre parti contraenti del GATT e i territori aderenti all'accordo (par. 4), e a condizione che i dazi e le restrizioni tra gli Stati vengano rimossi "per l'essenziale degli scambi commerciali" (*substantially all the trade)* tra i territori coinvolti, o per l'essenziale degli scambi relativi ai prodotti originari di tali territori, nel caso della costituzione di una zona di libero scambio (par. 8). La disposizione vieta, inoltre, l'inasprimento della protezione doganale verso l'esterno rispetto ai livelli preesistenti all'accordo (par. 5). E se rilevanti appaiono gli obblighi procedurali di cui al par. 7, che prevedono in capo agli Stati aderenti l'obbligo di notificare alle Parti Contraenti OMC l'accordo per consentire loro di adottare (eventualmente) delle raccomandazioni, giova rammentare che l'*Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the General Agreement on Tariff and Trade 1994* stabilisce la competenza del sistema di soluzione delle controversie OMC per ogni questione relativa all'applicazione dell'art. XXIV (par. 12): ciò cristallizza l'esistenza di due tipi di controllo

(eds.) *Challenges to Multilateral Trade: the Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements*, Alphen aan der Rijn, 2008; H. Gherari, *Organisation Mondiale du Commerce et accords commerciaux régionaux. Le bilatéralisme conquérant ou le nouveau visage du commerce international*, in *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 255 ss.; A. Fabbricotti, *Gli accordi di integrazione economica regionale e il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Roma, 2009; K. Bagwell, P. Mavroidis (eds.), *Preferential Trade Agreements: A Law and Economics Analysis*, Cambridge, 2011.

[34] Non è questa la sede per affrontare il problema del rapporto tra ordinamento "generale" (OMC) e ordinamenti "parziali" (RTA) nell'ottica di un eventuale conflitto tra disposizioni pattizie. Sul punto, si rinvia a A. Fabbricotti, *The Interplay Between the WTO and the RTA: Is it a Question of Interrelation Between Different Sources of International Law?*, Society of International Economic Law, working paper, 2008, www.ssrn.com. Secondo l'autore, il modello normativo più appropriato per definire la relazione giuridica tra OMC e RTA non è di tipo "verticale" (ossia, dettato dalle norme OMC che prescrivono a quali condizioni un RTA possa validamente formarsi), ma piuttosto "*bottom-down*" tale da consentire a ogni RTA di determinare in via autonoma "the degree of their adherence to WTO law, through their concrete behaviour" (p. 25). Verrebbe così a instaurarsi una relazione "variable geometry", piuttosto che gerarchica, (A. Fabbricotti, *The Paradox of Multilateralizing Regionalism Through Flexibility*, in *ASIL Proceedings*, 2009, p. 119 ss., in specie p. 120 s.), tale da comportare un'attenuazione della portata della clausola della nazione più favorita e, più in generale, della natura universale dell'OMC (A. Fabbricotti, *Universalisme et régionalisme dans le domaine des échanges commerciaux internationaux*, in J. Crawford, S. Nouwen (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Oxford, 2010, pp. 301-310, in specie p. 309.

[35] Non è comunque possibile non evocare, seppur in modo estremamente sintetico, i principali profili della disciplina predisposta dall'art. V GATS, qui colti in ragione delle loro differenze rispetto all'art. XXIV. La norma non distingue tra zone di libero scambio e unioni doganali, richiede che le integrazioni regionali da essa contemplate coprano un numero sostanziale di settori (*substantial sectorial coverage*) (par. 1) e non comportino, nei confronti di Stati terzi, un aumento degli ostacoli agli scambi di servizi rispetto a quelli preesistenti all'accordo (par. 4). Per quanto riguarda il controllo di conformità di tali accordi con l'OMC, nonché l'analisi degli accordi regionali preferenziali stipulati tra PVS e soggetti alla *enabling clause*, si rinvia a P. Picone, A. Ligustro, *op. cit.*, pp. 521-526.

sul rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali degli RTA, l'uno dei quali di natura "quasi giurisdizionale" o "quasi arbitrale", mentre l'altro di natura "politica" è affidato ad organi in cui sono rappresentati gli Stati membri OMC[36]. Nessuno dei due, però, alla prova dei fatti ha svolto al meglio il compito di verifica: per quanto riguarda il controllo "politico", effettuato dal *Council for Trade in Goods* (l'organo incaricato di ricevere le notifiche *ex* par. 7) e soprattutto dal *Committee on Regional Trade Agreements* (che decide per *consensus*)[37], finora non è mai stata adottata una decisione sulla compatibilità degli RTA con il diritto OMC. Ed è anche nel tentativo di modificare l'art. XXIV che la Dichiarazione di Doha (par. 29) impegna le Parti a condurre "negotiations aimed at clarifying and improving disciplines and procedures (…) applying to regional trade agreements (…)", sfociate nell'adozione da parte del Consiglio Generale di una decisione[38] con cui si predispone il *Transparency Mechanism for Regional Trade*. Con questo meccanismo, s'instaura una procedura di pronta informazione (*Early Announcement*) di ogni progetto di accordo, della sua conclusione o di modifiche ad accordi già in vigore, tuttavia sfornito di sanzione in caso d'inosservanza[39].

Per quanto attiene invece al controllo giurisdizionale, reso teoricamente possibile grazie al già richiamato par. 12 dell'*Understanding on the Interpretation of Article XXIV*, esso dovrebbe esplicarsi tanto rispetto alla compatibilità di un RTA con l'OMC che avuto riguardo a singole misure attuate nell'ambito di accordi regionali di cui la parte convenuta sosterrà la compatibilità con l'OMC invocando l'art. XXIV. Ma come è stato sottolineato in dottrina, i Membri OMC sembrano volere astenersi dal ricorrere ai meccanismi contenziosi per ottenere dal DSB pronunce circa la compatibilità di un RTA con gli accordi multilaterali[40].

---

36 *Ivi*, p. 509.

37 A. Tevini, *Article XXIV GATT 1994*, in R. Wolfrum, P. T. Stoll, K. Kaiser (eds.), *WTO Institutions and Dispute Settlement*, Leiden-Boston, 2006, p. 211 ss.

38 WT/L/671, 18 dicembre 2006. È possibile ritenere che dalla volontà dei Membri OMC di predisporre tale meccanismo rafforzativo delle modalità di controllo, quale autorevole manifestazione di *opinio*, possa dedursi implicitamente il convincimento che pratiche statali inosservanti dei presupposti materiali e procedurali sanciti dall'art. XXIV debbano essere considerate come una violazione di tale norma e non, come sostenuto in dottrina, la prova dell'esistenza di una consuetudine che ammetta, attraverso un'eccezione ai principi multilaterali, la piena libertà di stipulare accordi regionali. Così L. Zoppo, *La soluzione delle controversie commerciali tra Stati tra multilateralismo e regionalismo*, Napoli, 2013, p. 78 ss.

39 Per una valutazione della procedura v. A. Fabbricotti, *Gli accordi*, cit., pp. 103-105; J. A. Crawford, *A New Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements*, in *Singapore Yearbook of International Law*, 2007, p. 133 ss.; J. A. Crawford, C. L. Lim, *Cast Light and Evil Will Go Away: The Transparency Mechanism for Regulating RTA Three Years After*, in *Journal of World Trade*, 2011, p. 375 ss.

40 A tutt'oggi, l'Organo d'appello OMC ha avuto modo di pronunciarsi su taluni tra i più importanti profili di compatibilità tra RTA e OMC solo nel noto caso *Turkey Textiles*, Doc. WT/DS34/AB/R, 22 ottobre 1999, originato dalle contestazioni indiane circa alcune misure restrittive dei propri prodotti tessili adottate dalla Turchia, da essa ritenute necessarie al perseguimento del fine della costituzione di un'unione doganale con la CE e giustificate in quanto conformi all'art. XXIV GATT. Sulle motivazioni che indurrebbero gli Stati a non ricorrere al meccanismo contenzioso, si rinvia a P. Mavroidis, *If I Don't Do It, Somebody Else Will (or Won't): Testing the Compliance of Preferential Trade Agreements with the Multilateral Rules*, in *Journal of World Trade*, 2006, p. 187 ss.; J. Pauwelyn, *Legal Avenues to "Multilateralizing Regionalism": Beyond Article XXIV*, Centre for Economic Policy Research, Geneva,

4. Se in sede OMC l'aumento esponenziale del numero degli ALS è osservato con preoccupazione[41], la dottrina s'interroga da tempo sulle motivazioni che possono indurre gli Stati a stipulare tali accordi. Le questioni maggiormente dibattute riguardano gli eventuali benefici aggiuntivi rispetto a quelli che conseguono dalla esclusiva partecipazione all'OMC, e la "coesistenza competitiva" di tali accordi con l'ordinamento OMC.

Per ciò che concerne il primo profilo, la decisione degli Stati di concludere ALS deviando dal principio di non discriminazione sancito dalla clausola della nazione più favorita, è assunta sulla base di considerazioni d'ordine tanto politico che economico.

Tra le motivazioni d'ordine politico può essere citata l'aspirazione all'instaurazione di forme tendenzialmente "complete" di unione politica in conseguenza dell'integrazione dei mercati[42], come pure a stimolare o rafforzare presso le controparti l'adesione a valori non strettamente commerciali ma politicamente "sensibili" (tutela dei diritti dell'uomo, dell'ambiente etc.)[43].

Circa il profilo economico, invece, vengono in rilievo la volontà di escludere gli effetti di politiche c.d. *beggar the neighbour* ("affama il vicino") attraverso azioni di tipo cooperativo[44]; acquistare credibilità nel lungo periodo vincolandosi con accordo a politiche di apertura al commercio estero che limitino la discrezionalità nel ricorrere a pratiche protezioniste[45]; stimolare le proprie aziende a sviluppare economie di scala attraverso l'ampliamento dei mercati di sbocco; attrarre investimenti esteri diretti. Connesso a tale aspetto, è quello della valutazione degli eventuali benefici economici[46], su cui la dottrina è divisa. Secondo alcuni autori, infatti, vantaggi conseguenti alla riduzione delle tariffe possono essere individuati nell'aumentata

---

2007, www.wto.org; S. Shadikhodjaev, *Checking RTA Compatibility with Global Trade Rules. WTO Litigation Practice and Implications from the Transparency Mechanism for RTA*, in *Journal of World Trade*, 2011, p. 529 ss.

41 Così l'ex Direttore generale dell'OMC, Lamy, nel suo discorso inaugurale della Conferenza *Multilateralizing Regionalism*, Ginevra, 10 dicembre 2007: "(…) proliferation (of RTA) is breeding concern – concern about incoherence, confusion, exponential increase of costs for business, unpredictability and even unfairness in trade relations" www.wto.org, v. dello stesso autore il discorso contenuto nel comunicato WTO *Lamy warns rise of regional trade agreements could lead to policy fragmentation*, 20 settembre 2012, www.wto.org.

42 B. Hoekman, M. Kostecki, *The Political Economy of the World Trading System. The WTO and Beyond*, New York, 2009, III ed., p. 479 s.

43 Per J. A. Crawford, R. Fiorentino, *op. cit.*, p. 12, tali considerazioni assumono un rilievo maggiore se rapportate ai PVS, la cui partecipazione a un ALS può rappresentare un'opportunità di apertura del mercato alle pressioni competitive, e di avviare riforme interne nel senso della trasparenza delle istituzioni di governo.

44 K. Bagwell, R. W. Staiger, *Will Preferential Agreements Undermine the Multilateral Trading System?*, in *Economic Journal*, 1998, p. 1162 ss. (in specie pp. 1175-1180). In conformità, v. M. Jacobs, *The Offensive Power of Regional Trade Agreements*, in *Journal of World Trade*, 2010, p. 767 ss. (in specie pp. 772-774).

45 M. K. Tang, S. J. Wei, *The Value of Making Commitments Externally: Evidence from WTO Accessions*, in *Journal of International Economics*, 2009, p. 216 ss. (in specie p. 222 s.).

46 In generale, cfr. V. D. Do, W. Watson, *Economic Analysis of Regional Trade Agreements*, in L. Bartels, F. Ortino (eds.), *op. cit.*, p. 7 ss.; C. Damro, *The Political Economy of Regional Trade Agreements*, *ivi*, p. 23 ss.; K. Saggi, H. M. Yildiz, *Bilateralism, Multilateralism and the Quest for Global Free Trade*, in *Journal of International Economics*, 2010, p. 26 ss.

dimensione del mercato, conseguente all'abbattimento delle barriere doganali, con possibilità d'ingresso di nuovi attori economici, specializzazione produttiva e differenziazioni nell'offerta dei beni[47]. Secondo altra parte della dottrina, non esistono dati certi in ordine alla sussistenza di benefici economici, soprattutto quando i sistemi produttivi dei Paesi coinvolti non siano complementari o geograficamente prossimi[48], o quando i rispettivi ordinamenti siano caratterizzati da asimmetria politico-economica[49]. Secondo alcuni autori, inoltre, l'insieme di ALS (ognuno dei quali prevede proprie norme sull'origine dei prodotti necessarie a garantire il trattamento economicamente più vantaggioso rispetto agli Stati terzi), costituisce una *spaghetti-bowl* che rende più oneroso lo scambio di beni e servizi, a causa della sovrapposizione di diversi regimi amministrativi fonte di costi di transazione esterni all'accordo[50]. In altri termini, i flussi commerciali generati dalla *trade creation* non sono necessariamente più ampi di quelli conseguenti alla *trade diversion*[51] e gli ALS costituiscono meri *building blocks* piuttosto che *stumbling blocks* funzionando quindi da deterrente piuttosto che come incentivo all'abbattimento delle tariffe doganali[52].

---

47 R. Baldwin, C. Wyplosz, *The Economics of European Integration*, New York, 2009, III ed., p. 402; P. Mavroidis, *WTO and PTA: A Preference for Multilateralism*? (*or, the Dog That Tried to Stop the Bus*), in *Journal of World Trade*, 2010, p. 1145 ss. (in specie p. 1146).

48 Così D. Gantz, *Regional Trade Agreements. Law Policy and Practice*, Durham, 2009, pp. 20-23 In generale, cfr. J. Bhagwati, *Termites in the Trade System: How Preferential Agreements Undermine Free Trade*, New York, 2008.

49 Cfr. J. Bhagwati, A. Panagariya, *Preferential Trading Areas and Multilateralism-Strangers, Friends or Foes?*, in J. Bhagwati, A. Panagariya (eds.), *The Economics of Preferential Trade Agreements*, Washington D.C., 1996, pp. 7-27; J. Schott, *Free Trade Agreements: Boon or Bane of the World Trade System?*, in J. Schott (ed.), *Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities*, Washington D.C., 2004, p. 16; S. Cho, *Defragmenting World Trade*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2006, p. 39 ss. (in specie p. 49).

50 J. Bhagwati, *U.S. Trade Policy: The Infatuation with Free Trade Agreements*, Columbia University Department of Economics, discussion paper, academiccommons.columbia.edu, 1995, pp. 11-15. Per R. Baldwin, *Multilateralizing Regionalism. Spaghetti Bowls as Building Blocks on the Path to Global Free Trade*, in *The World Economy*, 2006, p. 1451 ss., invece, sarebbe possibile pervenire attraverso una progressive "*multilateralization of FTA*" ad un'ampia area d'interscambio senza barriere tariffarie (p. 1454).

51 Nella classica analisi offerta da J. Viner, *The Customs Union Issue*, New York, 1950, p. 44, mentre un ALS dovrebbe portare ad un incremento del volume del commercio di beni tra i Paesi aderenti determinato dall'eliminazione delle barriere tariffarie tra essi, i Paesi non membri registreranno una riduzione delle esportazioni nei mercati dei Membri dell'ALS e del prezzo dei loro beni all'esportazione. Si ha *trade creation*, quindi, se dall'apertura dei mercati intra-area settori produttivi relativamente meno efficienti vengono sostituiti da produzioni più efficienti, con conseguenti guadagni in termini di *welfare* complessivo. Ma allo stesso tempo, un RTA può portare a diminuzioni di beni importati da Stati non membri relativamente più efficienti: in questo caso si ha *trade diversion* (p. 44). Tale impostazione è stata recentemente definita "incomplete and rather confusing" da L. A. Winters, *Preferential Trade Agreements: Friend or Foe?*, in K. Bagwell, P. Mavroidis (eds.), *op. cit*., p. 7 ss. (in specie p. 8 s.), in quanto basata sulla valutazione esclusiva della dotazione dei fattori di produzione e la loro produttività, trascurando altri determinanti della crescita economica, quali la differenziazione dei prodotti e le economie di scala. Per una critica al modello di Viner basato sugli aspetti "trade-diverting", v. invece R. Baldwin, C. Wyplosz, *op. cit*., p. 171.

52 J. Bhagwati, *Regionalism and Multilateralism: An Overview*, in J. De Melo, A. Panagariya (eds.), *New Dimensions in Regional Integration*, Cambridge, 1993, p. 22 ss. (in specie pp. 33-35).

Quanto alla "coesistenza competitiva" degli ALS con l'ordinamento OMC, se è vero che sottoporre a disciplina normativa ambiti materiali finora non coperti dall'OMC (i c.d. WTO-X) completa le lacune di questo ordinamento, e ne incentiva indirettamente l'ampliamento delle aree negoziali[53], in dottrina sono stati avanzati timori che dalla coesistenza di norme "regionali" con norme "universali" possano derivare un indebolimento del sistema OMC[54] e un nuovo modello di *governance* multilaterale[55]. Tali preoccupazioni, tuttavia, non sono condivise dalla Commissione europea, che in una recente comunicazione ha ritenuto perfettamente compatibili gli impegni dell'UE in quanto membro OMC, e quelli derivanti dalla conclusione di ALS[56]. Alla luce di tali considerazioni, sembra ragionevole ritenere che gli Stati orientino la propria condotta verso una sorta di modello *à la carte* che ammette la coesistenza dei due modelli, multilaterale e "regionale", cui ricorrere di volta in volta in funzione del più efficace soddisfacimento dei propri interessi commerciali. Tale fenomeno, in piena evoluzione, può tuttavia comportare una frammentazione delle relazioni economiche internazionali, cui eventualmente rimediare in sede istituzionale, anche attraverso una riforma dell'OMC[57].

5. Nelle citate comunicazioni della Commissione vengono evidenziati i nessi esistenti tra commercio internazionale, sviluppo sostenibile e tutela dei diritti umani e analizzato il ruolo che gli ALS possono svolgere nel fondare un commercio "libero ed equo"[58]. Se ci si domanda quale disciplina normativa sia stata riservata a tali pro-

---

53 *Contra*, H. Horn, P. Mavroidis, A. Sapir, *Beyond the WTO? An Anatomy of EU and US Preferential Trade Agreements*, Bruegel, 2009, pp. 20-29.

54 Si vedano, oltre a OECD, *Consolidated Report. Regional Trade Agreements and the Multilateral Trading System*, Doc. TD/TC(2002)8/FINAL, 2002, pp. 19-20, e OECD, *Policy Brief Regionalism and the Multilateral Trading System. The Role of Regional Trade Agreements*, www.oecd.org, p. 5 s., F. Abbott, *A New Dominant Trade Species Emerges: Is Bilateralism a Threat?*, in *Journal of International Economic Law*, 2007, p. 571 ss.; R. Leal-Arcas, *Proliferation of Regional Trade Agreements: Complementing or Supplanting Multilateralism?*, Queen Mary University of London, Legal Studies Research Paper no. 78, 2011, p. 627 ss.; J. Chaisse, M. Matsushita, *Maintaining the WTO's Supremacy in the International Trade Order: A Proposal To Refine and Revise the Role of the Trade Policy Review Mechanism*, in *Journal of International Economic Law*, 2013, p. 9. ss.

55 Per J. Bhagwati, *The Broken Legs of Global Trade*, www.project-syndicate.org, il carattere "unequal" degli RTA e le "asymmetries of power" che li caratterizzano si riverberano anche sui sistemi di soluzione delle controversie ivi previsti.

56 Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, del 27 gennaio 2012, Commercio, crescita e sviluppo. Ripensare le politiche commerciali e d'investimento per i paesi più bisognosi, COM(2012)22 def.

57 Cfr., le proposte avanzate nel Discussion paper *Multilateralism in the Midst of the Rising Tide of Bilateral and Regional Trade Pacts*, presentato da L. Heber nella sessione 2011 della *Parliamentary Conference on the WTO*, organizzata congiuntamente dall'Unione interparlamentare e dal Parlamento europeo, Ginevra, 2011, Doc. PC-WTO/2011/2(a)-R.1.

58 Sul punto, è utile la lettura dello Studio predisposto dalla Direzione generale per le relazioni esterne UE, *An Analysis of the Relative Effectiveness of Social and Environmental Norms in Free Trade Agreements*, 2009, www.europarl.europa.eu. Cfr., però, L. Bartels *Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper n. 24/2012, www.law.cam.ac.uk, sui rischi di un approccio che tutelando in modo diverso diritti umani e principi democratici, da un lato, e *standards* ambientali dall'altro, può compromettere l'obbligo dell'Unione europea di rispettare l'indivisibilità dei diritti umani (pp. 16-19).

blematiche in alcuni strumenti negoziali di ultima generazione recentemente conclusi, ossia i citati Accordi con la Corea e con il Perù e la Colombia, è agevole constatare come il legislatore dell'Unione, su impulso del Parlamento[59], attribuisca al commercio internazionale una funzione specifica: quella di favorire l'obiettivo dello sviluppo sostenibile[60], da perseguire anche attraverso un meccanismo istituzionale e di monitoraggio costituito da organi di diversa origine e composizione, rafforzato, in caso di controversia relativa all'interpretazione e all'applicazione delle disposizioni sullo sviluppo sostenibile, da una procedura di tipo diplomatico[61]. Se la previsione di un meccanismo *ad hoc* di risoluzione delle dispute, sottratto all'operare delle norme destinate a risolvere le controversie nascenti dall'interpretazione e dall'applicazione dei due Accordi[62], costituisce uno degli elementi qualificanti dei due strumenti, è agevole constatare come le norme che ne prevedono il funzionamento si discostino significativamente da quanto il Parlamento europeo auspica in tema di rapporto tra commercio e ambiente in alcune sue recenti risoluzioni, in cui si prospetta l'opportunità d'inserire negli ALS "studi d'impatto" soggetti a monitoraggio continuo da parte della società civile, rafforzato attraverso una "procedura di reclamo" in cui un organo "indipendente" possa comminare sanzioni sotto forma di ammende e sospensione dei benefici commerciali in caso di "grave violazione" delle norme in materia ambientale[63].

---

59 V., ad es., la risoluzione, 7 luglio 2011, Politiche esterne dell'UE in favore della democratizzazione, doc. P7_TA (2011)334, in cui questa istituzione domanda alla Commissione un "calendario specifico" degli impegni in materia di sviluppo sostenibile (par. 12) e, in dottrina, v. il commento di E. Nalin, *Relazioni esterne dell'Unione europea e democratizzazione*, in *Sud in Europa*, 2011, n. 2, www.sudineuropa.net.

60 Accordo con la Corea, preambolo, 5° e 11° 'considerando'; Accordo con il Perù/Colombia, preambolo, 6° 'considerando', e art. 4, lett. j).

61 I due Accordi prevedono, infatti, l'istituzione di un Comitato per il Commercio e lo sviluppo sostenibile; di Punti di contatto nazionali; di Gruppi consultivi composti da esponenti della Società civile riuniti in *forum* (articoli da 13, par. 1, a 13, par. 13, dell'Accordo con la Corea; articoli da 280 a 282 dell'Accordo con il Perù/Colombia). Il procedimento di soluzione delle controversie in materia ambientale prevede, essenzialmente, lo svolgimento di consultazioni governative e, in caso di esito negativo, la costituzione di un Gruppo di esperti indipendenti incaricato di formulare pareri o raccomandazioni, la cui implementazione è sorvegliata dal Comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile (articoli 13, par. 14, e 13, par. 15, dell'Accordo con la Corea; articoli da 283 a 285 dell'Accordo col Perù/Colombia).

62 Cfr. gli articoli 13, par. 16, dell'Accordo con la Corea e 285, par. 5, dell'Accordo con il Perù/Colombia. Quanto alle disposizioni in tema di soluzione delle controversie previste dai due Accordi, esse sono contenute nel capo XIV (Accordo con la Corea) e nel titolo XII dell'Accordo col Perù/Colombia. Alcuni profili dei sistemi da esse predisposte saranno analizzati *infra* nel testo.

63 V. le risoluzioni Diritti umani e norme sociali e ambientali negli accordi commerciali internazionali, 25 novembre 2010, doc. P7_TA (2010)434; Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2011 e la politica dell'Unione europea in materia, 13 dicembre 2012, doc. P7_TA (2012)503; Revisione della strategia dell'UE in materia di diritti umani, 13 dicembre 2012, doc. P7_TA(2012)504; Diritti umani nel mondo nel 2010 e la politica dell'Unione europea in materia, comprese le conseguenze per la politica strategica dell'UE in materia di diritti umani, 18 aprile 2012, doc. P7_TA(2012)126. Le proposte del Parlamento si prestano a mio avviso ad alcune osservazioni critiche. Non appare definita, anzitutto, la natura della procedura, per quanto il meccanismo appaia di natura quasi giurisdizionale; inoltre, non risulta chiaro il limite oltre il quale la violazione delle norme ambientali debba essere considerata "grave", il che rappresenta un elemento di forte debolezza considerata la previsione di due distinte tipologie di sanzioni (ammenda e sospensione dai benefici commerciali) che richiede grande precisione nell'individuazione dell'infrazione. Sarebbe stata forse utile la previsione nella proposta del PE di programmi di assistenza tecnica, trasferimenti di tecnologia o adeguate misure di accompagnamento finalizzate ad agevolare l'esecuzione delle disposizioni in materia ambientale.

Il rinnovato protagonismo di questa istituzione, conseguenza delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, si manifesta anche rispetto al secondo profilo oggetto di esame in questa parte del nostro contributo, ossia la disciplina prevista nei due ALS sulla tutela dei diritti fondamentali della persona umana. In tale contesto, viene in rilievo lo strumento della c.d. "clausola democratica", che ha storicamente consentito alla Comunità di attuare la propria politica di sostegno a Paesi terzi realizzando una vera e propria "pattuita ingerenza"[64] negli affari interni dello Stato beneficiario volta all'accertamento del rispetto da parte di questo dei principi democratici e dei diritti dell'uomo. A riguardo, giova preliminarmente ripercorrere per sommi capi le fasi principali dell'evoluzione di questo importante strumento normativo. Se nella prassi meno recente della Comunità il rispetto dei diritti umani era concepito quale fattore "fondamentale" di sviluppo[65], a partire dal 1992 una vera e propria "clausola democratica" comincia a essere inserita negli accordi internazionali, in una formulazione che prevede che il rispetto dei diritti umani e dei principi democratici costituisca un "elemento essenziale" dell'accordo la cui grave violazione avrebbe consentito alla Comunità di adottare misure restrittive[66]. L'impiego della "clausola democratica" negli ALS è stato evocato in recenti prese di posizione di organi e istituzioni dell'UE[67] e, tra questi, merita di essere riportata più analitica-

---

64 Così P. A. Pillitu, *La tutela dei diritti dell'uomo e dei principi democratici nelle relazioni della Comunità e dell'Unione europea con gli Stati ACP*, Torino, 2003, pp. 46-47.

65 Sul richiamo al rispetto dei principi democratici e dei diritti dell'uomo negli accordi tra la Comunità e i Paesi terzi (comunicazione della Commissione, del 23 maggio 1995, COM(95)216 def., par. 7). Sulla competenza della CE ad includere clausole sui diritti umani nell'ambito della cooperazione allo sviluppo, E. Cannizzaro, *Le relazioni esterne della Comunità dopo il Trattato di Nizza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 182 ss.

66 COM(95)216 def., pp. 8-9: "it allows the parties to regard serious and persistent human rights violations and serious interruptions of democratic process as a material breach of the agreement in line with the Vienna Convention, constituting grounds for suspending the application of the agreement in whole or in part (…)". Secondo la risoluzione 14 febbraio 2006, Clausola relativa ai diritti dell'uomo e alla democrazia negli accordi dell'Unione europea, doc. P6_TA(2006)56, la c.d. "clausola democratica" costituisce un "elemento essenziale" della sua politica esterna che nelle rispettive proiezioni (politica, economica e commerciale), dovrebbe promuovere e fondarsi essa stessa sui principi democratici e dello stato di diritto, sul buon governo e il rispetto dei diritti umani (preambolo, paragrafi F e G dei 'considerando'). L'esempio storicamente più noto di clausola democratica è forse rappresentato dagli articoli 9 e 96 dell'Accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000, *GUCE* L 317, 15 dicembre 2000, p. 3 ss. Sull'evoluzione concettuale e normativa della clausola, v. C. Zanghì, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 376.

67 Cfr. il parere della Commissione per lo sviluppo alla Commissione esteri del Parlamento, del 23 gennaio 2013, *Impatto della crisi economica e sociale sui diritti umani*, doc. 2012/2136 INI: ("insiste affinché la Commissione e gli Stati membri facciano sì che i diritti umani siano realmente protetti nel contesto di qualsivoglia accordo commerciale e di investimenti concluso o rivisto, includendo clausole relative ai diritti umani vincolanti e non negoziabili; sottolinea pertanto che gli Stati membri non devono essere indotti a concludere accordi che limitano la loro capacità di rispettare gli impegni assunti in materia di diritti umani spinti dal desiderio di ottenere l'accesso a mercati di esportazione o di attrarre investitori; insiste affinché la Commissione conduca sistematiche valutazioni di impatto sui diritti umani degli accordi commerciali e di investimento per contribuire a garantire l'effettivo rispetto dei diritti umani") (par. 23); nonché la comunicazione congiunta dell'Alto Rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza al Parlamento europeo e al Consiglio, del 12 dicembre 2011, Diritti umani e Democrazia al centro dell'azione esterna dell'Unione europea – Verso un approccio più efficace, COM(2011)886 def., p. 11.

mente quella del Parlamento europeo. Questa istituzione, deplorando la "mancanza di trasparenza nei negoziati internazionali, nonché l'assenza di rispetto, di protezione e di promozione adeguati dei diritti fondamentali"[68], ha invitato la Commissione a definire una sorta di "clausola tipo" da inserire negli ALS che opererebbe un rinvio a tutti gli obblighi internazionali in materia in vigore per le parti, e che preveda in caso di controversia tra l'Unione e il Paese beneficiario consultazioni tra le parti: qualora l'esito di tali consultazioni non fosse soddisfacente, la clausola dovrebbe prevedere l'operatività di "meccanismi politici e giuridici" a garanzia della correttezza della richiesta di sospensione da parte dell'UE dell'ALS per violazioni "sistematiche o ripetute dei diritti umani in contrasto col diritto internazionale"[69].

Se si passa ora all'analisi del trattamento riservato nei due ALS alla problematica della dignità umana e al ruolo della "clausola democratica", si constaterà una certa diversità di approccio tra i due strumenti negoziali. L'Accordo quadro con la Corea prevede all'art. 1 ("Fondamento e campo d'applicazione") che per le parti il rispetto dei diritti umani e dei principi democratici costituisca un "elemento fondamentale"; un'eventuale controversia in materia dovrebbe essere risolta nell'ambito di un dialogo politico regolare tra le due parti, facilitato dalla creazione di un Comitato misto incaricato di approfondire la questione fungendo anche da conciliatore (articoli 2, 3, 44 e 45); tuttavia, qualora una parte contraente abbia violato i principi sui diritti fondamentali, l'altra parte dispone del diritto di adottare misure conformi al diritto internazionale generale (art. 45, par. 3), il cui fondamento potrà essere esaminato da un apposito collegio arbitrale che pronuncia decisioni vincolanti (art. 46). Sembra quindi di potere sostenere che il contenuto delle citate risoluzioni del Parlamento europeo sia stato recepito pressoché integralmente dall'ALS con la Corea. Ma *quid* della disciplina contenuta nell'ALS con il Perù e la Colombia? Diversamente dall'Accordo con la Corea, secondo l'art. 1 del Trattato ("Principi generali") il rispetto dei diritti umani fondamentali costituisce ora un "elemento essenziale" dell'Accordo stesso: ciò comporta, come conseguenza, che in caso di violazione, la parte non inadempiente avrà il diritto, fatto salvo il previo esperimento dei meccanismi di dialogo politico esistenti, di adottare in conformità al diritto internazionale generale misure sospensive dell'efficacia dell'accordo (art. 8, par. 3). Tale diverso trattamento riservato ai diritti fondamentali nei due strumenti negoziali appare difficilmente giustificabile, a meno di non voler ammettere che l'Unione europea abbia imposto una disciplina più onerosa ai due Paesi sudamericani i cui sistemi giuridici sono forse ritenuti molto più distanti rispetto a quello coreano.

Gli Accordi con la Corea e il Perù/Colombia contengono infine, come si è avuto modo di accennare, norme molto dettagliate sulla risoluzione delle controversie nascenti dalla loro interpretazione e applicazione che mirano a favorire l'accordo tra le parti "in ogni momento della procedura"[70]. Le disposizioni contemplano due diversi procedimenti: un primo meccanismo, di tipo diplomatico, mira a favorire

[68] Risoluzione 12 dicembre 2012, Diritti fondamentali nell'Unione europea, doc. P7_TA(2012)500, par. 18.

[69] Risoluzione P7_TA(2012)126, par. 56; risoluzione P7_TA(2012)504, paragrafi 43 e 49.

[70] V. l'art. 14, par. 13 dell'Accordo con la Corea e l'art. 314 dell'Accordo con Perù/Colombia. Non si può escludere che tali norme siano state redatte tenendo presente l'art. 3, par. 6, DSU dell'OMC che riconosce il diritto delle Parti in lite di ricercare soluzioni reciprocamente soddisfacenti.

attraverso consultazioni una soluzione concordata tra le parti; una seconda procedura, di natura contenziosa, prevede l'intervento di un collegio arbitrale incaricato di adottare un lodo contenente le misure giudicate necessarie perché le parti si conformino agli obblighi nascenti dall'accordo. Non pare azzardato presumere che disposizioni simili saranno inserite in tutti gli ALS attualmente in fase di negoziato contribuendo a rafforzare, sotto il profilo dell'accertamento del diritto, i futuri accordi commerciali e indirettamente la stessa strategia commerciale dell'UE. Tralasciando l'esame di aspetti importanti ma che non è possibile affrontare in questa sede, quali il rilievo del diritto consuetudinario nell'interpretazione di tali norme[71], conviene soffermarsi su alcune disposizioni attributive della giurisdizione in caso di controversia avente ad oggetto questioni disciplinate tanto dai due ALS che dagli Accordi OMC che suscitano numerosi problemi interpretativi in relazione al rapporto tra i rispettivi sistemi di soluzione delle liti. Sembra opportuno, in particolare, domandarsi se i procedimenti disciplinati negli ALS attribuiscano ai rispettivi organi contenziosi, in relazione a controversie che riguardino identiche fattispecie[72], giurisdizione in via esclusiva o se questa debba esercitarsi, attraverso qualche criterio di collegamento, con i meccanismi contenziosi OMC[73]; e la risposta a tale quesito potrebbe contribuire a prevenire o regolare un possibile concorso di giurisdizioni e un eventuale, conseguente conflitto di giudicati[74].

Le pertinenti disposizioni dei due ALS salvaguardano la posizione delle parti all'interno del sistema multilaterale di Marrakech, ivi compreso il diritto di domandare l'attivazione della procedura contenziosa disciplinata dalla DSU[75]; e contem-

[71] Si noti, infatti, la differente formulazione dell'art. 14, par. 16 dell'Accordo con la Corea (secondo cui il Collegio arbitrale interpreta le disposizioni sulla composizione delle controversie "(…) secondo le norme di interpretazione consuetudinarie del diritto internazionale pubblico, *comprese* quelle codificate nella convenzione di Vienna sul diritto dei trattati", corsivo aggiunto), rispetto all'art. 317 dell'Accordo con il Perù/Colombia (che dispone che l'interpretazione delle stesse disposizioni venga effettuata "(…) secondo le norme di interpretazione consuetudinarie del diritto internazionale pubblico di cui alla convenzione di Vienna sul diritto dei trattati", limitando così l'ambito di applicazione del diritto consuetudinario in materia d'interpretazione alla sola Convenzione di Vienna).

[72] L'art. 319, par. 3, dell'ALS con il Perù/Colombia chiarisce che "[l]e parti convengono che due o più controversie riguardano la stessa questione quando coinvolgono le stesse parti della controversia, si riferiscono alla medesima misura e vertono sulla stessa violazione sostanziale".

[73] In questo ambiente normativo, infatti, l'art. 23, par. 1, DSU sancisce l'obbligo per i membri OMC di ricorrere in via esclusiva alle procedure ivi contemplate per ottenere riparazione di una violazione di obblighi o di altro annullamento o pregiudizio dei benefici previsti da un Accordo OMC.

[74] Le varie ipotesi di conflitto tra la giurisdizione OMC e quella di accordi regionali sono analizzate, in una prospettiva in cui la prima rivela "una maggiore forza di attrazione", da A. Alavi, *Preferential Trade Agreements and the Law and Politics of GATT Article XXIV*, in *Beijing Law Review*, 2010, p. 7 ss. (in specie pp. 9-10); G. Marceau, A. Izaguerri, V. Lanovoy, *The WTO's Influence on Other Dispute Settlement Mechanism: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation*, in *Journal of World Trade*, 2013, p. 481 ss. (in specie p. 485 s.). Anche per il citato *World Trade Report* 2011, pp. 15 e 172-175, il sistema disciplinato nella DSU presenta caratteristiche tali da essere preferito dagli Stati in caso di controversia. Viceversa, per P. Picone, A. Ligustro, *op. cit.*, p. 661 s., non si potrebbe a rigore parlare di un vero e proprio conflitto tra giurisdizione multilaterale e giurisdizione "regionale", stante l'obbligo dei rispettivi meccanismi di soluzione delle controversie di applicare il diritto previsto dalle norme dell'ambiente normativo in cui esse operano.

[75] Cfr. l'art. 14, par. 19 dell'ALS con la Corea (*Rapporto con gli obblighi derivanti dall'OMC*): "Il ricorso alle disposizioni sulla risoluzione delle controversie del presente capo fa salve eventuali azio-

plano la facoltà (e non l'obbligo) per la parte attrice di incardinare un procedimento dinanzi agli organi contenziosi dell'ALS (o, in alternativa, dell'OMC). Tuttavia, l'ALS con la Corea esclude la proposizione del ricorso in uno dei due fori se esso è stato già incardinato nell'altro foro ma consente alle Parti, una volta che la questione sia stata decisa nel merito, di riproporla nel foro alternativo[76] con la probabile conseguenza, in caso di esito processuale diverso, di un conflitto tra giudicati. Differente è la disciplina predisposta nell'ALS con la Colombia e il Perù che non sembra prevedere la possibilità, una volta che si sia scelto uno dei due fori, di riproporre la questione nel foro alternativo se non in un'ipotesi ben determinata[77]; anche se, in virtù della regola OMC del *consensus* negativo, nulla vieta alla parte convenuta nel foro ALS di adire contemporaneamente il foro OMC, o anche successivamente al giudizio, al fine di ottenere un rovesciamento del risultato processuale. Anche in questo caso, la conseguenza potrebbe essere un conflitto di giudicati[78]. La questione

ni in sede di OMC, comprese quelle per la risoluzione delle controversie" (par. 1), nonché l'art. 319 dell'ALS con il Perù/Colombia (*Rapporto con i diritti derivanti dall'OMC e scelta del foro*): "Le disposizioni del presente titolo lasciano impregiudicati i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dall'accordo OMC, comprese le azioni per la risoluzione delle controversie" (par. 1).

[76] Art. 14, par. 19 dell'ALS con la Corea (par. 2): "Tuttavia, se una parte ha avviato un procedimento di risoluzione di una controversia relativa a una misura specifica, o in base al presente capo o in base all'accordo OMC, non può avviare nell'altra sede un procedimento relativo alla stessa misura fintanto che il primo procedimento non si sia concluso. Inoltre, una parte non denuncia in entrambe le sedi la violazione di un obbligo previsto negli stessi termini dal presente accordo e dall'accordo OMC. In un simile caso, dopo che è stato aperto un procedimento di risoluzione della controversia, la parte non presenta una denuncia di violazione dello stesso obbligo a norma dell'altro accordo presso l'altra sede, tranne nel caso in cui la sede scelta non si pronunci, per motivi procedurali o giurisdizionali, sulla domanda relativa alla violazione di tale obbligo".

[77] Così l'art. 319, par. 2, dell'ALS con il Perù/Colombia: "Le controversie relative a una stessa misura derivanti dal presente accordo e in virtù dell'accordo OMC possono essere risolte conformemente al presente titolo o alla DSU a discrezione della parte attrice. Tuttavia, qualora una parte abbia chiesto la costituzione di un *panel* a norma dell'articolo 6 della DSU o di un collegio arbitrale a norma dell'articolo 303, detta parte non può avviare un altro procedimento sulla stessa questione nell'altro foro, tranne nel caso in cui l'organo competente nel foro scelto non abbia preso una decisione sul merito della questione per motivi procedurali o di giurisdizione".

[78] In questa sede non viene affrontato il problema delle conseguenze della violazione dell'art. 23, par. 1, DSU ad opera della Parte che invece di ricorrere ai meccanismi predisposti dalla DSU scelga un diverso sistema di soluzione della controversia e radichi il procedimento di fronte agli organi dell'ALS. Secondo L. Magi, *Concorrenza tra meccanismi di garanzia di accordi commerciali: proposte di coordinamento*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 753 ss. (in specie pp. 772-781), la Parte che in conformità alle disposizioni di uno dei due ALS proponesse il ricorso in tale foro, violerebbe comunque l'art. 23, par. 1, DSU. Tale tesi non è condivisibile, non solo perché l'art. 23 DSU non prevede una sanzione in caso di violazione del divieto di ricorrere a *fora* esterni all'OMC eccetto quella, limitata, per il sistema OMC di recepire integralmente nel contesto multilaterale il giudicato esterno (così P. Picone, A. Ligustro, *op. cit.*, p. 657 ss.; A. Ligustro, *Conflitti di giurisdizione e "dialogo tra Corti" internazionali nella prospettiva dell'Organizzazione mondiale del commercio*, in A. Ligustro, G. Sacerdoti (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia.* Liber Amicorum *in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 551 ss., in specie pp. 556-558); ma anche perché, ai sensi del già citato art. 3, par. 6, della stessa DSU "[m]utually agreed solutions to matters formally raised under the consultation and dispute settlement provisions of the covered agreements shall be notified to the DSB (…)". In altri termini, la possibilità riconosciuta alle Parti di ricercare in ogni momento della controversia soluzioni concordate alla stessa deve fare ritenere che tra le soluzioni concordate vi sia anche quella di ricorso a un foro alternativo all'OMC senza violare l'art. 23, par. 1, DSU.

della concorrenza tra giurisdizioni e del possibile conflitto tra i loro giudicati, di cui la diversa disciplina fornita dai due ALS fornisce un esempio, costituisce un tema sovente analizzato nel contesto di trattazioni che sottolineano il nesso esistente tra frammentazione del diritto internazionale e moltiplicazione delle istanze giurisdizionali[79], e che non può essere approfondito in questa sede[80]. Tuttavia, alla luce delle scarne considerazioni suesposte, è possibile trarre la seguente conclusione: le disposizioni dei due ALS in tema di soluzione delle controversie, pur stabilendo un meccanismo di coordinamento col parallelo sistema OMC (in quanto ammettono il ricorso a tale sistema), non evitano del tutto il rischio del conflitto tra giudicati potenzialmente diversi poiché essi ammettono la riproposizione della causa nell'altro foro (ALS con Corea), o, pur non disponendo esplicitamente nulla a riguardo (ALS con Perù e Colombia), di fatto non possono impedire per la regola del *consensus* negativo che la questione, una volta decisa in sede ALS, venga successivamente portata in sede OMC[81].

6. Tra le più significative tendenze della prassi dell'Unione europea in materia di politica commerciale successivamente all'adozione del Trattato di Lisbona, il ricorso ad accordi di libero scambio, auspicato in alcune comunicazioni della Commissione, sembra assumere importanza crescente in un contesto caratterizzato da una grave recessione economica. Tuttavia, è prematuro trarre conclusioni definitive circa la portata di tali strumenti quale modello "nuovo" per le relazioni commerciali dell'UE: vi ostano sia motivazioni strettamente economiche[82] che

[79] Cfr. A. Gattini, *Un regard procédural sur la fragmentation du droit international*, in *Revue générale de droit international public*, 2006, p. 303 ss.; K. Kwak, G. Marceau, *Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements*, in L. Bartels, F. Ortino (eds.), *op. cit*., p. 464 ss.; T. Treves, *Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective*, in *Comunicazioni e Studi*, 2007, p. 821 ss.; A. Del Vecchio, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2009, pp. 75-78 e 168-175; G. Marceau, J. Wyatt, *Dispute Settlement Regimes Intermingled: Regional Trade Agreements and the WTO*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 67 ss.; P. Delimatsis, *The Fragmentation of International Trade Law*, in *Journal of World Trade*, 2011, p. 107 ss.

[80] Si rinvia, pertanto, a L. Magi, *op. cit*., pp. 784-797 e a L. Zoppo, *op. cit.*, pp. 211-237 sul ruolo svolto dai principi sulla successione nel tempo dei trattati codificati nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, o dai principi generali di diritto (quali la buona fede, o la cosa giudicata) per evitare il conflitto tra giurisdizioni. Una diversa prospettiva, consistente nel ricorso a meccanismi di carattere procedurale (cosa giudicata; litispendenza) per tentare di coordinare giurisdizioni diverse, è criticata da E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, p. 390, sulla base della loro inutilizzabilità in contesti normativi meno integrati rispetto a quelli degli ordinamenti statali.

[81] In dottrina è stato proposto un approccio al problema del conflitto tra giurisdizioni utile alla loro prevenzione piuttosto che risoluzione. Esso consiste nel riconoscimento di un effetto normativo, con valore vincolante per le Parti, ad atti giudiziari adottati da organi competenti. In tal modo il coordinamento tra giurisdizioni non verrebbe effettuato attraverso strumenti procedurali, volti a determinare gli effetti di una decisione per un giudice diverso da quello che la ha adottata, ma "in ragione dell'effetto che regole di un sistema giuridico producono sulle norme del medesimo sistema". Per questa via, si aggiunge, si potrebbe tentare la ricostituzione dell'unità dell'ordinamento internazionale attenuando gli effetti dello "splendido isolamento" in cui ogni singola Corte opera. Vedi E. Cannizzaro, *Metodi di Soluzione di Conflitti tra Giurisdizioni Internazionali: il Contributo della Sentenza della CIG sul Caso del Genocidio (Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro)*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, www.ejls.eu.

[82] Nella relazione per l'anno 2013 al Consiglio europeo, 28 febbraio 2013, sugli ostacoli al commer-

giuridiche, legate alla coesistenza d'impegni commerciali assunti in contesti istituzionali e normativi diversi dal foro multilaterale dell'OMC. Quest'ultimo aspetto, in particolare, presenta ulteriori profili problematici: la previsione, all'interno degli ALS, di sistemi di soluzione delle controversie distinti da quello disciplinato nella DSU dell'OMC, potrebbe comportare in futuro il rischio di giudicati incoerenti, almeno nel caso in cui la controversia riguardi una fattispecie disciplinata dall'ALS che ricade anche nel campo di applicazione del diritto OMC.

Sembra opportuno che l'UE orienti le proprie scelte politiche verso una positiva conclusione del Doha *Round*, anche attraverso proposte di revisione del sistema di soluzione delle controversie che contribuiscano a eliminare i rischi di sovrapposizione o conflitto tra giurisdizioni: in tal modo, essa contribuirà sia ad un definitivo consolidamento del multilateralismo commerciale che al rafforzamento del proprio ruolo sulla scena internazionale. Solo in caso di fallimento del Doha *Round*, l'UE dovrebbe recuperare piena libertà d'azione, abbracciando definitivamente l'opzione "regionalista" e bilaterale.

Abstract

The Trade Strategy of the European Union between 'Economic Regionalism' and Multilateralism: What Role for the New Generation Free Trade Agreements?

With the entry into force of the Lisbon Treaty, both the Commission and the European Parliament have showed new activism in the field of trade policy, one of the most important competences of the European Union. After a presentation of the new trade strategy framed by the Commission, the paper focuses on free trade agreements concluded between EU and third States as one of the main trade instruments being resorted to by European Union. Both compatibility between the so-called 'economic regionalism' and WTO multilateralism, on the one hand, and costs and benefits of free trade agreements, on the other, are dealt with. Recent free trade agreements with Korea and with Peru and Colombia are examined, with some emphasis on norms concerning sustainable development, human rights and dispute solution.

cio e agli investimenti, COM(2013)103 def., p. 20 s., infatti, la Commissione sottolinea come l'intervallo temporale tra la decisione di avviare i negoziati e la conclusione dell'accordo potrebbe non adattarsi alle necessità della congiuntura economica. A ciò si aggiunga che nella strategia commerciale della Commissione, esposta nelle comunicazioni oggetto del presente scritto, manca del tutto l'approfondimento delle cause che potrebbero spiegare la costante perdita di competitività del sistema produttivo europeo rispetto ai Paesi con cui si vogliono negoziare gli ALS: l'esistenza di mercati imperfettamente concorrenziali, il *gap* tecnologico e il ciclo di vita del prodotto, la dotazione dei fattori di produzione come determinanti della specializzazione internazionale.

Studi sull'integrazione europea, IX (2014), pp. 103-115

Micaela Lottini*

Rapid Alert Systems as Mechanisms of Mutual Administrative Assistance

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The alert mechanisms: some examples. – 3. The alert mechanisms: differences and similarities. – 4. The alert mechanisms: legal issues and the decisions of the General Court. – 5. Alert mechanisms and the IMI network: the Services Directive. – 6. Principles and criteria for sending an alert. – 7. Alert mechanisms and the IMI network: the Proposal for a Directive amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications. – 8. Principles and criteria for sending an alert. – 9. Rights of the professionals and the protection of personal data. – 10. The nature of alerts and retention periods.

1. The alert systems provided for in various European Regulations are an arrangement of *administrative cooperation*, which enables a rapid exchange of information between member States and the Commission about products, activities and situations which are potentially dangerous, especially, for human health and the environment[1]. Alert systems are a particular form of *mutual assistance* between different administrations, which are, in fact, linked in a network and are bound by formalised duties to inform without prior request[2].

The alert systems set up over the last few years are various, and have some common features and common legal problems, the indication of which is the object of the first paragraph of this article. The second part of the article deals, more specifically, with two alert mechanisms. Firstly, the one provided by the Services Directive[3] and, secondly, the one provided by the Proposal[4] for amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications. These two mechanisms are of a particular interest, in our opinion, because they are implemented trough another net-

* Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Roma Tre.

1 See Commission staff working document, Administrative cooperation in the single market, of 29 June 2009, SEC(2009)882 final.

2 See, on these issues, H. C. H. HOFFMAN, *Composite Decision Making Procedures in EU Administrative Law*, in H. C. H. HOFMANN, A. H. TÜRK (eds.), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Cheltenham, 2009, p. 143.

3 Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council, of 12 December 2006, on Services in the internal market, *OJEU* L 376, 27 December 2006.

4 European Commission, Proposal for amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications and Regulation on administrative cooperation through the Internal Market Information System, COM(2011)883 final.

work of mutual assistance: the Internal Market Information System (IMI)[5] to which they are deeply interconnected.

2. The Commission Staff Working Document, *Administrative cooperation in the single market*[6], provides a non-exaustive list of alert mechanisms. Among the various systems, it indicates the Rapid Alert System for non-food consumer products (RAPEX), which allows the exchange of information between member States (via national contact points) and the Commission, on measures (ordered by national authorities or voluntarily taken by producers or distributors) to prevent or restrict the marketing or use of (non-food) products posing a serious risk to the health and safety of consumers. RAPEX was created pursuant to the Directive on *general product safety*[7].

With specific regard to food and feed products, Regulation n. 178/2002[8] set up the RASFF system, an exchange of information network involving Member States, the Commission (as a member and as the manager of the system) and the European Food Safety Authority (EFSA)[9]. In accordance with articles 50, 51 and 52 of Regulation no. 178/2002 (and in accordance with the more recent Regulation no. 16/2011[10]) in case a member of the network has any information relating to the existence of a serious direct or indirect risk to human health, deriving from food or feed, it has to immediately notify this information to the Commission, which transmits it to the other members of the network. Rapid alert systems have also been created outside the consumer area. Regulation no. 2679/98/EC on the functioning of the internal market in relation to the free movement of goods among the Member States[11] provides for the exchange of information among the Member States and between them and the Commission when an obstacle[12] to the free movement of goods among Member States occurs[13]. Alert systems are also provided by

---

5 All the relevant information at ec.europa.eu.

6 See Commission staff working document, Administrative cooperation in the single market.

7 Directive 92/59/CEE as amended by Directive 2001/95/EC of 3 December 2001, *OJEU* L 11, 15 January 2002.

8 Of 28 January 2002, laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety, *OJEU* L 31, 1 February 2002.

9 The RASFF members are now the Member States, through their respective contact points (usually national food safety agencies and/or Departments of Agriculture and Health), plus the European Commission, the EFSA, the EFTA Surveillance Authority and the EFTA Member States (Norway, Iceland, Switzerland and Liechtenstein).

10 Of 10 January 2011, laying down implementing measures for the Rapid alert system for food and feed, *OJEU* L 6, 11 January 2011.

11 *OJEU* L 237, 12 December 1998, 8-9.

12 This may constitute a breach of articles 24 to 36 of the Treaty, which is attributable to a Member State, whether it involves action or inaction on its part and which: (a) leads to serious disruption of the free movement of goods by physically or otherwise preventing, delaying or diverting their import into, export from or transport across a Member State, (b) causes serious loss to the individuals affected, and (c) requires immediate action in order to prevent any continuation, increase or intensification of the disruption or loss in question.

13 (1) When an obstacle occurs or when there is a threat thereof (a) any Member State (whether or not it is the Member State concerned) which has relevant information shall immediately transmit it to the Commission, and (b) the Commission shall immediately transmit to the Member States that information and

the Services Directive and by the Proposal for amending Directive 2005/36/EC on *the recognition of professional qualifications*[14], system which we will deal within the following paragraphs.

3. The alert systems are set up pursuant to a particular Union Act, which provides their basic regulation, and it is often completed by the adoption of specific guidelines, setting out procedural rules, which differ from one network to another.

In this sense, it is worth noting that the Commission, in some cases, is completely integrated in the system. The communication between the authorities of the network is first channelled through the Commission itself, which, before sending the alert to all other national authorities, checks the information to verify whether it complies with the applicable legislation or it is of the required quality. In other cases, the role of the Commission is more limited, or the Commission is merely one of the authorities which the alert has to be sent to.

Along with the fact that alert systems may have a more centralised ore decentralised structure, in some of them, the network scheme is less evident; on the contrary, in others, the Commission is explicitely indicated as the manager of the network and specific contact points have to be designated, which have to follow specific rules of conduct.

Also, the principles and criteria that are to be met for sending an alert are different. In some cases, an alert should be sent when a *serious risk* to human health is foreseen; in other cases, when an activity could cause a serious damage to the health of persons or to the environment; alerts are also sent when a decision has been made by a Court or an authority prohibiting a professional from exercising his activity, etc.

Some, but not other alert regulations specify the rules on access to information and the rules on the protection of professional secrecy; also, some indicate the standards for the collection of datas, the competences and standards for the alteration and actualization of data, the structure and standards for data transfer, etc.

All in all, it is important to note that the purpose of rapid alert systems is to facilitate the exchange of specific information and they do not provide a platform for joint or coordinated action by the concerned authorities against dangerous products and activities. However, in some cases, Member States may be obliged to take action following a specific Commission decision. For instance, under art. 13 of the Directive 2001/95/EC on *general product safety*[15], the Commission, after consulting the Member States and at the request of at least one of them, may adopt a decision requiring Member States to take preventive or restrictive measures with regard to dangerous consumer products.

---

any information from any other source which it may consider relevant. (2) The Member State concerned shall respond as soon as possible to requests for information from the Commission and from other Member States concerning the nature of the obstacle or threat and the action which it has taken or proposes to take. Information exchange between Member States shall also be transmitted to the Commission.

[14] Proposal for amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications and Regulation on administrative cooperation through the Internal Market Information System, COM(2011)883 final.

[15] Of 3 December 2001, *OJEU* L 11, 15 January 2002.

4. Alerts, as mechanisms of administrative cooperation resulting in 'cross-border' composite decision-making procedures[16], raise specific legal problems, in particular, in terms of the supervision of the administrative activity and consequently of the protection of individual rights.

It is interesting to note that, in accordance with the case law of the European Courts, this is particularly evident with regard to the role and the responsibility of the European Commission and its verification powers and duties, which vary from one network to another. In the RASSF network, for example, the Commission has the duty to immediately transmit the information notified to it by a member of the network, to the other members of the network (art. 50). The interpretation of this article was the object of the *Bowland*[17] case, decided by the General Court on 29 October 2009.

A company governed by English law, which produced fresh cheese, took action against the Commission following a RASFF notification on its products. The applicant contended that the Commission refused to circulate a decision of a national authority (the United Kingdom's Food Standards Agency – FSA) in its favour, allowing it to resume its production, which had been suspended after the RASSF notification. The General Court rejected the claim for damages allegedly suffered by the applicant (which, as a consequence of the alert notification, was forced to close its premises and to suspend its production) because the Commission's intervention in RAFFS has to be considered as an *Opinion* that has no legal effects. More in particular, the FSA sent to the Commission a notification on the company, in which it expressed the view that, contrary to what it had been circulated through RASSF, the company's production did not present public health issues or contravene EU law. Hence, with this notification the FSA authorised the applicant to resume its production. The FSA expressly asked for comments and suggestions to the Commission. The Commission did not share the FSA opinion and circulated a notice indicating its disagreement with the authorisation granted to the applicant. Even though the notice was withdrawn, the applicant sued the Commission for damages, on the grounds that the Commission behaviour constituted a *refusal to circulate a notification*, in accordance with art. 50 of Regulation no. 178/2002, which provides that (….) in case a member of the network has any relevant information it must immediately notify it to the Commission which shall transmit this information immediately to the other members of the network.

The Court concluded that the action for damages was inadmissible, because the behaviour of the Commission was not *contra ius*, and it did not contravene art. 50. All in all, in the operation of RASFF, the Commission plays a dual role, it is the manager of the network, but it is also a member in which capacity it can make notifications that can contradict the notifications of other members. Hence, even in a case which is a matter for the national authorities, the Commission may express an *Opinion*, which has no legal effects and is not binding upon those authorities.

---

16 See, in this respect, H. C. H. Hoffman, *op. cit.*, p. 136.

17 Judgment of the Court of First Instance of 29 October 2009, case T-212/06, *Bowland Dairy Products* v. *Commission*, *Reports*, p. II-4073. For a comment, see J. Lawless, *Conflicting Notifications in the EU's Rapid Alert System for Food and Feed (RASFF): "Destabilization" in Food Risk Communication?*, in *European Food and Feed Law Review*, 2011, p. 240.

It is interesting to note that before the adoption of Regulation no. 187, the RASFF system was regulated by art. 8 of Directive 92/59, of 29 June 1992, on general product safety[18]. The mechanism was slightly different and, in particular, art. 8 provided that "on receiving the information, the Commission checks to see whether it complies with the provisions of this directive and shall forward it to the other Member States (…)".

The General Court was called upon to interpret this formulation in 2004. In the *Malagutti*[19] case, it argued that, within the RASSF network, the Commission has to check *the conformity of the information received* and this duty is limited to checking whether the information falls within the scope of that provision and the accuracy of the findings and analyses that led the national authorities to send that information does not have to be checked. The responsibility for those findings and analyses lies solely with the national authorities. In this case, the General Court was called upon to rule on a claim for compensation for the damage allegedly suffered by the applicant (an exporter of fruit and vegetables from France, in particular, to the Netherlands and the United Kingdom), after the Commission issued a rapid alert message notifying the presence of pesticide residues in apples of French origin and giving the applicant's name as the exporter of the goods in question. The Commission was informed (under the RASFF), by the Icelandic contact point, that the competent Icelandic authority decided to withdraw and dispose of a batch of apples of French origin distributed via the Netherlands, following the discovery of the presence of a high level of a particular pesticide. The Commission sent this message to the contact points of the States belonging to the RASFF and also circulated a message as an additional notification from Netherlands contact point, giving information on the various parties involved in distributing the apples in question, including the applicant. Two British agencies (the Pesticides Safety Directorate and the Fresh Produce Consortium) sent out messages warning of the danger linked to the presence of a pesticide in the apples exported by the applicant. Those messages were sent to the main players within the United Kingdom distribution system, expressly stating that the applicant's products should not be imported or placed on the market. The applicant subsequently found that all trade with the United Kingdom was halted. French authorities took samples at the applicant's warehouse from the same category of apples as those disposed of in Iceland and notified the Commission's RASFF contact that no pesticide was detected in the five samples analysed. The applicant contacted the Commission stating that it had never exported apples to Iceland and seeking a formal retraction from the Commission. Moreover, the applicant sued the Commission for the damage suffered following the circulation, under the RASFF, of messages concerning detection of pesticide in excess of the maximum permitted level in the apples it had exported. The applicant contended that if the Commission had complied with its obligation to check the origin of the apples before triggering the rapid alert it would have found that it was not involved. It

[18] *OJEU* L 228, 11 August 1992.

[19] Judgment of the Court of First Instance of 10 March 2004, case T-177/02, *Malagutti-Vezinhet SA* v. *Commission*, *Reports*, p. II-827.

also complained that the Commission failed to consider whether the apples in question actually did present a serious and immediate risk to health, since the mere fact that the maximum permitted pesticide level was exceeded was insufficient in that regard. The Commission contended that the action was inadmissible because the communication by the Commission to the Member States of the information received took place in the context of internal cooperation with the national agencies responsible for applying the Community rules, namely the RASFF. Such cooperation cannot cause the Community to incur liability towards individuals since the alert system is ultimately triggered on the initiative of, and according to an analysis made by, the national authorities alone. Therefore, in accordance with the Commission the applicant should have referred the matter to the national Court having jurisdiction.

The Court concluded that, under the RASFF, it is only the national authorities, and not the Commission, which are responsible for establishing whether there is a serious and immediate risk to the health and safety of consumers, moreover, although the Commission is required to check *the conformity of the information received with the Directive*, that duty is limited to checking whether the information falls, as such, within the scope of that provision, and the accuracy of the findings and analyses that led the national authorities to send that information does not have to be checked. Hence, the responsibility for those findings and analyses lies solely with the national authorities.

5. As it is well known, the Services Directive[20] was adopted in the year 2006 to foster the integration of the internal market in the sector of services, by removing legal and administrative barriers to free movement and, in particular, by requiring Member States to simplify the procedures and formalities that service providers need to comply with.

Chapter VI of the Directive lays down a legal obligation requiring Member States to cooperate with the relevant authorities of the other Member States in order to ensure efficient control of service activities in the Union, while avoiding a multiplication of monitoring. Moreover, it provides an *alert mechanism*, in other words, it requires Member States to inform other Member States and the Commission about any service activities that might cause serious damage to the health or safety of people or to the environment (articles 29, no. 3, and 32, no. 1).

More in particular, art. 29, no. 3, imposes specific obligations on the member State of establishment[21] which, upon gaining actual knowledge of any conduct or specific acts by a provider established in its territory which provides services in other Member States, that, to its knowledge, could cause serious damage to the

[20] Directive 2006/123/EC.

[21] In some cases, the member State of establishment does not need to issue an alert because, as soon as it becomes aware of a serious danger to the health or safety of persons or to the environment, it takes immediate measures to prevent the risk. However, there are instances in which the Member State of establishment needs to send an alert despite measures having been taken, for example when it is not certain that the measures taken against the service provider can be effectively enforced or are sufficient to stop the risk from arising or when it is aware that the service provider is using the same equipment to provide services in other Member States, etc.

health or safety of persons or to the environment, has to inform all other Member States and the Commission within the shortest possible period of time.

Whereas, art. 32, no. 1, contains a similar information obligation for Member States other than that of establishment[22]: where a Member State becomes aware of serious specific acts or circumstances relating to a service activity that could cause serious damage to the health or safety of persons or to the environment in its territory or in the territory of other Member States, that Member State shall inform the Member State of establishment, the other Member States concerned and the Commission within the shortest possible period of time.

Having regard to the role of the Commission, art. 32 specifies that the Commission has to promote and take part in the operation of a European network of Member States' authorities, in order to implement the alert system. Moreover, it has to adopt and regularly update, detailed rules concerning the management of this network.

The exchange of information for the purposes of the alert mechanism is ensured through the use of a specific application of the Internal Market Information System (IMI)[23].

IMI is a cooperation network of national administrations and the Commission, aimed at facilitating the administrative cooperation obligations imposed by European regulations in specific areas of the internal market, such as that of the Services Directive.

To be more precise, the structure of the IMI system is made up of two pillars. An on-line application which connects the concerned national administrations and which enables them to exchange information; a network of National Coordinators, which are appointed by each Member State to control the functioning of the system.

The functioning of IMI is now provided by a Regulation 1024/2012[24], which, at art. 14, specifies that IMI is used for the purposes of administrative cooperation, which may cover, inter alia, the alert mechanisms. In this respect, the Commission adopted a Document intended as a practical guide for member State's authorities dealing with alerts in IMI[25]. It consists of two parts: on the one hand, the Guidelines on *The use of the alert mechanism,* which aims to foster a common understanding of the criteria and conditions for the sending of alerts. In particular, the Guidelines are intended to help ensuring that alerts are sent only when strictly necessary and when the criteria set out in the Services Directive are met. The guidelines also explain

[22] In most cases this type of alert is likely to be sent by the Member State where the service is provided. Unlike measures taken by the Member State of establishment, measures taken by the country where the service is provided will often only prevent risks in its own territory. As a result, risks for other Member States may remain. In such cases, an alert would still need to be sent to the Member State of establishment, any other Member State(s) concerned and the Commission. Upon receipt of such an alert, the Member State of establishment should examine the case and take measures to prevent the risk in general.

[23] For a detailed analysis of the IMI network see M. Lottini, *An Instrument of Intensified Informal Mutual Assistance: The Internal Market Information System (IMI) and The Protection of Personal Data*, in *European Public Law*, 2014, p. 107 ff.

[24] Of 25 October 2012, on administrative cooperation through the Internal Market Information System and repealing Commission Decision 2008/49/EC ('the IMI Regulation'), *OJEU* L 316, 14 November 2012.

[25] Available at ec.europa.eu.

when to use the various other functions of the IMI system for alerts, such as the closure, withdrawal and rectification. Secondly, the Document consists of an IMI user manual for alerts, which deals with the technical aspects of handling alerts. It identifies the different roles that authorities and individual users can play in relation to the alert mechanism and it describes how to use all the functions that are available in IMI, for each stage of the alert process. It also explains how to set up the system, so that alerts can be dealt with effectively.

6. Articles 29, no. 3, and 32, no. 1, address different situations, nonetheless, they are based on similar *principles and criteria*. In particular, alerts are to be sent in case: a) the conduct, specific acts or circumstances relate to *a service activity*; b) there is *danger of serious damage to the health or safety of people or to the environment*; c) there is *a causal link* between the services-related situation and the potential serious damage; d) there is an *actual risk*; e) the risk has a *cross-border effect*. For an alert to be sent, *all* of these criteria have to be met in the specific situation concerned.

As a matter of general principle, the above mentioned guidelines, specify that the alert mechanism does not cover situations where the risk of damage is created by a service activity, *which does not fall within the scope of the Services Directive*. The risk of serious damage should arise in the *conduct* of the service provider or in any *other circumstance* relating to a service activity. However, an alert should not be sent for any conduct or action of the service provider which might result in danger but which *is not related to the provision of services*.

In relation to this alert mechanism, the risk must relate to conduct, specific acts or circumstances within the context of a service activity. The alert mechanism should not be used in cases where the risk originates in consumer products. In those cases, the rapid alert systems for products should be used. However, in certain cases, the conduct of the service provider may be linked to the use of products as part of a service provision and, if there is a serious risk, the alert mechanism will need to be used. This would be the case, for instance, if a service provider made inappropriate use of safe products in providing a service, resulting in a risk to the health or safety of persons or to the environment.

Another scenario is when a dangerous product is used in the provision of a service. This may require a complementary alert to be sent through the Services Directive alert mechanism even if an alert has already been sent through an alert mechanism for products. This would be the case, for example, if a service provider continued to use dangerous consumer products in the provision of a service activity, despite those products having been withdrawn from the market or recalled by producers or distributors.

For an alert to be sent, the potential damage to the health or safety or people or to the environment must be *serious*. Two factors that seem particularly relevant here are: (a) the potential gravity of the damage (assessing the potential gravity of the damage should be based on considering the possible consequences of the conduct of the service provider or of the circumstances); and (b) the potential extent of the damage (the number of people or the area that might be affected should be taken into account when estimating the seriousness of the potential damage. When the extent is particularly large, the seriousness of the damage will logically be higher).

Moreover, knowledge of dangerous conduct or specific acts on the part of a service provider in a Member State is not sufficient, it is necessary to ascertain the existence of an *actual risk*: namely, a dangerous situation relating to a service activity *still exists* at the time the alert is sent or is sufficiently *likely to occur* in the (near) future.

There must be a *direct causal link* between the conduct or circumstances and the potential serious damage. This will not be present when the risk of damage engendering an alert has been provoked or caused to a very substantial degree by *force majeure* or a third party (including the service recipient).

Before a Member State sends an alert, it should ascertain that there is sufficient likelihood of the damage occurring in other Member States, in other words that the *risk has a cross-border effect.*

The guidelines specify that alerts are to be *closed* as soon as the underlying cause (the risk of serious damage to the health or safety of persons or to the environment) ceases to exist. The knowledge that the risk no longer exists can be self-acquired by the Member State of establishment and/or might result from information transmitted by other Member States through the alert mechanism. Once the risk is known to have disappeared, the Member State which sent the alert should immediately send a proposal to close it. This proposal has to be duly motivated and the other Member States involved should be able to object to closure if they have evidence that the risk persists. Member States should therefore provide reasons and substantiate their possible objections.

In case a Member State sends an alert based of information or evidence which is wrongful or inaccurate, and discovers an error at a later stage it has to send immediately a request to *withdraw/cancel* it and inform all recipients of the original alert. An explanation should be given of why the alert was unfounded (and therefore needs to be withdrawn). Moreover, all the members of the network can *supply additional information* to help speed up the closure of the alert or boost other Member States' awareness of the existence of a serious risk.

7. On 19 December 2011, the Commission adopted a Proposal for a Directive[26] aimed at modernising and amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications and, at the same time, aimed at amending the relevant parts of the 'IMI Regulation'. In effect, the recognition of professional qualifications is one of the areas in relation to which the cooperation obligations imposed on national administrations have to be implements by means of IMI.

As far as relevant for this article, two innovations of the Proposal are of the utmost importance: the introduction of *an alert system* (art. 56a); the introduction of a *European Professional Card* (art. 4a, b, c, d and e). It is worth stressing that the exchange of information in both cases is foreseen to take place via the Internal Market Information System (IMI).

The European Professional Card is issued by a competent authority in the professional's home Member State and allows the professional to demonstrate his/her credentials to consumers, employers and relevant authorities in another Member State.

[26] Proposal for amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications and Regulation on administrative cooperation through the Internal Market Information System, COM(2011)883 final.

Art. 56a introduces two (to some extent) different alert systems for two categories of professionals: firstly, professions where human life, health and safety (as well as animal welfare) are paramount; secondly, other professions in situations where the alert is justified to prevent serious damage to the health and safety or to the environment.

More specifically, art. 56a, no. 1, introduces an alert system for general and specialist medical practitioners, nurses, dental practitioners, veterinary surgeons, midwives, pharmacists and so on.

In this case, the competent authorities of a Member State have to inform the competent authorities of all other Member States and the Commission about the identity of a professional who has been prohibited by national authorities or Courts from pursuing his/hers professional activity, even temporarily, on the territory of that Member State.

Art. 56a, no. 2, sets up an alert system for those professions not already covered by the alert system under art. 56a, no. 1 (or by the alert system already in place under Directive 2006/123/EC). In this case, a Member State has to inform (without delay) the other Member States concerned and the Commission, upon gaining knowledge of any conduct, specific acts or circumstances which are related to the professional activity in question and which could cause serious damage to the health or safety of persons or to the environment in another Member State.

8. Having regard to art. 56a, no. 1, the alert can be issued in case there has been a formal *decision* by an authority or by a Court in a Member State, prohibiting a professional from pursuing his/her professional activity in the territory of that member State. This appears to exclude the possibility of sending alerts based on mere suspicions or complaints against a professional.

The Proposal specify that *the content* of the alert is the identity of the professional who is the subject of the decision on the prohibition. In this respect, it has been pointed out by the European Data Protection Supervisor (EDPS), in its formal Opinion on the Proposal[27], that further specification would be required in relation to the information to be disclosed in order to avoid ambiguity and to limit the disclosure to what it is necessary.

In relation to the *procedure,* the Proposal makes it clear that the information has to be sent at the latest within three days from the date of the adoption of the decision prohibiting the professional concerned from exercising his/her professional activity

Having regard to art. 56a, no. 2, the Member State in question has to inform (without delay) the other Member States (competent authorities) concerned and the Commission if the following conditions are met. A Member State gains knowledge of a conduct, specific acts or circumstances, which relate to a professional activity other then those indicated in art. 56, no. 1, and not covered by the Services directive,

[27] Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Commission proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications and Regulation […] on administrative cooperation through the Internal Market Information System (2012/C 137/01), *OJEU* C 137, 12 May 2012, para. 22.

and which can cause a serious damage to the health or safety of people or to the environment. Moreover, this situation has to have a cross-border dimension.

In his comment on the proposal, the EDPS points out that this conditions should be clarified because they still maintain a certain degree of ambiguity. For example, it is not clear from the wording *actual knowledge* whether a reasonable suspicion of some type of wrongdoing or other event is all that is required, or whether the facts will have to be fully investigated and established, in some type of administrative procedure, before an alert can be sent.

Moreover, the Proposal specifies that the information exchanged with the alert mechanism must not go beyond what is strictly necessary to identify the professional concerned and has to include the reference to the decision of the competent authority prohibiting him or her from pursuing the professional activities. In this respect, the EDPS points out that reference is made to the decision of a competent authority prohibiting the professional from pursuing the professional activities. This seems to suggest that alerts can be sent only if a prohibition is already in place against the professional concerned, based on the decision of a competent authority, but the text should be clarified on this point.

9. In relation to the rights of the professionals, Member States must guarantee that professionals, on which alerts are sent to other Member States, are informed in writing and that they may appeal to national Courts against the decision or apply for rectification of such decisions and have access to remedies in respect of any damage caused by false alerts to other member States (art. 56a, no. 2).

In this respect, he EDPS also recommends that the Proposal clearly require a periodic review by the uploading competent authority whether alerts are up-to-date, as well as prompt correction and withdrawal of alerts if the information they contain is no longer accurate, or needs to be updated. It would also be useful to ensure that the fact that a professional has appealed against an *alert* under art. 56a, no. 4, or has requested correction, blocking or deletion of the alert, be recorded in the alert information (for example, via sending an update on the alert).

Having regard to the protection of personal data, their processing has to be carried out in accordance with Directives 95/46/EC[28] and 2002/58/EC[29] at a national level and in accordance with Regulation no. 45/2001[30], when they are processed by the Commission.

10. The drafting of the Proposal raises important issues on how the alert system and the repository function will develop in IMI in the future. In other words,

[28] Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *OJEU* L 281, 23 November 1995.

[29] Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council, of 12 July 2002, concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), *OJEU* L 201, 31 July 2002.

[30] Regulation 45/2001 of the European Parliament and of the Council, of 18 December 2000, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data, *OJEU* L 8, 12 January 2001.

whether the alerts foreseen under the Proposal would remain in IMI only for a limited period of time, as a warning, indicating an emergency situation that requires immediate action, or whether the alert system would lead to a database that stores alert data for long periods of time.

All in all, in accordance with the Proposal (art. 56a, no. 5), the Commission has to adopt implementing acts for the application of the alert mechanism. The implementing acts should include provisions on the competent authorities entitled to sending and/or receiving alerts, on complementing the alerts with additional information, on the withdrawal and closure of alerts, on rights of access to data, ways of correcting the information contained in the alerts, and measures to ensure the security of processing and retention periods. This last statement seems to imply that alerts are stored in IMI and all Member States and the Commission have access to them and it is for the Commission to identify in delegated acts how long alerts will remain in IMI.

This is particularly interesting because, as noted by the EDPS in its Opinion[31], this could change the very nature of the alert system (and consequently of the IMI[32] network) from a communication tool (to alert competent authorities of a particular wrongdoing or suspicion) to a database which stores data for an extended or even undefined period of time.

In this respect, the EDPS makes it clear that from the data protection point of view, it would be preferable if all alerts introduced in the system were to be deleted after a pre-determined, reasonably short period to be counted as of the time of sending the alert. This period should be sufficiently long (e.g. six months) so as to allow the competent authorities receiving an alert to ask follow-up questions via IMI and decide whether to take any specific action within their competence based on the information received. However, the period should not be longer than what is strictly necessary for this purpose. Alternatively, if the need for long-term retention is clearly justified, the EDPS recommends that the Proposal should, at a minimum, clearly require that the issuing authority deletes an alert immediately after the prohibition originating the alert is no longer in effect (for instance as the result of an appeal or because the prohibition was limited in time). It should also be avoided that an alert would unnecessarily apply for an indefinite period of time, perhaps even beyond retirement or death of the professional concerned.

31 Cit.

32 IMI is designed and it is in operation as a data exchange tool.

Abstract

Rapid Alert Systems as Mechanisms of Mutual Administrative Assistance

Cooperation between national and European administrations has long been indicated as crucial for the integration of the internal market. National and European administrations cooperate in many different ways and their cooperation arrangements can range from simple exchange of information at request mechanisms to more complex and proceduralised systems. Alert systems are a particular form of *mutual assistance* between different administrations, which form a network and are bound by formalised duties to inform without prior request. Some alert systems make use of the Internal Market Information System (IMI) and, in this case, a cooperation mechanism (the alert) is inserted in another multilevel cooperation network. This raises specific issues of coordination in the operation of the system and in relation to the protection of personal data.

Studi sull'integrazione europea, IX (2014), pp. 117-145

Egeria Nalin*

I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo**

Sommario: 1. Ragioni e obiettivi del processo di riforma della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 2. La dichiarazione di Brighton, le proposte di riforma ispirate dalla Presidenza britannica e i risultati accolti nei Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 3. Il riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento nel Preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 4. Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In particolare, la legittimazione a domandare pareri consultivi. – 5. *Segue*: l'oggetto dei nuovi pareri consultivi. – 6. *Segue*: il procedimento relativo all'esercizio della nuova funzione consultiva. – 7. Conclusioni: gli effetti dei nuovi pareri consultivi della Corte europea e l'incidenza di questi ultimi sul dialogo con i giudici interni.

1. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, d'ora in avanti), firmata a Roma il 4 novembre 1950, rappresenta uno degli strumenti normativi più avanzati per la tutela dei diritti umani a livello internazionale[1]. Come è noto, il successo di questo trattato deriva dall'aver previsto un sistema di garanzia dei diritti da esso contemplati che consente all'individuo di ricorrere ad un organo giudiziario *ad hoc*, la Corte europea dei diritti dell'uomo, ove assuma di essere vittima della violazione dei diritti convenzionalmente tutelati (art. 34 CEDU); la Corte, accertata la fondatezza della pretesa, pronuncia sentenze vincolanti nei confronti dello Stato responsabile della violazione (art. 46, par. 1, CEDU).

Il sistema ha dato così buona prova di sé, che la Corte europea si è ritrovata ad essere "vittima del suo successo": negli ultimi anni, essa è stata destinataria di un numero di ricorsi talmente elevato da comportare inevitabili ritardi nella trattazione delle cause, col rischio di realizzare essa stessa una violazione del diritto alla durata ragionevole del processo (art. 6, par. 1, CEDU) che dovrebbe tutelare[2].

---

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Scritto destinato anche alla pubblicazione nel volume P. Martino (a cura di), *I giudici di common law e la* (cross)fertilization*: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione indiana e Regno Unito*, Rimini, in corso di stampa.

1 La CEDU e i suoi Protocolli, così come tutti i documenti di seguito richiamati, se non diversamente specificato, si leggono nel sito del Consiglio d'Europa, all'indirizzo hub.coe.int; le sentenze della Corte di Strasburgo sono reperibili in hudoc.echr.coe.int.

2 Ciò è dipeso, per un verso, dall'entrata in vigore il 1° novembre 1998 del Protocollo n. 11 (del'11 maggio 1994), il quale ha previsto il ricorso degli individui alla Corte europea; per altro, dall'allarga-

Per salvaguardare l'efficacia del sistema di garanzia convenzionale dei diritti umani e, *in primis*, per garantire in modo effettivo il diritto al ricorso individuale, si è, pertanto, intrapreso un percorso di riforma della Convenzione e della Corte, inaugurato dal Protocollo n. 14 alla CEDU[3] e proseguito con le conferenze intergovernative sul futuro della Corte europea organizzate a Interlaken nel 2010, a Izmir nel 2011 e a Brighton nel 2012[4].

In particolare, il Protocollo n. 14 interviene a razionalizzare l'attività della Corte europea, incidendo sulle due categorie di ricorsi individuali che maggiormente gravano sulla medesima: i ricorsi irricevibili e quelli ripetitivi[5].

Sono definiti ripetitivi i ricorsi che denunciano violazioni sistemiche o strutturali delle norme della CEDU, cioè causate da normative (ovvero prassi giudiziarie o amministrative) in contrasto con la stessa Convenzione. Esse, in quanto tali, si ripetono ogniqualvolta la normativa o la prassi trova applicazione, generando, di conseguenza, una pluralità di ricorsi identici nell'oggetto, sicché, per un verso, pregiudicano l'efficacia della CEDU nell'ordinamento statale; per altro, aggravano il sovraccarico di lavoro della Corte, inficiando la celerità del sistema di garanzia convenzionale. Per farvi fronte, la Corte, a partire dalla nota sentenza *Broniowski*[6], ha ideato la procedura della "sentenza pilota", successivamente disciplinata nell'art. 61 del regolamento della Corte[7].

Con la sentenza pilota, la Corte rileva l'esistenza di una violazione sistemica o strutturale e stabilisce le misure per rimuoverne la causa, fissando allo Stato un termine entro il quale provvedere e sospendendo, al contempo, tutti i ricorsi analoghi. Difatti, l'esecuzione della sentenza pilota da parte dello Stato, risolvendo il problema strutturale, soddisfa anche le ragioni degli altri ricorrenti, con l'ulteriore vantaggio che la Corte viene impegnata nell'esame del solo caso pilota.

Tuttavia, ove lo Stato non adotti le misure indicate dalla Corte nel termine fissato nella sentenza, le cause sospese vengono riassunte. In quest'ultima ipotesi, con il Protocollo n. 14, la procedura viene semplificata in quanto si prevede che, in presenza di giurisprudenza consolidata, i ricorsi possono essere dichiarati ricevibili e decisi, all'unanimità, da un Comitato di tre giudici[8].

---

mento a est del Consiglio d'Europa, con conseguente ratifica della CEDU da parte di molti Stati aventi un'esperienza meno garantista nella tutela di alcuni diritti umani. Infine, come vedremo, non va sottaciuta la portata dei ricorsi cosiddetti seriali o ripetitivi, ossia derivanti da problemi sistemici e strutturali esistenti a livello statale, sovente, di difficile o non rapida soluzione.

3 Tale Protocollo, aperto alla firma nel maggio 2004, è entrato in vigore solo il 1° giugno 2010.

4 Con la conferenza intergovernativa di Interlaken del 2010 si inaugura un nuovo metodo di lavoro per procedere alla riforma della CEDU, che – per dirla con le parole della stessa Corte europea (*Memorandum of the President of the European Court of Human Rights to the States with a View to Preparing the Interlaken Conference*, del 3 luglio 2009) – vede coinvolti in prima linea "State actors capable of engaging the responsibility of their country at the political level (…) to reaffirm the commitment of the State to the protection of human rights in Europe (…)", nonché "to build for the future and to establish a roadmap for the evolution of the European Court of Human Rights".

5 Sempre nell'ottica di rendere più snello e celere il procedimento dinanzi alla Corte europea, il Protocollo n. 14 introduce, altresì, la norma che consente la decisione congiunta di ricevibilità e merito del ricorso (art. 29 CEDU) e quella che permette di addivenire a un regolamento amichevole della controversia in ogni fase e momento del procedimento (art. 39 CEDU).

6 Sentenza della Corte europea del 22 giugno 2004, *Broniowski* c. *Polonia*.

7 La norma è stata introdotta il 21 febbraio 2011 ed è in vigore dal successivo 31 marzo.

8 Art. 28, par. 1, lett. b), CEDU.

Risponde alla stessa esigenza di prevenire i ricorsi ripetitivi, risolvendo definitivamente i problemi strutturali, l'ampliamento dei poteri del Comitato dei ministri in sede di controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte[9]. Infatti, con il Protocollo n. 14, è stata attribuita al Comitato la facoltà di adire la Corte per risolvere problemi interpretativi di una precedente sentenza, allorché il Comitato ritenga che possano essere di ostacolo all'esecuzione della stessa; analoga facoltà spetta al Comitato nel caso uno Stato rifiuti di eseguire una sentenza resa nei suoi confronti[10].

Infine, con riferimento ai ricorsi individuali, il Protocollo in parola rafforza i filtri, consentendo a un giudice unico di pronunciarsi sull'inammissibilità dei ricorsi manifestamente infondati[11] ed introducendo un nuovo requisito di ricevibilità[12].

Il nuovo requisito, in applicazione del principio *de minimis non curat praetor*, rende inammissibile il ricorso se il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che lo stesso ricorso non sia stato debitamente esaminato dinanzi ai giudici nazionali e che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli non esiga un esame del ricorso nel merito. Secondo quanto statuito dalla Corte nella prima sentenza in cui ne ha fatto applicazione, la nuova condizione di ricevibilità consta di tre elementi che devono coesistere affinché il ricorso sia dichiarato inammissibile, segnatamente: l'assenza di un pregiudizio importante; la non necessità di un esame nel merito, in considerazione del rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU e dai suoi Protocolli; la circostanza che il caso sia stato esaminato debitamente da un tribunale interno[13].

Merita ricordare che l'introduzione di siffatto requisito di ricevibilità è stata accompagnata da numerose critiche, legate alla difficolta di stabilire, anzitutto, sulla base di quali parametri (oggettivi, soggettivi, meramente economici) il pregiudizio possa dirsi non importante[14]; quindi, di definire cosa debba intendersi per "debito" esame da parte dei tribunali nazionali, una valutazione rigorosa di quest'ultimo presupposto rischiando di comportare tempi processuali lunghi[15]. Forse per questa ragione, la Corte europea si è orientata a considerare soddisfatta tale clausola di salvaguardia allorché, da una ricognizione sommaria del processo nazionale, risulti che il ricorrente abbia potuto sottoporre il proprio caso a un giudice e che non vi sia stato un evidente diniego di giustizia[16], privilegiando l'esigenza di non ridurre ecces-

---

9 Art. 46, paragrafi 2-5, CEDU.

10 In quest'ultima ipotesi, la Corte europea, a sua volta, constatata la violazione in discorso, rinvia la questione al Comitato affinché esamini le misure da adottare.

11 Art. 27 CEDU.

12 Art. 35, par. 3, lett. b), CEDU.

13 Decisione della Corte europea del 1° giugno 2010, *Ionescu* c. *Romania*.

14 La successiva prassi applicativa della Corte europea rileva che il pregiudizio può essere importante anche in assenza di ricadute patrimoniali (tra le altre, v. la decisione del 1° luglio 2010, *Korolev* c. *Russia*, e le sentenze del 21 giugno 2011, *Giuran* c. *Romania*, e del 13 settembre 2011, *Zivic* c. *Serbia*) e che la valutazione del danno economico va effettuata alla luce della condizione personale ed economico-patrimoniale del ricorrente e della situazione economica del Paese o della regione in cui vive (*Korolev*, e decisione del 22 febbraio 2011, *Gaftoniuc* c. *Romania*).

15 Queste le preoccupazioni espresse dalla stessa Corte europea nel doc. CDDH-GDR (2004), del 10 febbraio 2004, *Response of the European Court of Human Rights to the CDDH (Steering Committee for Human Rights) Interim Activity Report prepared following the 46th Plenary Administrative Session*, par. 19.

16 Si vedano, tra le altre, le decisioni del 19 ottobre 2010, *Rinck* c. *Francia*, e del 14 dicembre 2010, *Holub* c. *Repubblica Ceca*, oltre ai citati casi *Ionescu* e *Korolev*. In dottrina era stato, invece, prospettato

sivamente l'efficacia deflattiva del nuovo criterio di ricevibilità. Come vedremo, l'intento "to give greater effect to the maxim *de minimis non curat praetor*" è alla base della scelta, operata con il Protocollo n. 15, di emendare, per questa parte, la condizione di ricevibilità in parola[17].

Il rapporto esplicativo del Protocollo n. 14 evidenzia che il percorso di riforma intrapreso è ispirato alla più corretta applicazione del principio di sussidiarietà[18] ed, invero, sulla base del principio di sussidiarietà si sono sviluppati i successivi lavori delle citate conferenze intergovernative di riforma del sistema convenzionale.

Il principio di sussidiarietà non è menzionato nel testo della Convenzione ma – come già riconosciuto dalla Corte europea sin dalle sue prime sentenze[19] – si desume dal combinato disposto degli articoli 1, 13 e 35, par. 1, CEDU, a mente dei quali è anzitutto un dovere degli Stati assicurare il rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e garantire all'individuo il diritto a un ricorso effettivo in caso di loro violazione; ed infatti, la funzione della Corte europea consiste nel controllare che gli Stati parte rispettino gli obblighi assunti convenzionalmente (articoli 19 e 32 CEDU) ed il ricorso alla Corte è ammissibile, ai sensi del predetto art. 35, par. 1, CEDU, solo previo esaurimento dei ricorsi interni. In altri termini, il principio di sussidiarietà così inteso, per un verso, garantisce il pieno rispetto delle prerogative sovrane degli Stati parte della CEDU, nella consapevolezza che essi si trovano nella migliore posizione per giudicare, nell'ambito della propria giurisdizione, sulle eventuali violazioni dei diritti convenzionalmente riconosciuti e per porvi adeguato rimedio; per altro, qualora gli Stati falliscano nell'esercizio di tali prerogative, il suddetto principio assicura la tutela effettiva dei diritti in parola attraverso l'intervento della Corte europea.

In quest'ottica, nelle conferenze di riforma di Interlaken e di Izmir, è stato ritenuto che il principio di sussidiarietà "implies a shared responsibility between the States Parties and the Court"[20] e, se correttamente applicato, dovrebbe comportare,

---

che la clausola di salvaguardia richiedesse un esame sostanziale circa il rispetto dei diritto al ricorso interno effettivo e all'equo processo (R. Pisillo Mazzeschi, *Il coordinamento tra la nuova condizione di ricevibilità prevista dal Protocollo n. 14 alla Convenzione europea e la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 601 ss., in specie p. 615 ss.), ovvero implicasse la verifica dell'esistenza di ricorsi interni adeguati e soddisfacenti secondo la giurisprudenza pertinente della Corte europea (M. L. Padelletti, *Una nuova condizione di ricevibilità del ricorso individuale: il danno significativo subito dalla vittima*, *ivi*, 2006, p. 47 ss., in specie p. 62 ss.).

17 Così si esprime il rapporto esplicativo del Protocollo n. 15 alla CEDU, par. 23, sul quale v., *infra*, par. 2.

18 Rapporto esplicativo del Protocollo n. 14 alla CEDU, paragrafi 12, 15 e 82.

19 Sentenza della Corte europea del 23 luglio 1968, caso della "Lingua belga", par. 10. Più di recente, cfr. le sentenze del 26 marzo 2006, *Scordino* c. *Italia*, par. 140, e del 18 settembre 2009, *Varnava* e *al.* c. *Turchia*, par. 164. In dottrina, sull'argomento, v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, H. Petzold, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in R. MacDonald, H. Matscher, H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston, 1993, p. 41 ss.; P. G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *The American Journal of International Law*, 2003, p. 38 ss.; A. Di Stefano, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà. Contributo a una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Firenze-Catania, 2009.

20 Dichiarazione di Interlaken, del 19 febbraio 2010, punto (3). Di "shared responsibility of both the Court and the States Parties in guaranteeing the viability of the Convention mechanism" parla anche la

anzitutto, un congruo impegno degli Stati nel dare compiuta attuazione alle norme convenzionali[21], così da prevenire le violazioni delle medesime e i successivi ricorsi alla Corte europea. Inoltre, esso dovrebbe indurre lo Stato a predisporre adeguati rimedi interni contro le violazioni dei diritti realizzate, sicché il ricorso alla Corte europea diverrebbe irricevibile per mancato esaurimento dei ricorsi interni o perché manifestamente infondato, in quanto già adeguatamente trattato a livello nazionale[22]. Infine, la corretta esecuzione delle sentenze della Corte, specie qualora esse accertino l'esistenza di problemi strutturali e ferma restando la discrezionalità degli Stati nella individuazione dei mezzi di esecuzione delle medesime, dovrebbe escludere la proposizione dei ricorsi ripetitivi[23].

Date queste premesse, diventa prioritaria, secondo le proposte avanzate nelle due conferenze intergovernative[24], un'adeguata formazione e informazione dei funzionari e giudici destinati ad applicare la CEDU a livello interno, la quale, a sua volta, non può prescindere dalla diffusione delle sentenze della Corte relative allo Stato, o che concernano questioni di interesse per quello Stato, ovvero siano di carattere generale[25].

Ed invero, nonostante le pronunce della Corte europea non abbiano valore *erga omnes* bensì un'efficacia giuridico-formale limitata al singolo caso (art. 46, par. 1, CEDU), ossia nonostante determinino effetti giuridici esclusivamente *inter partes* e, dunque, siano obbligatorie solo per gli Stati e gli individui coinvolti nel processo, si ritiene che le stesse producano il cosiddetto effetto della *res interpretata*, "nel senso che l'interpretazione della Corte tende a consolidarsi e ad imporre il significato delle

successiva dichiarazione di Izmir del 27 aprile 2011. In precedenza, nel senso che "Interlaken (…) must acknowledge the sharing of responsibility between the States and the Court", v. il citato *Memorandum of the President of the European Court of Human Rights to the States*, punto A.

21 Dichiarazione di Interlaken, Piano d'azione, punto B; dichiarazione di Izmir, punto B. Nello stesso senso, dettagliatamente, v. il citato *Memorandum of the President of the European Court*, punto B.2 (1).

22 D'altro canto, la Corte dovrebbe applicare in modo rigoroso i requisiti di ricevibilità del ricorso e incoraggiare, attraverso l'applicazione dell'art. 13 CEDU, l'introduzione di rimedi efficaci ed effettivi a livello statale: dichiarazione di Interlaken, punto (4), e Piano d'azione, punto E; dichiarazione di Izmir, punti 4 ed F.

23 Dichiarazione di Interlaken, punto (7) e Piano d'azione, punto D. Sull'importante funzione di vigilanza sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea da parte degli Stati, svolta dal Comitato dei ministri con l'entrata in vigore del Protocollo n. 14, v. la dichiarazione di Izmir, punti (8) e H.

24 Altre proposte hanno riguardato l'introduzione di ulteriori filtri per i ricorsi individuali, soprattutto in termini di nuovi requisiti di irricevibilità e/o procedimenti per decidere i ricorsi ripetitivi: dichiarazione di Interlaken, punto (6), e Piano d'azione, punti A, C, D; dichiarazione di Izmir, punti 4, A, C, E; di norme per accrescere l'indipendenza e l'imparzialità della Corte, dichiarazione di Interlaken, punto (8), e Piano d'azione, punto E; dichiarazione di Izmir, punti 6, 7; di procedure semplificate per emendare le norme convenzionali di carattere organizzativo, dichiarazione di Interlaken, punto (10), e Piano d'azione, punto G; dichiarazione di Izmir, punto G. Sulla proposta di attribuire alla Corte la competenza ad emettere pareri interpretativi della CEDU (dichiarazione di Izmir, punto D) v., *infra*, par. 4.

25 Dichiarazione di Interlaken, Piano d'azione, punto B.4 (c); dichiarazione di Izmir, punto B.1 (c). Questo approccio trova il sostegno della stessa Corte europea, la quale, nel citato caso *Scordino* (par. 239), ha statuito "domestic courts must (…) be able, under domestic law, to apply the European case-law directly and their knowledge of this case-law has to be facilitated by the State in question". In precedenza, nello stesso senso, v. la raccomandazione del Comitato dei ministri (2002)13, del 18 dicembre 2002, sulla pubblicazione e diffusione negli Stati membri del testo della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

disposizioni della Convenzione da essa risultante"[26]. Tale effetto si giustifica in ragione della circostanza che le sentenze della Corte europea contribuiscono a chiarire la portata delle norme convenzionali e a consentire l'applicazione della CEDU quale diritto vivente[27]; inoltre, merita ricordare che la Corte europea, per ragioni di certezza del diritto – che, come vedremo, risultano consolidate dai progetti di riforma e dai risultati accolti nel Protocollo n. 15 – si discosta dai propri precedenti solo per ragioni cogenti[28].

Sicché, con le conferenze di Interlaken e Izmir, assume un ruolo prioritario il dialogo tra Stato e Corte europea e, in particolare, quello tra tribunali nazionali e Corte europea; al contempo, si cerca di accrescere l'autorità della *res interpretata*, come strumento per incentivare siffatto dialogo[29].

Peraltro, a quest'ultimo riguardo, non va nondimeno sottaciuto il rischio che si venga a negare, di fatto, il principio di interpretazione evolutiva della CEDU,

---

[26] U. Villani, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 ss., in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, p. 1425 ss., e in U. Villani, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2012, p. 89 ss., in specie p. 111. In argomento, v., altresì, l'ampio studio di E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1999, p. 293 ss. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, come è noto, la Corte cost. (sentenze del 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, rispettivamente, paragrafi 4.6 e 6.2 delle considerazioni in diritto) ha affermato l'esistenza di un obbligo dei giudici di merito di interpretare, nei limiti del possibile, le norme interne in senso conforme alle norme della CEDU, così come chiarite dalla giurisprudenza della Corte europea. Sul valore attribuito alla *res interpretata* in relazione alle sentenze della Corte europea dalle normative o dalla prassi giurisprudenziale degli Stati parte della CEDU, si veda il documento DH-GDR(2013)R4 Addendum II, del 7 giugno 2013, intitolato *Draft Guide to Good Practice in Respect of Domestic Remedies* ed elaborato dal Committee of Experts on the Reform of the Court dello Steering Committee for Human Rights del Consiglio d'Europa, par. V.

[27] In questo senso v. già le sentenze della Corte europea del 18 gennaio 1978, *Irlanda* c. *Regno Unito* ("The Court's judgments (…) serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties": par. 154), e del 25 aprile 1978, *Tyrer* c. *Regno Unito* ("The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions": par. 31).

[28] In proposito, va, altresì, ricordato che l'art. 36, par. 2, CEDU consente, su invito del Presidente della Corte, l'intervento di Stati terzi nel procedimento, ove sia opportuno nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia. Tale ipotesi si verifica senz'altro allorquando l'interpretazione delle norme rilevanti nel processo potrebbe incidere sugli ordinamenti degli Stati terzi.

[29] La bibliografia sul dialogo tra le Corti è molto ampia; tra gli altri si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; O. Pollicino, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010; Id., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2011, p. 1 ss.; Id., *Un tentativo di problematizzazione e rimodulazione del dibattito intorno al 'dialogo' tra le Corti*, in G. de Vergottini (a cura di), *Rendiconti dell'Accademia delle Scienze*, Bologna, 2012, p. 39 ss.; M. Fragola (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012; G. Martinico, O. Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham-Northampton, 2012; G. Repetto (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, 2013.

tesa ad attualizzare la portata dei singoli diritti in relazione alle mutate circostanze storico-sociali[30].

Inoltre, l'insistenza eccessiva sul principio di sussidiarietà e, quindi, sul prioritario ruolo statale nell'assicurare la piena attuazione della CEDU, potrebbe dar adito ad interpretazioni del medesimo principio volte a trasformare la Corte europea in una corte destinata ad occuparsi dei soli casi concernenti seri problemi interpretativi o gravi violazioni della CEDU, riducendo fortemente la portata e l'effettività del diritto fondamentale al ricorso individuale previsto dall'art. 34[31]. Infatti, nonostante l'insistenza delle dichiarazioni finali sia di Interlaken che di Izmir sulla centralità del diritto al ricorso individuale nel sistema istituito dalla CEDU[32], alcuni passaggi delle medesime potrebbero indurre a prospettare una restrizione del ruolo della Corte europea nei termini sopra accennati[33].

---

[30] In questo senso, con riguardo alla nuova competenza del Comitato di tre giudici, introdotta dal Protocollo n. 14, di decidere ammissibilità e merito di ricorsi che pongano questioni interpretative della CEDU oggetto di giurisprudenza consolidata della Corte, v. già le considerazioni critiche svolte da U. Villani, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *La Comunità Internazionale*, 2004, p. 487 ss., in specie p. 493 s.

[31] In dottrina, si sono espressi a favore di una riforma del sistema che enfatizzi la funzione della Corte europea indicata nel testo, funzione sovente definita di "giustizia costituzionale", tra gli altri, L. Wildhaber, *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 161 ss.; S. Greer, *Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, p. 405 ss.; Id., *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006, p. 169 ss. *Contra* (ossia a favore di una Corte europea che resti anzitutto giudice del ricorso individuale) M. B. Dembour, *"Finishing Off" Cases: The Radical Solution to the Problem of Expanding ECtHR Caseload*, in *European Human Rights Law Review*, 2002, p. 604 ss.; M. Beernaert, *Protocol 14 and New Strasbourg Procedures: Towards Greater Efficiency? And At What Price?*, in *European Human Rights Law Review*, 2005, p. 544 ss.; G. Cohen-Jonathan, *Propos introductifs*, in G. Cohen-Jonathan, J. F. Flauss (dirs.), *Le réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, p. 42 ss.; P. Leach, *Access to the European Court of Human Rights – From a Legal Entitlement to a Lottery?*, in *Human Rights Law Journal*, 2006, p. 11 ss. Per un esame complessivo del tema della riforma della CEDU e della Corte europea alla luce dei due orientamenti sopra indicati, si rinvia a J. Christoffersen, M. Rask Madsen (eds.), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Oxford, 2011, in specie p. 119 ss. Infine, nel senso che il processo di riforma della Corte europea non debba propendere né per l'uno né per l'altro orientamento, bensì favorire il rafforzamento dell'"embeddedness" della CEDU, della Corte e della sua giurisprudenza negli ordinamenti nazionali, v. L. R. Helfer, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 125 ss.

[32] Dichiarazione di Interlaken, punto (1); dichiarazione di Izmir, punto A.1.

[33] Il riferimento è al punto E.9, lettere (a) (b), del Piano d'azione della Dichiarazione di Interlaken, nel quale si invita la Corte a non riconsiderare le questioni di fatto o diritto decise dalle autorità nazionali "in line with its case-law according to which *it is not a fourth instance court*" e ad applicare uniformemente e rigorosamente i criteri sulla ricevibilità e la giurisdizione "and *take fully into account its subsidiary role* in the interpretation and application of the Convention" (corsivi aggiunti); in senso analogo, v. dichiarazione di Izmir, punto F.2 (a) (c). Per una valutazione critica di tali affermazioni già con riferimento alla dichiarazione di Interlaken, si rinvia a V. Zagrebelsky, *La Conferenza di Interlaken per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti umani. La crisi è più seria dei rimedi che i governi ipotizzano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 309 ss., in specie p. 311 s., il quale sottolinea che qualora "proprio la ricostruzione dei fatti oppure la qualità della legislazione interna sia l'oggetto del ricorso (…) la Corte deve valutare l'adeguatezza della risposta giudiziaria interna (…) e non può evitare di prendere posizione nel contrasto delle versioni e degli argomenti delle parti".

Siffatta linea interpretativa restrittiva, assieme alla tendenza a enfatizzare la diffusione, la conoscenza e l'applicazione della giurisprudenza della Corte europea da parte dei giudici nazionali, sembrerebbe trovare conferma e sviluppo ulteriore nella successiva conferenza intergovernativa di Brighton.

2. La conferenza di Brighton rappresenta una svolta importante nel processo di riforma della CEDU e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Infatti, per un verso, la dichiarazione finale del 19 aprile 2012 ha dato l'impulso e dettato i contenuti dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU, recentemente approvati e aperti alla firma[34]; per altro, essa rappresenta il risultato di un dibattito molto animato che ha visto coinvolti gli Stati membri (*in primis*, il Regno unito) e gli organi del Consiglio d'Europa, assieme a numerose ONG, impegnate nel campo della tutela dei diritti umani[35].

Come è noto, alcune sentenze emanate dalla Corte europea nei confronti del Regno unito (in materia di diritto di voto ai detenuti, immigrazione e terrorismo e, più di recente, ergastolo senza possibilità di liberazione)[36] hanno incontrato lo sfavore dell'opinione pubblica britannica e suscitato le dure reazioni del governo di quel Paese. Quest'ultimo, richiamando argomenti svolti da una parte della dottrina[37], ha criticato la Corte, accusandola di sostituirsi alla volontà dei parlamenti nazionali democraticamente eletti per sovvertire l'interpretazione di alcuni diritti, correttamente effettuata a livello nazionale sulla base dei principi giuridici, etici, sociali, religiosi e culturali propri della popolazione locale[38]. I timori che, a causa di un simile comportamento della Corte europea, "the concept of human right is being distorted" e si produca "a corrosive effect on people's support for human rights", al punto che "[t]he Court (…) lose the confidence of the people of Europe"[39], hanno indotto il Governo britannico ad avanzare una serie di proposte di riforma della Corte europea[40], fondate

[34] Il Protocollo n. 15 alla CEDU è stato aperto alla firma il 24 giugno 2013; esso entrerà in vigore a seguito della adesione di tutte le Alte Parti contraenti la CEDU; il Protocollo n. 16 alla CEDU è stato aperto alla firma in data 2 ottobre 2013 e per la sua entrata in vigore sarà sufficiente l'accettazione di sole dieci tra le Alte Parti contraenti la Convenzione. Per una ricostruzione delle iniziative di modifica che hanno portato all'elaborazione dei Protocolli in parola, v. C. Zanghì, *I progetti di Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2013, n. 43, p. 24 ss.

[35] Per un'efficace sintesi dei dibattiti e delle posizioni che hanno condotto all'approvazione del testo finale della Dichiarazione di Brighton, si veda V. Miller, A. Horne, *The UK and Reform of the European Convention of Human Rights*, Standard Note SN/IA/6277, International Affairs and Defence Section & Home Affairs Section, House of Commons Library, 27 aprile 2012, www.parliament.uk.

[36] Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 6 ottobre 2005, *Hirst* c. *Regno Unito*, e del 17 gennaio 2012, *Abu Qatada* c. *Regno Unito*. Le medesime dure critiche ha, di recente, suscitato la sentenza della Corte europea del 9 luglio 2013, *Vinter* e *al.* c. *Regno Unito*.

[37] L. Hoffmann, *The Universality of Human Rights*, Judicial Studies Board Annual Lecture, 19 marzo 2009, www.judiciary.gov.uk; M. Pinto-Duschinsky, *Bringing Rights Back Home. Making Human Rights Compatible with Parliamentary Democracy in UK*, 2011, www.policyexchange.org.uk; D. Raab, *Strasbourg in the Dock: Prisoners Voting, Human Rights and the Case for Democracy*, London, 2011, www.civitas.org.uk.

[38] Tra gli altri, si veda il discorso sulla Corte europea dei diritti dell'uomo, pronunciato il 25 gennaio 2012 all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa dal Primo ministro David Cameron, in qualità di Presidente di turno del Consiglio d'Europa, www.gov.uk.

[39] *Ibidem*.

[40] Esse sono contenute nella bozza di dichiarazione di Brighton, presentata il 23 febbraio 2012 al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (www.theguardian.com).

sul principio di sussidiarietà, ma, in vero, dirette a ridimensionare il ruolo della medesima Corte e dei ricorsi individuali[41]. In particolare, questo sembrava essere l'effetto del richiamo insistente al principio del margine di apprezzamento, il quale – riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte europea come un corollario della sussidiarietà a partire dalla sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside* c. *Regno Unito* – si fonda sulla convinzione che gli Stati siano, di norma, nella condizione migliore per valutare le circostanze del caso di specie e le esigenze della propria società e salvaguarda, con riferimento ai diritti suscettibili di restrizioni e deroghe – rimesse, in quanto tali, alla valutazione degli Stati –, la discrezionalità dei medesimi nell'attuazione e applicazione della CEDU[42].

Orbene, seppure le proposte di riforma britanniche riecheggino nella dichiarazione finale di Brighton, esse risultano emendate degli aspetti che più fortemente avrebbero inciso sull'autorità della Corte europea e sui capisaldi del sistema di garanzia stabilito dalla CEDU. Siffatto risultato è dovuto alle forti resistenze ad esse opposte da numerose ONG, dall'Assemblea parlamentare e dal Segretario generale del Consiglio d'Europa, oltre che dalla stessa Corte europea, le cui posizioni risultano ben sintetizzate dalle parole dell'allora Presidente, sir Nicolas Bratza, cui hanno fatto eco quelle pronunciate dal Segretario generale del Consiglio d'Europa nel discorso di chiusura della conferenza di Brighton. In tali discorsi, la Corte europea è vista come un baluardo fondamentale per la tutela dei diritti umani, nonché come uno strumento di garanzia dei diritti degli individui appartenenti a minoranze, anche contro le violazioni compiute dallo Stato con il beneplacito della maggioranza dell'opinione pubblica; inoltre, si sottolinea che unicamente salvaguardando e rafforzando siffatta funzione essenziale della Corte la piena tutela dei diritti umani potrà continuare ad assicurare pace e stabilità in Europa.

Su queste basi, il testo finale della dichiarazione di Brighton non soltanto evita un depotenziamento della Corte europea[43] ma, ribadendo quanto già proclamato

---

41 Sul punto, si rinvia a L. R. Helfer, *The Burdens and Benefits of Brighton*, in *ESIL Reflections*, vol. 1, n. 1, 2012, esil-sedi.eu; R. Sapienza, *L'equilibrio fra ricorsi interni e ricorsi internazionali nel processo di riforma del sistema della Convenzione europea dei diritti umani dopo la Dichiarazione di Brighton*, in *La Comunità Internazionale*, 2013, p. 309 ss., in specie p. 317 s. (anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

42 In dottrina sull'argomento, v., tra gli altri, R. MacDonald, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, III, Milano, 1987, p. 187 ss.; E. Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 843 ss.; Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York, 2002; J. Gerards, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, 2011, p. 80 ss.; R. Sapienza, *L'interpretazione della Convenzione europea tra margine di apprezzamento statale e vincolo di interpretazione conforme. Profili sistematici*, in F. Salerno, R. Sapienza (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011; M. Lugato, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 359 ss.

43 Ha sottolineato che la conferenza in discorso abbia realizzato un potenziamento del ruolo della Corte europea anche l'attuale Presidente della stessa, Dean Spielmann, durante l'udienza solenne del 25 gennaio 2013. In dottrina, esprimono un giudizio positivo sugli esiti della conferenza di Brighton, tra gli altri, A. Bultrini, *Il futuro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Affari internazionali*, 2012, www.affarinternazionali.it; G. Raimondi, *La Dichiarazione di Brighton sul futuro della*

nelle dichiarazioni di Interlaken e Izmir, giunge a riconoscere lo straordinario contributo della Corte alla protezione dei diritti umani in Europa e a confermarne l'autorità nell'interpretare la CEDU; a riaffermare che il diritto al ricorso individuale è una pietra miliare del sistema di garanzia istituito dalla Convenzione; a fornire utili indicazioni sulle misure da assumere per favorire la piena attuazione e applicazione della CEDU e delle sentenze della Corte a livello nazionale[44].

Inoltre, nell'ottica del rafforzamento del dialogo tra tribunali nazionali e Corte europea – definito strumento essenziale "of developing an enhanced understanding of their respective roles in carrying out their shared responsibility for applying the Convention" – la dichiarazione di Brighton propone di redigere un protocollo opzionale che disciplini una nuova competenza della Corte europea ad emanare pareri consultivi sull'interpretazione della CEDU, "in the context of a specific case at domestic level, without prejudice to the non-binding character of the opinions for the other States parties"[45]. Come vedremo nel prosieguo, quest'ultimo è esattamente l'oggetto del Protocollo n. 16, il quale tuttavia esclude in ogni caso che tali pareri possano essere vincolanti per qualsivoglia Stato, compreso quello del giudice che richieda il parere.

D'altro canto, va riconosciuto che, da altri passaggi della dichiarazione in parola, emerge il suo carattere di "soluzione di compromesso" tra le posizioni britanniche, tendenti a "indebolire" la Corte, e quelle volte a salvaguardare l'efficacia del sistema di garanzia.

Infatti, nonostante queste ultime posizioni – come si è detto – abbiano finito per prevalere, nella sezione dedicata ai rapporti tra Corte europea e autorità nazionali, la dichiarazione sottolinea il margine di apprezzamento di cui gli Stati godono nell'attuazione della CEDU ed utilizza questo principio per limitare il ruolo della Corte "to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, *having due regard to the State's margin of appreciation*"[46]; inoltre, essa incoraggia la Corte "to give great prominence to and to apply consistently these principles [di sussidiarietà e del margine di apprezzamento] in its judgments"[47]. Su queste basi, la dichiarazione propone, infine, l'inserimento del riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento, "as developed in the Court's case law", nel Preambolo della CEDU[48]; inserimento al quale provvede il Protocollo n. 15 (art. 1).

Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, n. 3, www.rivistaaic.it.

44 Dichiarazione di Brighton, paragrafi 1-4; 10; 26-29. Degni di menzione sono, altresì, i paragrafi 7-10, i quali specificano le misure che gli Stati e gli organi del Consiglio d'Europa debbono assumere per prevenire le violazioni della CEDU (dalla formazione dei giudici e operatori del diritto alla diffusione delle sentenze più significative della Corte; dall'introduzione di nuovi rimedi interni alla pubblicazione della guida redatta dalla Corte sui criteri di ricevibilità dei ricorsi individuali). Su questi ultimi profili e sull'utile contributo che può essere fornito dagli altri organi del Consiglio d'Europa in ambito consultivo, educativo e di controllo degli Stati e degli organi statali interessati dall'applicazione della CEDU o dall'esecuzione delle sentenze della Corte, v. il citato discorso del 19 aprile 2012 del Segretario generale del Consiglio d'Europa.

45 Dichiarazione di Brighton, par. 12, lettere c) e d).

46 *Ivi*, par. 11 (corsivo aggiunto).

47 *Ivi*, par. 12, lett. a).

48 *Ivi*, par. 12, lett. b). Va sottolineato che il testo definitivamente approvato, pur criticato dalle ONG

Inoltre, la dichiarazione sottolinea il ruolo fondamentale, per garantire prevedibilità e certezza del diritto, nonché eguaglianza di fronte alla legge, di una giurisprudenza della Corte coerente, dalla quale essa dovrebbe discostarsi solo per ragioni cogenti, "and in particular, invites the Court to have regard to the importance of consistency where judgments relate to aspects of the same issue, so as to ensure their cumulative effect continues *to afford States Parties an appropriate margin of appreciation*"[49]. Secondo la dichiarazione, a questo scopo, è utile che alle Parti non sia consentito fare opposizione, in caso di rimessione alla Grande camera di questioni che sollevino gravi problemi interpretativi della Convenzione o che potrebbero comportare una revisione di una giurisprudenza consolidata (art. 30 CEDU); tale proposta di emendamento è recepita nel Protocollo n. 15 (art. 3), con il beneplacito della Corte europea[50].

Infine, l'incidenza della posizione britannica appare minore in materia di requisiti di ricevibilità dei ricorsi individuali, poiché la dichiarazione di Brighton, nel testo definitivamente approvato, rinuncia a prospettare l'introduzione di nuovi requisiti di ricevibilità[51], limitandosi ad adottare le proposte, rispettivamente, volte a ridurre da 6 a 4 mesi dalla sentenza interna definitiva il termine entro il quale sottoporre il ricorso alla Corte (ai sensi dell'art. 35, par. 1, CEDU), e ad eliminare la condizione che il caso sia stato debitamente esaminato dai tribunali nazionali, ai fini dell'operatività della causa di irricevibilità relativa al pregiudizio non impor-

(*Joint NGO comments on the drafting of Protocols 15 and 16 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, del 16 novembre 2012; *Draft Protocol 15 to the European Convention on Human Rights: a reference to the doctrine of the margin of appreciation in the Preamble of the Convention. Open letter to all member states of the Council of Europe*, del 15 aprile 2013, entrambi in www.amnesty.org), è meno invasivo delle attuali competenze della Corte europea rispetto alle iniziali proposte avanzate dalla Presidenza britannica. Infatti, la bozza della dichiarazione di Brighton (paragrafi 17 e 19, lett. b) riconosceva agli Stati "a *considerable* margin of appreciation" (corsivo nostro); proponeva l'inserimento del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento nel testo della Convenzione e relegava la Corte europea al ruolo di revisore delle decisioni assunte dalle autorità nazionali "to ensure that they are within the margin of appreciation". Su tali aspetti della bozza, v. criticamente *Joint NGO preliminary comments on the first draft of the Brighton Declaration on the Future of the European Court of Human Rights*, del 5 marzo 2012, punti a e b, www.amnesty.org, a mente della quale la bozza "misrepresents the role of the Court under article 19 of the Convention (…). This language, together with the use of the expression 'subsidiary jurisdiction' (…) suggests that the purpose of the Draft is to change the nature of the function of the Court".

[49] Dichiarazione di Brighton, rispettivamente, par. 25, lett. c), corsivo aggiunto. Nello stesso senso, v. la bozza di dichiarazione di Brighton, par. 33, lett. g).

[50] Cfr. il parere preliminare della Corte europea in vista della conferenza di Brighton, del 20 febbraio 2012, par. 38.

[51] In luogo della proposta britannica di inserire un nuovo criterio di ricevibilità dei ricorsi individuali in caso essi siano stati già decisi a livello nazionale sulla base di giurisprudenza consolidata della Corte europea e tenuto conto del margine di apprezzamento, salvo il caso in cui gli stessi sollevino serie questioni interpretative o applicative della CEDU ovvero vi sia un errore grave da parte dei giudici statali (bozza dichiarazione di Brighton, par. 23, lett. c), la dichiarazione di Brighton contiene solo un invito alla Corte europea a ritenere manifestamente infondati (*ex* art. 35, par. 3, lett. a) i ricorsi individuali presentati nelle ipotesi sopra indicate ed elimina il riferimento all'errore grave dei tribunali nazionali. In questo senso, essa sembra accogliere, ancora una volta, le considerazioni espresse in proposito dalla Corte nel citato parere preliminare (paragrafi 31-32), nonché da numerose ONG (*Joint NGO input in the ongoing negotiations on the draft Brighton Declaration on the Future of the European Court of Human Rights*, del 20 marzo 2012, par. III, www.amnesty.org).

tante (art. 35, par. 3, lett. a, CEDU)[52]. Tali modifiche sono attualmente accolte dal Protocollo n. 15 alla CEDU[53]. A quest'ultimo riguardo, va, nondimeno evidenziato che l'eliminazione della citata clausola di salvaguardia, rispetto all'operatività del requisito di ricevibilità ispirato al principio *de minimis non curat praetor*, se, per un verso, mira a soddisfare più ampiamente le esigenze di riduzione del carico di lavoro della Corte, per altro, potrebbe comportare un indebolimento del fondamentale diritto al ricorso individuale[54].

3. Il riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento, seppure relegato nel preambolo dal Protocollo n. 15, è l'elemento di novità che ha suscitato e suscita le maggiori perplessità.

A riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte sottolineato che sussidiarietà e margine di apprezzamento costituiscono due principi interpretativi fondamentali, la cui applicazione dipende da un'accurata valutazione, da parte della stessa Corte, delle circostanze del caso di specie, oltre che da un approfondito esame delle modalità di attuazione e dell'interpretazione della CEDU, realizzate dai singoli Stati parte nel proprio ordinamento[55]. In particolare, con riferimento al margine di apprezzamento, la Corte europea non ha mancato di ricordare la complessità di questa dottrina, così giustificando l'applicazione differenziata che essa è solita farne[56].

Già in un documento sul principio di sussidiarietà elaborato a seguito della conferenza di Interlaken[57], la Corte europea aveva chiarito che siffatto principio deve essere bilanciato da principi altrettanto fondamentali per il sistema di garanzia istitu-

---

52 Nel senso che tale novella potrebbe ridurre il carico di lavoro della Corte, senza intaccare il fondamentale diritto al ricorso individuale, laddove rendesse operativo, nei rapporti tra ordinamento nazionale e Corte europea, il principio della tutela equivalente, già applicato dalla Corte nei rapporti con l'Unione europea, v. B. Conforti, *Osservazioni sulla dichiarazione di Brighton*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 649 ss., in specie p. 650 s.

53 Rispettivamente, articoli 4 e 5, Protocollo n. 15. Questo (art. 2) prevede, altresì, che la CEDU venga emendata per consentire che i candidati giudici non abbiano più di 65 anni di età al momento della presentazione della lista dei candidati all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, in modo da consentire loro di terminare il mandato novennale.

54 Anche con riguardo alle misure dirette a riformare CEDU e Corte europea nel lungo periodo, al fine di renderle più efficaci ed efficienti, ancorché la conferenza di Brighton dia mandato al Comitato dei Ministri di individuare "the way in which the Court can best fulfil its twin role of acting as a safeguard for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national level and authoritatively interpreting the Convention", la dichiarazione di Brighton (rispettivamente, paragrafi 35, lett. c, e 30-33) afferma che potrebbe essere necessario rivedere ruolo e natura della Corte, supportando lo sforzo statale di dare piena attuazione alla Convenzione a livello nazionale, così da porre la Corte "in a position to focus on serious or widespread violations, systemic and structural problems, and important questions of interpretation and application of the Convention". In questo modo, la dichiarazione sembra conformarsi alle proposte britanniche contenute nella bozza (paragrafi 39-40 e 42, punto e.ii).

55 Si veda, tra gli altri, il citato discorso dell'allora Presidente della Corte europea, sir Nicolas Bratza, alla conferenza di Brighton.

56 In questo senso la Corte europea si era espressa, tra le altre, nella sentenza del 28 novembre 1984, *Rasmussen* c. *Danimarca*, par. 40.

57 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Interlaken Follow-up. Principle of subsidiarity. Note by the Jurisconsult*, dell'8 luglio 2010. Il documento è stato elaborato sulla base dell'invito rivolto alla Corte nel punto E.9 (b) del Piano d'azione della Dichiarazione di Interlaken a prendere pienamente in considerazione il suo ruolo sussidiario nell'interpretazione e nell'applicazione della Convenzione.

ito dalla Convenzione, riferendosi, specificamente, a quelli di effettività della tutela dei diritti convenzionali e di interpretazione evolutiva della CEDU. L'applicazione di questi ultimi – secondo la ricostruzione effettuata dalla Corte – limita e condiziona l'operatività della sussidiarietà, ad es. sul piano dell'applicazione della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni (che vale fintantoché questi esistano e siano effettivi)[58] e della corretta interpretazione del margine di apprezzamento. A tale riguardo, la Corte aveva spiegato che "[i]t is clear that despite its importance, the margin of appreciation is never unlimited, and that the task of deciding whether or not there has been a violation of the Convention always lies with the Court (…) the Court, as the supreme guardian of the Convention, is quite often called upon to make corrective adjustments to the interpretation of the text by national authorities"[59].

Sulla base delle motivazioni brevemente richiamate, la Corte europea aveva espresso parere contrario al richiamo del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento, sia nel testo che nel preambolo della CEDU.

Tuttavia, essendo tale posizione rimasta minoritaria tra gli Stati partecipanti alla conferenza di Brighton, successivamente all'approvazione della dichiarazione finale e, soprattutto, durante i lavori che hanno portato alla redazione del Protocollo n. 15, la Corte europea ha tentato di fornire un'interpretazione della sussidiarietà e del margine di apprezzamento idonea a salvaguardare il proprio ruolo e le proprie prerogative[60]. Ancorché neanche tali istanze abbiano trovato accoglimento nel testo definitivo del Protocollo, esse sono recepite nel rapporto esplicativo del medesimo[61], a mente del quale il riferimento "to the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation (…) is intended (…) *to be consistent with the doctrine of the margin of appreciation as developed by the Court in its case law* (…). The jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, *depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged* (…). *The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system*"[62]. Benché il rapporto precisi, altresì, che "the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, *having due regard to the State's margin of appreciation*", tale riferimento al margine di apprezzamento è ridimensionato dalla indicazione che "[t]he Court *authoritatively interprets* the Convention. It also *acts as a safeguard* for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national level"[63].

---

58 Sul punto, v., ampiamente, R. Pisillo Mazzeschi, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità*, 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. 579 ss., in specie, p. 589 ss.; Id., *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, p. 151 ss. V., altresì, C. Pitea, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelski (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 655 ss., in specie p. 660 s.

59 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Interlaken Follow-up. Principle of subsidiarity*, par. 51 s.

60 Si veda, in particolare, la lettera inviata il 23 novembre 2012 dal Presidente della Corte europea allo Steering Committee for Human Rights (CDDH), incaricato di redigere la bozza dei Protocolli n. 15 e 16.

61 In questo senso, v., da ultimo, il rapporto del 12 dicembre 2012 (CDDH(2012)R76, *item* 2, par. 9) relativo al 76° incontro dello Steering Committee for Human Rights.

62 Rapporto esplicativo del Protocollo n. 15, paragrafi 7 e 9 (corsivi aggiunti).

63 *Ivi*, rispettivamente, paragrafi 9 e 8 (corsivi nostri).

Orbene, se secondo l'opinione preferibile il preambolo della Convenzione ha efficacia vincolante[64], non va dimenticato che la CEDU vive dell'interpretazione che di essa ha fornito e fornisce la Corte. Dunque, alla luce della chiara presa di posizione della medesima – la quale, da ultimo, ha molto insistito, ai fini dell'interpretazione del Protocollo, sull'importanza dei lavori preparatori e del rapporto esplicativo, da cui emerge in modo inequivoco la posizione della Corte su questo tema[65] –, appare altamente probabile che la stessa saprà interpretare i riferimenti contenuti nel preambolo e applicare i principi di sussidiarietà e del margine di apprezzamento nell'ottica che ci sembra più corretta e rispettosa del sistema di garanzia previsto a livello convenzionale[66], in quanto – per dirla con le parole di

[64] G. Conso, *Preambolo*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss.; R. Pisillo Mazzeschi, *Preambolo*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelski (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss. A tali commenti, si rinvia anche per una dettagliata ricostruzione delle decisioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo e delle sentenze della Corte europea che si riferiscono al preambolo della CEDU.

[65] "As the Court indicated in its comment to the CDDH [Steering Committee for Human Rights], there clearly was no common intention of the High Contracting Parties to alter either the substance of the Convention or its system of international, collective enforcement. Although the Court's preference is still for a more developed text, it is aware that the current wording represents a compromise among States in order to reach agreement over the Protocol as a whole. In any event, both the explanation given and the context in which the text was drafted are themselves legally significant, as illustrated by the Court's references to the Explanatory Report to Protocol No. 14 and to the Interlaken Action Plan in *Korolev v. Russia* (dec.), no. 25551/05, ECHR 2010. Moreover, the report of the relevant meeting of the CDDH – an extract of which the Committee of Ministers appended to its request for the present opinion – forms part of the *travaux préparatoires* of the Protocol and thus is relevant to its interpretation" (opinione della Corte europea sulla bozza di Protocollo n. 15 alla CEDU, del 6 febbraio 2013, par. 4).

[66] Conformemente a quanto prospettato nel testo v. M. L. Padelletti, *Il Protocollo n. 15 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: quali prospettive per i ricorsi individuali alla Corte europea?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 761 ss., in specie p. 765. L'interpretazione ritenuta preferibile dovrebbe fugare il timore, a più riprese espresso dalle ONG, che il riferimento nel Preambolo della CEDU ai soli principi di sussidiarietà e del margine di apprezzamento possa suggerire alla Corte di attribuirvi "priority in its application of the Convention rights (…)", indebolendone il ruolo di garante dei diritti umani convenzionali e, più in generale, di interprete della CEDU (*Joint NGO input*, par. IV; così anche *Joint NGO statement: The Brighton Declaration must strengthen human rights protection in Europe and preserve the integrity and authority of the European Court of Human Rights*, del 13 aprile 2012, www.amnesty.org). Invero, le ONG (*Joint NGO comments on the drafting of Protocols 15 and 16*; *Draft Protocol 15 to the European Convention on Human Rights*) avevano, altresì, espresso il timore che il testo dell'art. 1 del Protocollo n. 15, così come è formulato, possa dar adito ad un'applicazione del margine di apprezzamento con riguardo a diritti assolutamente inderogabili ovvero, in termini più ampi, rispetto alle indicazioni che emergono dalla giurisprudenza fino ad oggi sviluppata dalla Corte. In dottrina, per analoghe osservazioni v. E. Bates, *The Brighton Declaration and the "Meddling Court"*, 22 aprile 2012, in *UK Human Rights blog*, ukhumanrightsblog.com; M. Elliott, *The Brighton Declaration: Where Now for the Human Rights Act and the Bill of Rights Debate?*, 25 aprile 2012, ukconstitutionallaw.org, secondo i quali l'inserimento del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento nel preambolo della CEDU potrebbe indurre la Corte a risolvere i dubbi interpretativi relativi ai limiti ai diritti convenzionalmente garantiti in senso favorevole agli Stati. Sul punto, è degna di rilievo la posizione espressa da C. Zanghì, *op. cit.*, p. 24 ss.: l'A., dopo aver ricostruito in chiave critica la giurisprudenza più recente della Corte europea sul piano dell'applicazione di sussidiarietà, margine di apprezzamento, esaurimento delle vie di ricorso interno ai fini della ricevibilità dei ricorsi ed equo indennizzo, conclude che la formulazione del riferimento alla dottrina del margine di apprezzamento e, ancor di più, al principio di sussidiarietà, accolta nel Protocollo n. 15

Zagrebelski – "[d]al principio di sussidiarietà non si può trarre (…) una restrizione del controllo effettuato dalla Corte europea, che è pienamente titolata ad interpretare la Convenzione (art. 32 CEDU) con una giurisprudenza che si impone alle autorità nazionali. Nel sistema gli Stati sono certo in prima fila nell'applicazione della Convenzione, ma nel senso che sono obbligati a non violarla e a riparare le violazioni che si siano verificate, non nel senso che la Corte europea si debba mettere al traino di ciò che le autorità interne producono ed elaborano circa gli obblighi convenzionali"[67].

La correttezza dell'interpretazione del riferimento alla sussidiarietà e al margine di apprezzamento affermata dalla Corte pare inequivoca anche alla luce delle norme sull'interpretazione degli accordi, previste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 e ritenute corrispondenti al diritto consuetudinario. Infatti, "il Preambolo della Convenzione proclama con forza e solennità gli scopi, i valori e i principi fondamentali della medesima"[68] e, ai sensi dell'art. 31 della citata Convenzione di Vienna, i termini di un trattato devono essere interpretati nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato. Dunque, dato che nell'oggetto, nello scopo e nei principi fondamentali della CEDU rientra la tutela piena ed effettiva dei diritti umani da essa contemplati e che uno strumento essenziale per garantire quei diritti è rappresentato dal ricorso individuale alla Corte europea, ci sembra che l'interpretazione fornita dalla Corte sia affatto conforme ai suddetti oggetto, scopo e principi della stessa Convenzione. Anzi, ci pare che siffatta interpretazione sia quella che meglio si concilia con il carattere peculiare della CEDU come trattato di garanzia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il quale, in virtù di tali specialità e al pari di tutti i trattati in materia di diritti umani, va applicato e interpretato così da massimizzare l'obiettivo della protezione efficace ed effettiva dei diritti da esso contemplati[69].

---

e nel rapporto esplicativo, rappresenti un "risultato (…) deludente", perché inidoneo a "sottolineare il ruolo sussidiario della Corte in funzione della evoluzione espansiva e negativa della giurisprudenza di quest'ultima che ha spesso dimenticato il suo ruolo", ed aggiunge che "[s]ottolineare la funzione sussidiaria della Corte avrebbe quantomeno rappresentato un 'richiamo' alla Corte stessa ad un maggior rispetto delle prerogative nazionali, così come, peraltro, stabilito dalla CEDU".

67 V. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 312.

68 R. Pisillo Mazzeschi, *Preambolo*, cit., p. 12.

69 La specialità dei trattati sui diritti umani – affermata, per la prima volta, dalla Corte internazionale di giustizia nel parere sulle riserve alla Convenzione sul genocidio, del 28 maggio 1951 (seppure con riferimento alla sola Convenzione oggetto del parere e per trarne conseguenze sul piano della disciplina delle riserve per quel trattato) nei termini seguenti "[i]n such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention" – è stata ribadita in termini analoghi dalla giurisprudenza internazionale (intesa come comprensiva degli atti non vincolanti degli organi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani) con riferimento a numerosi trattati sui diritti umani ed, *in primis*, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo alla CEDU, al fine di interpretare tali convenzioni e applicarvi taluni istituti del diritto internazionale (quali le riserve ai trattati), in modo funzionale a rendere più intensa la tutela dei diritti da essi garantiti. Tra le altre, si veda la sentenza della Corte europea del 7 luglio 1989, *Soering* c. *Regno Unito*, secondo la quale "[i] n interpreting the Convention regard must be had to its *special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms* (see the Ireland v. the United Kingdom judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 90, § 239). Thus, the object and purpose of the Convention

4. Come si è accennato, la conferenza di Brighton ha, altresì, portato all'elaborazione di un ulteriore Protocollo alla CEDU, il n. 16, battezzato il Protocollo del dialogo[70] perché attribuisce alla Corte europea la competenza ad emanare pareri consultivi non vincolanti su questioni di principio relative all'interpretazione o applicazione dei diritti e delle libertà contemplati dalla Convenzione, così rafforzando l'interazione tra giudici nazionali e Corte europea e agevolando l'attuazione della CEDU nel rispetto del principio di sussidiarietà[71].

Invero, l'idea di attribuire alla Corte europea una competenza consultiva aggiuntiva rispetto a quella contemplata dagli articoli 47-49 CEDU[72], "in order to foster dialogue between courts and to enhance the Court's 'constitutional' role", compare già nel rapporto dei saggi, incaricati nel 2005 dal terzo Vertice dei capi di Stato e di governo del Consiglio d'Europa "to consider the long-term effectiveness of the ECHR mechanism"[73], ed è vista con favore nelle dichiarazioni finali di Izmir e di Brighton, rispettivamente, per prevenire le violazioni della CEDU – attraverso le indicazioni della Corte europea sulla corretta interpretazione delle norme convenzionali e della giurisprudenza pertinente – e per rafforzare l'interazione tra corti nazionali e Corte europea, in ossequio al principio di sussidiarietà[74].

Il risultato finale di questo lungo percorso – che ha pienamente coinvolto la Corte europea[75]– è un Protocollo opzionale, ossia destinato a entrare in vigore a seguito

---

as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (see, *inter alia*, the Artico judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 16, § 33)" (par. 87, corsivi aggiunti). In dottrina, conformemente, v., tra gli altri, B. Conforti, *Specificità della materia dei diritti umani e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 13 ss.; U. Villani, *Tendenze della giurisprudenza internazionale in materia di riserve ai trattati sui diritti umani*, in G. Venturini, S. Bariatti (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale.* Liber *Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 969 ss., e in U. Villani, *Dalla Dichiarazione universale*, cit., p. 35 ss.

70 Così si è espresso l'attuale Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Dean Spielmann, da ultimo nel discorso del 27 giugno 2013 al CDDH.

71 Articoli 1 e 5 Protocollo n. 16 e 3° 'considerando' del preambolo.

72 L'attuale competenza consultiva della Corte europea – introdotta con il Protocollo n. 2 alla CEDU del 6 maggio 1963, in vigore dal 21 settembre 1970, ed incorporata nella CEDU dal Protocollo n. 11 – può essere sollecitata dal solo Comitato dei ministri ed avere ad oggetto l'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, con esclusione delle questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel titolo I della Convenzione e nei Protocolli e delle questioni su cui la Corte o il Comitato dei ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla Convenzione. Per approfondimenti, si rinvia a P. Benvenuti, *Art. 47, Pareri Consultivi; Art. 48, Competenza consultiva della Corte; Art. 49, Motivazione dei pareri consultivi*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *op. cit.*, p. 696 ss.

73 Rapporto del Gruppo di saggi al Comitato dei ministri, CM(2006)203, del 15 novembre 2006, *Meeting* 979 *bis*, paragrafi 81-86. Il rapporto proponeva: di attribuire la facoltà di chiedere i pareri consultivi su questioni di principio o di interesse generale relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli solo ai giudici costituzionali o di ultima istanza; che i pareri non fossero vincolanti e che la Corte potesse rifiutarsi di esprimersi senza motivare il diniego; che tutti gli Stati parte dovessero aver la possibilità di sottoporre osservazioni alla Corte sulla questione oggetto del parere.

74 Punto D, dichiarazione di Izmir, e par. 12, lett. d), dichiarazione di Brighton.

75 I lavori si sono sviluppati elaborando una iniziale proposta presentata nel gennaio 2009 (DH-S-GDR(2009)004) in seno al gruppo di esperti creato dallo Steering Committee for Human Rights per elaborare progetti di riforma della CEDU e della Corte sulla base del citato rapporto dei saggi, dei successivi sviluppi dei dibattiti in argomento e della valutazione degli effetti prodotti dall'entrata in vigore del

dell'accettazione di sole dieci Alte Parti contraenti la CEDU (art. 8); tale testo disciplina la legittimazione a richiedere pareri alla Corte (articoli 1, par. 1, e 10); l'oggetto di siffatta funzione consultiva (art. 1, par. 1); le regole procedurali per l'accettazione delle richieste, la valutazione nel merito delle medesime e l'emanazione dei pareri (articoli 1, paragrafi 2 e 3, e 2-4); l'efficacia dei pareri consultivi (art. 5).

Quanto al primo aspetto, la richiesta di parere può provenire solo dalle "[h]ighest courts and tribunals" di ogni Stato parte e deve essere inerente al processo dinanzi ad esse pendente (art. 1). Il Protocollo n. 16 prevede che ogni Stato parte, all'atto dell'adesione, fornisca un elenco (successivamente modificabile a discrezione dello Stato interessato) di corti o tribunali nazionali abilitati a formulare la richiesta di parere consultivo alla Corte europea (art. 10). In questo modo, si rimette agli Stati la individuazione di quali siano le più alte giurisdizioni di cui, genericamente, parla l'art. 1, piuttosto che legittimare le sole corti di ultima istanza, come era stato inizialmente prospettato sia nel rapporto dei Saggi che nella originaria proposta discussa in seno al Gruppo di esperti (Reflection Group for the follow-up of the reform of the Court: DH-S-GDR) incaricato dallo Steering Committee for Human Rights di elaborare i progetti di riforma della Corte.

A conferma del ruolo primario dei tribunali nazionali nell'interpretazione e applicazione della CEDU, è degno di nota che le autorità giudiziarie in parola non siano mai obbligate a domandare alla Corte europea un parere consultivo: allorché si prospettino dubbi interpretativi di norme convenzionali suscettibili di applicazione nel caso pendente dinanzi alle più alte giurisdizioni nazionali, è rimessa alle medesime la *facoltà* di domandare i pareri consultivi. Naturalmente, ove l'interpretazione risultante dalla successiva sentenza del giudice interno appaia erronea, sarà sempre possibile per l'individuo interessato o per gli Stati parte della CEDU adire la Corte europea in sede contenziosa, sulla base delle ordinarie norme convenzionali e nel rispetto del principio di sussidiarietà e della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni.

Si evidenzia, così, un'importante difformità rispetto alla competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea (UE, d'ora in avanti) – che, pure, rappresenta uno strumento prezioso di dialogo tra autorità giudiziarie nazionali e dell'UE –, la quale difformità riflette le differenze tra i due sistemi (quello del Consiglio d'Europa e quello dell'UE) e il diverso grado di integrazione tra gli Stati nell'uno e nell'altro ambito[76].

Protocollo n. 14 (Reflection Group for the follow-up of the reform of the Court: DH-S-GDR). La Corte europea, più volte chiamata ad esprimersi in merito alla proposta di una nuova competenza consultiva, lo ha fatto, tra gli altri, nel parere sul rapporto dei saggi, del 2 aprile 2007 (par. 4); con il documento intitolato *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction* (n. 3853038); nonché con il parere preliminare della Corte sulla bozza di Protocollo n. 16 alla Convenzione che estende la sua competenza a emanare pareri consultivi sull'interpretazione della convenzione, del 6 maggio 2013. Per una sintesi dei dibattiti sviluppatisi intorno alla originaria proposta di una nuova competenza consultiva della Corte europea (elaborata in seno al DH-S-GDR dall'esperto norvegese e da quello tedesco), si veda il documento DH-GDR(2011) R8, Appendix VII, *DRAFT CDDH Report on the proposal to extend the Court's jurisdiction to give advisory opinions*; sui lavori che hanno condotto all'approvazione del Protocollo, v., in particolare, il documento DH-GDR(2012)R2, Steering Committee for Human Rights (CDDH), Committee of Experts on the Reform of the Court (DH-GDR), Meeting Report, 31 ottobre 2012, *item* 3.2.

[76] Sulle differenze tra i due sistemi, esaminate con riferimento alle conseguenze di un contrasto tra diritto statale e diritto dell'UE/norme CEDU, v. U. Villani, *Sul valore della Convenzione europea*, cit., p.

Difatti, se in ambedue le ipotesi si vuole assicurare una uniforme interpretazione e applicazione del diritto pertinente, nell'UE diviene prioritario, a tale scopo, evitare un errore interpretativo dei giudici nazionali di ultima istanza[77]; al contrario, per un sistema di garanzia sussidiario, come quello istituito dalla CEDU, è "naturale" intervenire quando vi sia stata una sentenza nazionale passata in giudicato, per rimediare alla violazione del diritto già compiuta, eventualmente mettendo in discussione lo stesso carattere definitivo della sentenza[78].

D'altro canto, analogamente a quanto previsto ai fini dell'esercizio della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, il Protocollo n. 16 rende necessario che la questione oggetto del parere consultivo abbia rilevanza ai fini della decisione del caso pendente dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale richiedente, sicché quest'ultima dovrà giustificare la propria domanda di parere indicando gli elementi di fatto e diritto utili alla Corte "to focus on the question(s) of principle relating to the interpretation or application of the Convention or the Protocols thereto"[79].

Orbene, ci sembra che, in questo quadro, le autorità giudiziarie nazionali possano giocare un ruolo non solo propulsivo dell'attività interpretativa della Corte europea, ma persino di indirizzo della medesima. Infatti, secondo il rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 – il quale fornisce un elenco piuttosto dettagliato delle informazioni che le autorità giudiziarie nazionali devono fornire ai sensi dell'art. 1, par. 3, del medesimo Protocollo – il giudice *a quo* potrà, tra l'altro, allegare, "if possible and appropriate, a statement of its own view on the question, including any analysis it may itself have made of the question"[80].

---

103 ss. V., altresì, per una valutazione comparatistica di come gli ordinamenti degli Stati membri trattino la CEDU e il diritto dell'UE, in considerazione delle similitudini e differenze tra i due sistemi, G. Martinico, *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 401 ss.

77 Tali giudici sono obbligati, per questa ragione, a disporre il rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE); per la medesima ragione, siffatto obbligo grava su qualsivoglia giudice interno che dubiti della legittimità di un atto dell'UE applicabile nel processo dinanzi a sé pendente. Sul punto, cfr. U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2013, III ed. riveduta e aggiornata, p. 373 ss., in specie pp. 378 s. e 386.

78 Per l'Italia, v. la sentenza della Corte cost. del 7 aprile 2011, n. 113, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 360 c.p.p. nella parte in cui non contempla un caso specifico di revisione volto a consentire la riapertura del processo, in presenza di una sentenza passata in giudicato, qualora sia necessaria per conformarsi, ai sensi dell'art. 46, par. 1, CEDU, ad una sentenza definitiva della Corte europea. Tale sentenza della Corte cost. segue le precedenti pronunce della Cassazione penale nei casi *Somogy* (del 3 ottobre 2006, n. 32678) e *Dorigo* (del 25 gennaio 2007, n. 2800), le quali avevano già messo in discussione il valore di giudicato di sentenze italiane dichiarate in contrasto con la CEDU dalla Corte europea, tentando variamente di vanificarne gli effetti. Per una recente analoga presa di posizione della giurisprudenza spagnola, cfr. l'ordinanza della Audencia Nacional n. 61 del 22 ottobre 2013, *A. Libertad Ines del Rio Prada*, www.poderjudicial.es. Sul valore delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali, si rinvia (anche per ulteriori riferimenti) a E. Lambert, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2008, p. 17 ss.; U. Villani, *Sul valore della Convenzione europea*, cit., p. 111 ss.; Id., *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. Fragola (a cura di), *op. cit.*, p. 1 ss., in specie p. 19 ss.; G. Cataldi, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti umani nel sistema della Convenzione*, *ivi*, p. 51 ss.

79 Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 alla CEDU, par. 11.

80 *Ivi*, par. 12.

Date queste premesse, la richiesta dei pareri consultivi potrebbe valorizzare la funzione dei giudici nazionali nell'interpretazione e applicazione della CEDU, attribuendo loro un ruolo attivo nel dialogo con la Corte europea, attraverso l'eventuale prospettazione della "propria" interpretazione della CEDU, ai fini della soluzione del caso di specie. Siffatta prospettazione potrà apparire particolarmente utile ove si profilino gli spazi per l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, consentendo ai tribunali nazionali di chiarire e argomentare debitamente la propria posizione in merito all'operare di eventuali limiti o deroghe ai diritti convenzionalmente garantiti.

Con riferimento ai soggetti legittimati a domandare i pareri consultivi alla Corte europea, va, infine, sottolineato che la limitazione di tale facoltà alle autorità giudiziarie interne di grado più elevato, assieme all'esclusione di esecutivo e parlamenti nazionali da tale novero[81], è funzionale alla necessità di non gravare di ulteriore lavoro la Corte europea. Difatti, come è stato osservato[82], benché il Protocollo in esame incentivi il dialogo tra le Corti, le sue ricadute sul piano della riduzione del numero di casi pendenti dinanzi alla Corte europea potranno, al più, realizzarsi nel lungo periodo, quando si sarà creato un *corpus* di pareri interpretativi della CEDU, utile a indirizzare i comportamenti degli Stati per evitare future violazioni, nonché a scoraggiare la proposizione di ricorsi irricevibili o destinati ad essere respinti nel merito. Al contrario, nel breve periodo, il rischio è che esso aumenti il carico di lavoro della Corte; tale rischio è, invero, alimentato dal carattere non vincolante dei pareri e dalla possibilità per l'individuo di proporre un ricorso alla Corte europea, anche nell'ipotesi in cui il giudice nazionale si sia conformato al parere della medesima[83].

Analoga motivazione di evitare un *surplus* di lavoro per la Corte ci pare essere alla base delle scelte di consentire che il Protocollo entri in vigore per un numero limitato di Stati e di rendere facoltativa la richiesta di parere da parte delle autorità giudiziarie nazionali legittimate. Infatti, tali caratteri consentiranno, nella prima fase di applicazione del Protocollo medesimo, di individuare un numero più circoscritto di Stati (e autorità giudiziarie) che potranno avvalersi dei pareri consultivi della Corte europea.

5. Come si è accennato, il Protocollo n. 16 prevede che oggetto della nuova competenza consultiva della Corte siano "questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto" (art. 1, par. 1).

Viene così ad essere attribuita alla Corte europea la competenza a statuire in funzione consultiva sulle questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e delle libertà definiti nel titolo I della Convenzione e nei Protocolli, la quale le è stata, fino ad oggi, sottratta dall'art. 47 CEDU. Infatti, come si è detto[84], la norma

---

81 Su tale esclusione v. il citato documento GT-GDR-B(2012)R1, Drafting Group 'B' on the reform of the Court (GT-GDR-B), Meeting Report, 14 settembre 2012, *item* 4, par. 6.i.

82 Si veda il cit. *Reflection Paper* della Corte, par. I.2, anche per le opinioni emerse nei dibattiti in seno al DH-S-GDR (Reflection Group for the follow-up of the reform of the Court of the Steering Committee of Human Rights), richiamate nel doc. DH-GDR(2010)019.

83 Su questa questione, v. *infra*, par. 7.

84 *Supra*, nota 72.

da ultimo citata abilita la Corte ad emanare pareri consultivi aventi ad oggetto l'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli con esclusione proprio delle suddette questioni, oltre che di quelle su cui la Corte o il Comitato dei ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla Convenzione.

Come è evidente, si tratta di una competenza congegnata in termini restrittivi per evitare di ostacolare l'esercizio della funzione contenziosa della Corte, in una fase in cui essa non era ancora sufficientemente sviluppata; tuttavia, le indicate limitazioni hanno, di fatto, precluso alla Corte la pronuncia di pareri consultivi, se non in rarissime occasioni[85]. L'ampliamento dell'oggetto della funzione consultiva realizzato dal Protocollo n. 16 fa seguito, da questo punto di vista, ai numerosi dibattiti sviluppatisi a riguardo[86].

Resta da chiarire cosa intenda il Protocollo n. 16 per "questioni di principio" relative all'interpretazione o applicazione dei diritti e delle libertà garantite dalla CEDU.

Dai lavori preparatori emerge che, ritenuta eccessivamente riduttiva la proposta volta a circoscrivere la nuova competenza consultiva della Corte europea ai soli casi comportanti problemi sistemici o strutturali[87], la maggioranza delle proposte in argomento si è ispirata all'art. 43 CEDU. Come è noto, quest'ultima norma disciplina alcune ipotesi in cui la Grande camera è competente a giudicare[88]. In particolare, ai sensi dell'art. 43, il rinvio alla Grande camera di un caso su cui una Camera si sia già pronunciata è possibile se la questione oggetto del ricorso solleva "gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli" o riguarda "un'importante questione di carattere generale". Ed, invero, durante i lavori preparatori del Protocollo n. 16 si è, a lungo, prospettata la possibilità che la nuova funzione consultiva della Corte europea vertesse, altresì, su questioni di interesse generale; quest'ultimo riferimento è scomparso nel testo definitivamente approvato a seguito di un esame della prassi della Corte europea relativa all'applicazione del citato art. 43 CEDU[89].

---

85 P. Benvenuti, *op. cit.*, p. 702 ss. Per una ricostruzione dei casi in cui la Corte europea ha esercitato la funzione consultiva in parola, cfr. P. Proli, *Art. 47, Art. 48, Art. 49*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelski (a cura di), *op. cit.*, p. 765 ss.

86 Sulle precedenti proposte di riforma e i relativi dibattiti, si rinvia a P. Benvenuti, *op. cit.*, p. 705 ss.

87 Su tale proposta, originariamente avanzata in seno al Reflection Group for the follow-up of the reform of the Court (DH-S-GDR), si vedano le considerazioni critiche della Corte europea nel citato *Reflection Paper*, par. 28.

88 La Grande camera è, altresì, competente a statuire sulle questioni, oggetto di un ricorso all'esame di una Camera e su remissione di quest'ultima, che sollevino "gravi problemi di interpretazione" della Convenzione o dei suoi Protocolli o la cui soluzione rischi di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte (art. 30 CEDU). Inoltre, l'art. 46, par. 4, CEDU dispone che "[s]e il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1". Infine, ai sensi dell'art. 31, lett. c), CEDU, spetta alla Grande camera l'esercizio della funzione consultiva prevista dall'art. 47 ss.

89 Sulla decisione di espungere tale ulteriore riferimento, v. il citato documento GT-GDR-B(2012) R1, *item* 4, par. 6.ii); per la prassi della Corte europea e del collegio di cinque giudici relativa all'ap-

Date queste premesse, è, dunque, prospettabile che le questioni di principio *ex* art. 1, par. 1, del Protocollo n. 16 vadano identificate con riferimento alle gravi questioni di interpretazione e applicazione della CEDU di cui al suo art. 43. Siffatta interpretazione parrebbe supportata dalla stessa Corte europea, la quale, a riguardo, ha affermato che "[r]equests for advisory opinions in that sense could be envisaged in relation to many questions of principle (…) concerning the application of the Convention such as those that have been raised in cases before the Grand Chamber or in leading cases before the Chambers"[90], lasciando intendere che le questioni di principio trattate dalle Camere nei "leading cases" siano analoghe a quelle che rientrano nella competenza della Grande camera.

Orbene, tali gravi questioni di interpretazione e applicazione della CEDU, secondo quanto indicato nel rapporto esplicativo del Protocollo n. 11 alla CEDU, comprendono, rispettivamente, questioni che concernano un punto sul quale la Corte non abbia avuto mai modo di pronunciarsi, capaci di influenzare la giurisprudenza futura della Corte, oppure di sovvertire la giurisprudenza precedente della medesima; nonché questioni che imporrebbero modifiche importanti dell'ordinamento interno o di una prassi amministrativa di uno Stato, ossia che evidenzino problemi sistemici o strutturali, pur non sollevando una grave questione interpretativa della CEDU[91].

Proprio con riferimento ai problemi sistemici o strutturali, va rilevato che, dato che la maggioranza delle violazioni da essi derivanti è causata dall'esistenza di normative nazionali in contrasto con la CEDU, durante i lavori preparatori del Protocollo n. 16 è emersa l'opinione secondo la quale tra le questioni di principio oggetto di un parere consultivo possa rientrare l'esame della compatibilità con la CEDU di leggi e norme interne, ovvero di interpretazioni giurisprudenziali di tali norme, beninteso, purché si tratti di questioni rilevanti ai fini della soluzione del caso pendente dinanzi al giudice *a quo*[92].

Tale interpretazione – che appare in linea con la prassi della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'esercizio della funzione pregiudiziale interpretativa[93] – ha ricevuto l'avallo della Corte europea, secondo la quale la pronuncia di un parere consultivo con un simile oggetto non solo non realizza alcuna indebita ingerenza nelle competenze e funzioni dei tribunali nazionali, ma è conforme alla propria costante giurisprudenza, a mente della quale alla Corte non è precluso esaminare gli errori di fatto o di diritto commessi dai giudici interni allorché tali errori causino una violazione dei diritti contemplati dalla CEDU[94]. Si tratta di una affermazione condivisibile, stante, per di più, il carattere facoltativo della richiesta formulata dal giudice *a quo* e il carattere non vincolante del parere consultivo.

---

plicazione dell'art. 43 CEDU, durante i lavori preparatori del Protocollo n. 16 si è fatto riferimento al doc. GT-GDR-B(2012)013, *The General Practice of the Grand Chamber followed by the Panel of the Grand Chamber when deciding on requests for referral in accordance with Article 43 of the Convention (Court document)*.

90 *Reflection Paper*, par. 30.

91 Rapporto esplicativo del Protocollo n. 11 alla CEDU, paragrafi 100 e 101.

92 Doc. DH-GDR(2011)015 FINAL, p. 4 s., punto 7. Deve, dunque, ritenersi escluso il vaglio preventivo della compatibilità con la CEDU di proposte di legge in discussione nei parlamenti nazionali o, in astratto, di leggi già approvate.

93 U. Villani, *Istituzioni*, cit., p. 376 ss.

94 *Reflection Paper*, par. 29.

In conclusione, ci sembra prospettabile che l'art. 1, par. 1, del Protocollo n. 16 individui l'oggetto dei pareri consultivi della Corte nelle più importanti questioni interpretative o applicative della CEDU – di norma suscettibili di interessare una pluralità di Stati – comprese le statuizioni su contenuti e limiti dei diritti convenzionalmente garantiti[95], così da chiarire gli *standards* di protezione dei diritti umani nell'ambito degli Stati parte della CEDU.

A quest'ultimo riguardo, va tuttavia evidenziato che difficilmente ciò implicherà che la Corte possa pronunciarsi in termini totalmente generali e astratti[96]. Infatti, nonostante essa non sia competente a decidere sul caso concreto sostituendosi al giudice *a quo*, la circostanza che quest'ultimo debba motivare la richiesta di parere indicando gli elementi di fatto e di diritto relativi al caso di specie, presumibilmente, porterà la Corte europea a "suggerire" la soluzione da adottare per il caso concreto, come già avviene con le sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia. Queste ultime, come è noto, sovente dichiarano la contrarietà al diritto dell'UE di una normativa nazionale che non viene indicata espressamente, ma viene descritta in termini identici alla normativa richiamata dal giudice *a quo*[97]!

6. Il Protocollo n. 16 prevede che il parere consultivo sia emanato dalla Grande camera, previa accettazione della domanda di parere da parte di un collegio di cinque giudici[98]. Viene, così, a replicarsi l'importante funzione di filtro prevista dall'art. 43 CEDU per il rinvio di un caso alla Grande camera; tuttavia, non mancano alcuni adeguamenti.

Anzitutto, il giudice eletto in relazione all'Alta Parte contraente al cui ordinamento appartiene il giudice *a quo* farà parte, oltre che della Grande camera, anche del collegio di cinque giudici. Tale previsione è conforme a quanto attualmente è previsto circa la composizione della Grande camera per le ipotesi in cui questa sia chiamata a giudicare (art. 26, par. 4, CEDU), ma in contrasto con quanto disposto dal regolamento della Corte con riferimento alla composizione del collegio di cinque giudici di cui all'art. 43 CEDU. Infatti, ai sensi dell'art. 24, par. 5, lett. c), del citato regolamento, è esclusa la partecipazione al collegio del giudice eletto per conto dell'Alta Parte contraente coinvolta nel caso di cui si chiede la rimessione.

È presumibile che la differente disciplina del Protocollo n. 16 al riguardo si giustifichi in considerazione della natura non contenziosa della giurisdizione consultiva della Corte europea ed al fine di agevolare l'operato della Corte, consentendole di

---

95 La Corte europea (*Reflection Paper*, par. 31) cita, a titolo di esempio, l'esame della compatibilità con la CEDU dell'espulsione dei richiedenti asilo ai sensi del regolamento dell'UE Dublino II – regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo –, del rifiuto di consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso o del diniego di accesso alla giustizia causato dall'immunità degli Stati dalla giurisdizione.

96 La possibilità indicata nel testo è emersa durante i lavori preparatori ed ha incontrato il favore di numerosi Stati, preoccupati che un parere consultivo redatto in termini eccessivamente generali e astratti risultasse di difficile applicazione nel caso concreto, così come riferito nel doc. DH-GDR(2011) R8 Appendix VII, cit. par. 16.

97 U. Villani, *Istituzioni*, cit., p. 377 s.

98 Art. 2 Protocollo n. 16.

avvalersi della migliore conoscenza che un giudice dello Stato interessato abbia del diritto, della giurisprudenza e dell'ordinamento di quello.

Altra differenza riguarda la necessità – invero contestata dalla Corte europea[99] – che, in caso di diniego, il collegio si esprima con un provvedimento motivato; l'obbligo di motivazione, durante i lavori preparatori, è stato giustificato, altresì, sulla base dell'osservazione che la stessa possa essere utile anche a orientare *pro futuro* i tribunali nazionali sulla tipologia di domande suscettibili di accoglimento.

Quanto alla funzione di filtro che il collegio è chiamato a svolgere, benché dalla lettera della norma sembrerebbe che il compito del collegio debba limitarsi a valutare la pertinenza della richiesta di parere rispetto al caso pendente dinanzi all'autorità giudiziaria ricorrente, alla luce delle indicazioni e motivazioni da quest'ultima fornite, sia il rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 che la Corte europea affermano che quest'ultima avrebbe discrezionalità nel respingere la richiesta[100]. Ed invero, sebbene nei dibattiti che hanno accompagnato la redazione del Protocollo non siano mancate posizioni (minoritarie) contrarie, già il citato rapporto dei Saggi e la originaria proposta avanzata in seno al Reflection Group for the follow-up of the reform of the Court (DH-S-GDR) si pronunciavano a favore di siffatta discrezionalità. In particolare, la Corte europea ha prospettato la possibilità di rifiutare di formulare un parere consultivo nelle ipotesi in cui l'oggetto del medesimo coincida con quello di un ricorso individuale pendente dinanzi ad essa, secondo quanto già previsto dall'art. 47, par. 2, CEDU per la competenza consultiva attualmente esistente[101].

Va rilevato che anche l'attribuzione della competenza a emanare i pareri alla sola Grande camera ricalca la disciplina dei pareri consultivi contemplata dalla CEDU (art. 31, lett. c); siffatta previsione appare funzionale ad assicurare l'uniformità nell'interpretazione della Convenzione[102]. Sempre in armonia con quanto già previsto per la funzione consultiva disciplinata dall'art. 47 ss. CEDU, si prevede che i nuovi pareri dovranno essere motivati e potranno essere accompagnati dalle opinioni dissenzienti o concorrenti dei singoli giudici[103]. In proposito, la Corte ha

---

[99] La Corte si era espressa in senso contrario alla necessità di motivare il rifiuto di emanare il parere, ritenendo sufficiente l'elaborazione di linee guida generali illustrative delle cause di rigetto (*Reflection Paper*, par. 36); pertanto, nel proprio parere sul Protocollo, essa ha precisato che la motivazione richiesta dall'art. 2 "will normally not be extensive" (par. 9).

[100] Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16, par. 14; *Reflection Paper*, paragrafi 21, 34-36; parere preliminare sul Protocollo n. 16, par. 9.

[101] Come si è detto, la norma indicata nel testo preclude l'esercizio della competenza consultiva della Corte con riferimento a questioni su cui la Corte o il Comitato dei ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla Convenzione e la Corte – che ha affermato che di norma l'esercizio della competenza consultiva non debba essere rifiutato – ha richiamato il principio della salvaguardia della propria funzione giurisdizionale contenziosa per giustificare la discrezionalità circa l'emanazione del parere consultivo richiesto. Sul punto v. P. Benvenuti, *op. cit.*, p. 711 s.

[102] La medesima *ratio* giustifica, nell'ambito dell'UE, l'attribuzione, ad oggi, esclusiva alla Corte di giustizia della competenza pregiudiziale. Sul punto, cfr. U. Villani, *Istituzioni*, cit., p. 373.

[103] Cfr., rispettivamente, l'art. 88, par. 2, regolamento della Corte europea, e l'art. 4 Protocollo n. 16. Quest'ultima norma prescrive, altresì, la pubblicazione dei pareri e la comunicazione dei medesimi al giudice *a quo* e allo Stato al cui ordinamento esso appartiene.

sottolineato che, nell'esercizio della funzione consultiva, essa ha sempre cercato "to speak with one voice"[104], lasciando così presumere l'intenzione di conformarsi a tale orientamento anche in caso di emanazione dei nuovi pareri.

Per quanto attiene alle altre norme procedurali contemplate dal Protocollo n. 16, pare utile ricordare che esse, spesso, accolgono le osservazioni formulate dalla Corte europea, preoccupata di evitare un allungamento dei tempi del procedimento[105]. Ed invero, dato che la richiesta di parere è proposta incidentalmente nell'ambito di un processo nazionale, è indubbio che la sua trattazione da parte della Corte debba essere prioritaria e che debba svolgersi in tempi brevi, onde non provocare una eccessiva dilatazione dei tempi processuali nazionali.

Per questa ragione, l'art. 3 del Protocollo dispone che solo allo Stato parte al cui ordinamento appartiene il giudice *a quo* e al Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa è consentito sottoporre alla Corte europea osservazioni scritte e partecipare alle udienze. Al contrario, gli altri Stati parte o gli individui potranno essere invitati, sia a partecipare alle udienze che a presentare osservazioni scritte, dal Presidente della Corte, qualora questi lo ritenga opportuno nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia[106].

Né il testo del Protocollo, né il Rapporto esplicativo chiariscono se l'invito a partecipare possa estendersi a tutti gli Stati parte della CEDU o riguardi solo quelli che abbiano aderito al Protocollo n. 16. Ci sembra che la prima interpretazione sia quella preferibile, dato che si tratta di una partecipazione subordinata a una valutazione della Corte e finalizzata a garantire la corretta amministrazione della giustizia. Questa conclusione è ulteriormente rafforzata dalla considerazione che tali pareri, secondo il rapporto esplicativo del Protocollo, contribuiranno a creare la giurisprudenza della Corte europea[107].

Infine, appare degno di nota che, secondo il rapporto esplicativo, deve intendersi ammessa la possibilità di presentare la richiesta di pareri nella lingua processuale del giudice *a quo*, ma che il parere andrà reso nelle lingue ufficiali della Corte, quest'ultima potendo cooperare con lo Stato per favorire la traduzione del medesimo, ove necessario ai fini del suo utilizzo nel processo nazionale[108].

Invero, le disposizioni del rapporto esplicativo in parola hanno suscitato osservazioni fortemente critiche da parte della Corte europea, la quale – preoccupata che possano comportare un aggravio di lavoro e, dunque, un allungamento dei tempi procedimentali – ha sottolineato che "the possibility of submitting the request in that language [quella nazionale del giudice *a quo*] is not included in the text of the Protocol" e che "[t]he Court is opposed to the proposal that it should be for it to ensure translation of such request and accompanying documents"[109].

---

104 Parere preliminare sul Protocollo n. 16, par. 11.

105 *Reflection Paper*, paragrafi 39-41.

106 Art. 3 Protocollo n. 16. La normativa appare in linea con quella contenuta nell'art. 36 CEDU; la proposta originariamente avanzata nell'ambito del Reflection Group for the follow-up of the reform of the Court (DH-S-GDR) che consentiva, al contrario, a tutti gli Stati parte di sottoporre alla Corte le proprie osservazioni scritte, è stata accantonata durante i successivi dibattiti.

107 Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16, par. 27. Sul punto, v. *infra*, par. 7.

108 Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16, par. 23.

109 Parere preliminare sul Protocollo n. 16, par. 14.

La Corte ha espresso analoghe perplessità in ordine alla possibilità di collaborare con le autorità nazionali ai fine della traduzione del parere consultivo nella lingua processuale del giudice *a quo*, poiché "this could involve a considerable increase in its workload and, in fact, raises the question of who should pay for the translation"[110].

7. La nuova competenza consultiva della Corte europea, così come introdotta dal Protocollo n. 16, sembrerebbe destinata a creare un dialogo istituzionalizzato tra i tribunali nazionali e la Corte europea, volto a rafforzare il ruolo rispettivo nella protezione dei diritti umani garantiti dalla CEDU, nella prospettiva del miglioramento della tutela di tali diritti, del rispetto delle prerogative nazionali e della corretta applicazione del principio di sussidiarietà[111]. Infatti, i nuovi pareri consultivi dovrebbero agevolare la corretta applicazione della CEDU da parte dei giudici interni, contribuendo a determinare, preventivamente ed attraverso un più costante e vicendevole scambio e confronto tra le Corti, portata e limiti dei diritti convenzionalmente tutelati con l'effetto di ridurre, nel medio-lungo periodo, il numero dei ricorsi ripetitivi.

Naturalmente, dato il carattere non vincolante dei pareri consultivi resi dalla Corte europea, l'efficacia del sistema dipenderà dalla concreta applicazione che i tribunali nazionali vorranno fare di tali pareri[112].

Ci riferiamo, anzitutto, al giudice *a quo*, il quale potrebbe decidere di non accogliere l'interpretazione fornita dalla Corte e di non farne applicazione nel caso dinanzi a sé pendente. Questo atteggiamento, se generalizzato, indubbiamente metterebbe in discussione l'autorevolezza della Corte europea, nonostante la stessa possa avere occasione di ribadire la propria interpretazione della CEDU successivamente in sede contenziosa, se adita dall'individuo interessato.

Tuttavia, ove – come sembra più probabile accada – i giudici nazionali si conformeranno ai pareri consultivi della Corte europea nella decisione della causa, il sistema di protezione dei diritti ne risulterà consolidato. Infatti, la sentenza dei tribunali interni acquisirà maggiore autorevolezza e forza, cumulando alle proprie quelle

---

110 *Ibidem*. In senso conforme alle osservazioni della Corte, si veda il rapporto del Relatore del Committee on Legal Affairs and Human Rights dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Christopher Chope, sul Progetto di Protocollo n. 16 alla Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, approvato all'unanimità il 27 maggio 2013, par. 8.

111 Le potenzialità dei nuovi pareri risultano ulteriormente evidenti in vista dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU. La Corte di giustizia dell'UE, infatti, potrebbe utilizzare questa procedura per ottenere indicazioni sulla corretta interpretazione delle norme convenzionali, al fine di farne applicazione nell'ambito dei giudizi dinanzi a sé pendenti (in questo senso, cfr. il rapporto del Gruppo di saggi, par. 81 ss., nonché il *Reflection Paper* della Corte, par. 10). Proprio in vista di tale adesione, il Preambolo del Protocollo n. 16 si riferisce agli Stati membri del Consiglio d'Europa e alle altre Alti Parti contraenti la CEDU; tuttavia, va rilevato che il progetto di accordo sull'adesione dell'UE alla CEDU, del 5 aprile 2013, tace sul punto.

112 Questa è la ragione per la quale le ONG (*Joint NGO comments on the drafting of Protocols 15 and 16*) avevano molto insistito sull'opportunità di attribuire efficacia vincolante ai pareri consultivi della Corte per il giudice *a quo* e per tutte le Alte Parti contraenti della CEDU. Come è noto, è, invece, prevalso l'orientamento opposto sulla base della motivazione, evidenziata dalla stessa Corte europea nel citato parere sulla bozza di Protocollo n. 16 (par. 12), che "it is in the nature of a dialogue that it should be for the domestic court to decide on the effects of the advisory opinion in the domestic proceedings".

del conforme parere consultivo reso dalla Corte europea. Ed invero, ancorché in casi siffatti sia comunque concesso all'individuo, il quale assuma di essere vittima di una violazione della Convenzione, di adire la Corte europea[113], appare altamente probabile che quest'ultima respingerà il ricorso nel merito, se non lo dichiari irricevibile per manifesta infondatezza per la parte in cui la sentenza nazionale si sarà conformata al parere già espresso dalla Corte europea[114]. In questi casi, al fine di non gravare la Corte europea di una crescente mole di lavoro, si potrebbe pensare di affidare le decisioni sull'irricevibilità del ricorso ad un giudice unico o – secondo un suggerimento della stessa Corte europea – di cancellare la causa dal ruolo, ai sensi dell'art. 37, par. 1, lett. c), CEDU, perché la prosecuzione del ricorso non è più giustificata[115].

Inoltre, come si è accennato[116], la richiesta di un parere consultivo potrebbe servire a instaurare un dialogo idoneo a individuare, attraverso un confronto attivo tra le due autorità giudiziarie, quale sia l'interpretazione più corretta da fornire alla norma della CEDU, tenuto anche conto del margine di apprezzamento. In altri termini, i pareri consultivi, oltre ad evitare eventuali violazioni della CEDU da parte dei tribunali nazionali, nonché a prevenire ricorsi individuali alla Corte europea in seguito a sentenze interne, potrebbero fornire alla Corte europea l'occasione per conoscere in via preventiva – e, dunque, prendere in considerazione nell'attività di interpretazione della norma convenzionale – il "punto di vista" dei tribunali interni nella definizione delle specificità dell'ordinamento nazionale che possono influire sull'applicazione della norma medesima.

Pertanto, ne risulterebbe sensibilmente rafforzato il dialogo tra le Corti, tante volte invocato specialmente dai giudici britannici[117]: questi ultimi, da un lato, sono obbligati dallo *Human Rights Act* "to take into account" la giurisprudenza (compresi i pareri consultivi) della Corte di Strasburgo[118]; dall'altro, hanno interpretato

---

113 La bozza della dichiarazione di Brighton, in proposito, suggeriva che, ove le corti nazionali si fossero adeguate al parere consultivo non vincolante della Corte, all'individuo fosse precluso il diritto di adire la medesima Corte (par. 19, lett. d. iv). Tale criticatissima limitazione (*Joint NGO preliminary comments*, punto e) non compare nel testo finale della dichiarazione, né in quello del Protocollo n. 16.

114 In questo senso si veda il rapporto esplicativo del Protocollo n. 16, par. 26.

115 *Reflection Paper*, par. 45.

116 *Supra*, par. 4.

117 In questo senso, tra le altre, cfr. le sentenze della Corte suprema del Regno unito del 9 dicembre 2009, *R.* v. *Horncastle and Others* (par. 11, corsivi aggiunti: "The requirement to 'take into account' the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. *This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court*"), e del 3 novembre 2010, *Manchester City Council* v. *Pinnock* (par. 48, corsivi aggiunti: "This Court is not bound to follow every decision of the EurCtHR. Not only would it be impractical to do so: it would sometimes be inappropriate, as it would destroy the ability of the Court *to engage in the constructive dialogue with the EurCtHR which is of value to the development of Convention law*").

118 Sezione 2, par. 1, lett. (a). Sul recepimento della CEDU realizzato dallo *Human Rights Act* del 1998 nell'ordinamento britannico, cfr. R. Sapienza, *Convenzione europea dei diritti umani e* Human

l'obbligo in parola nel senso di essere tenuti ad osservare la giurisprudenza consolidata della Corte europea solo in assenza di circostanze speciali e ferma restando la propria competenza a stabilire se "i diritti di cui si ragiona nel Regno Unito siano proprio i 'Convention rights' come interpretati dalla Corte europea"[119].

Infine, non va sottaciuto che, a dispetto del proprio carattere non vincolante, i pareri consultivi potrebbero essere applicati anche da giudici diversi da quello richiedente, sia nell'ambito dello Stato parte al cui ordinamento appartiene il giudice *a quo*, sia nell'ambito degli altri Stati parte della CEDU, come già, sovente, accade per le sentenze della Corte europea[120]. Nel senso prospettato del testo, sembra deporre il rapporto esplicativo del Protocollo n. 16, il quale – come si è accennato – insiste sulla circostanza che siffatti pareri contribuiranno a formare la giurisprudenza della Corte (*case-law*) e che gli effetti dell'interpretazione così fornita dalla medesima saranno analoghi a quelli delle sentenze e decisioni da essa emanati[121].

Inoltre, la stessa Corte europea ha affermato che, attraverso i pareri consultivi, essa avrà la possibilità di pronunciarsi su questioni di principio e sugli *standards* di tutela dei diritti convenzionali, a prescindere da una propria decisione su uno specifico ricorso, per un verso, fornendo elementi utili per i giudici di tutti gli Stati parte; per altro, creando dei precedenti interpretativi ai quali essa stessa potrà rifarsi nell'ambito della propria giurisdizione contenziosa[122]. Anzi, secondo la Corte, i pareri consultivi in parola potrebbero acquisire un "comparable significance to the Court's leading judgments", contribuendo a sviluppare "the underlying principles of law in a manner that will speak to the legal system of all the Contracting Parties", attraverso "a discussion on essential questions concerning the interpretation of the Convention in a possibly larger judicial forum"[123]. Ed invero, dato che, nell'ambito del procedimento diretto all'emanazione dei pareri consultivi, la Corte europea può avvalersi del contributo di tutti gli Stati interessati, sollecitandone, all'occorrenza, la partecipazione[124], siffatto ampio confronto non potrà che rafforzare l'autorevolezza

---

Rights Act 1998*: in margine all'obbligo delle corti inglesi* 'to take into account' *la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 253 ss.; Id., *L'*incorporation *della Convenzione europea dei diritti umani nell'ordinamento britannico attraverso lo* Human Rights Act *del 1998*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, p. 609 ss.

119 R. Sapienza, *Convenzione europea dei diritti umani e* Human Rights Act 1998, cit., p. 265. Per una ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza britannica sul valore da attribuire alle sentenze della Corte di Strasburgo alla luce dello *Human Rights Act*, si veda il doc. AS/Jur/Inf (2010) 04, del 25 novembre 2010, elaborato dal Committee on Legal Affairs and Human Rights dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, sul tema "Strengthening Subsidiarity: Integrating the Strasbourg Court's Case law into National Law and Judicial Practice" (Skopje, 1-2 October 2010), p. 37 ss.

120 Sugli effetti della *res interpretata* delle sentenze della Corte europea, v. *supra*, par. 1.

121 Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16, par. 27. A supporto di questa ricostruzione, cfr., altresì, il citato rapporto del Relatore del Committee on Legal Affairs and Human Rights dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, par. 11.

122 In questo senso, si veda il citato *Reflection Paper*, par. 44, e i richiami effettuati in quel contesto dalla Corte europea alla prassi della Corte internazionale di giustizia e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, nell'esercizio delle proprie competenze consultive, nonché agli "undeniable legal effects" dei pareri non vincolanti resi dalle medesime.

123 *Ivi*, par. 5.

124 Art. 3 Protocollo n. 16.

e la forza dei pareri medesimi e, al contempo, favorire una più larga applicazione della *res interpretata* da parte dei giudici interni.

In quest'ottica, ci pare che la nuova funzione consultiva si ponga come un elemento fondamentale nella strategia di riforma a lungo termine della CEDU e del sistema di garanzia dei diritti da tale Convenzione istituito, contribuendo a dare compiuta attuazione ad una delle linee guida che hanno caratterizzato il processo di riforma sin dalla conferenza di Interlaken. Si tratta di quella volta a incentivare il dialogo tra i giudici interni e la Corte europea nel chiarimento delle questioni di principio relative all'interpretazione e applicazione dei diritti e delle libertà fondamentali definite nella Convenzione, nonché ad enfatizzare l'applicabilità, oltre il caso deciso, della giurisprudenza della Corte europea, al fine di prevenire ricorsi ripetitivi, ovvero violazioni della Convenzione analoghe a quelle sulle quali la Corte abbia già statuito.

Con specifico riferimento a quest'ultimo aspetto, va nondimeno rilevato che, qualora i ricorsi ripetitivi denuncino violazioni sistemiche e strutturali dovute alla legislazione nazionale vigente, ancorché i pareri consultivi, come si è detto, possano dichiarare l'incompatibilità con la CEDU di siffatte normative, la reale incidenza dei medesimi nella rimozione delle cause strutturali di tali violazioni potrebbe risultare minima.

Ed, invero, dinanzi a una simile dichiarazione di incompatibilità, in ordinamenti quali quello italiano – o che disciplinino in modo similare la materia – il giudice *a quo* dovrebbe ricorrere alla corte costituzionale al fine di fare espungere dall'ordinamento interno la normativa ritenuta in contrasto con la CEDU dalla Corte europea attraverso la declaratoria di incostituzionalità[125], nell'attesa di un intervento risolutore del legislatore nazionale; in altri ordinamenti, negli stessi casi, è consentito al giudice ordinario procedere direttamente alla immediata disapplicazione della norma incompatibile con la CEDU[126].

Tuttavia, non mancano sistemi normativi, come appunto quello britannico, nei quali, rilevata l'incompatibilità con la CEDU di una norma nazionale da parte del

[125] Secondo le citate sentenze della Corte cost. 348 (par. 4.2 ss. delle considerazioni in diritto) e 349 (par. 6.2 delle considerazioni in diritto) del 2007, tale è l'effetto che consegue al conferimento di un valore sub-costituzionale alla CEDU, realizzato dall'art. 117 Cost. novellato, il quale – per la parte che qui rileva – dispone che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale. Ai nostri fini, appare indifferente che la dichiarazione di incompatibilità di cui nel testo sia contenuta in un parere consultivo o in una sentenza della Corte europea. Infatti, ciò che conta, secondo la Corte cost., è che la Corte europea abbia interpretato in un dato senso la norma in questione. Per un commento v., per tutti, U. Villani, *Sul valore della Convenzione europea*, cit., p. 96 ss.; nonché P. Caretti, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 311 ss.; G. Gaja, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 136 ss.; C. Zanghì, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, www.giurcost.org.

[126] Per una ricostruzione delle normative e/o degli orientamenti giurisprudenziali volti a sancire la superiorità della CEDU, in caso di contrasto con le norme interne, attraverso un giudizio di costituzionalità o la disapplicazione diretta da parte del giudice ordinario della norma confliggente con la Convenzione, si rinvia a G. Martinico, *op.cit.*, p. 412 ss.

giudice interno, resta ferma la validità e l'efficacia di quella, finché non sia attuato un procedimento di emendamento della medesima. In particolare, nonostante lo *Human Rights Act* preveda che, in casi siffatti, il Ministro competente possa procedere direttamente ad emendare o abrogare la norma[127], appare evidente che l'efficacia dei pareri consultivi, al fine di ridurre o prevenire i ricorsi ripetitivi, finisce col dipendere – come già avviene per le sentenze di condanna pronunciate dalla Corte – dalla efficienza dell'esecutivo o del legislatore nazionale nell'attuazione dell'obbligo di adeguarsi alla CEDU!

Abstract

Protocols 15 and 16 to the European Convention of Human Rights

The paper deals with Protocols 15 and 16 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), recently approved and opened for signature as part of the reform process of the ECHR and of the European Court of Human Rights; the reform process is devoted to ease the European Court's workload and to strengthen the right of individual application.

After a brief analysis of the reform work, set in motion with Protocol no. 14 to the ECHR and prosecuted with the Interlaken Declaration and Action Plan and the follow-up Conferences in Izmir and Brighton, the paper examines the Brighton Declaration as it influences the text of Protocols 15 and 16.

Special attention is devoted to the meaning and the implications of the new reference to the principle of subsidiarity and to the doctrine of the margin of appreciation, added at the Preamble of the ECHR by Protocol no. 15.

Finally, the paper analyses the European Court's new competence to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the ECHR or the protocols thereto, included in Protocol no. 16, and concludes that it represents a means to further enhance the interaction and to foster the dialogue between the European Court and national tribunals and courts.

[127] La sez. 10, par. 2, dello *Human Rights Act* dispone: "If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility".

Note e Commenti

Studi sull'integrazione europea, IX (2014), pp. 149-176

Federico Straziota*

Legge anticorruzione e attuazione degli obblighi europei: l'ennesima occasione mancata?

Sommario: 1. La legge n. 190/2012: un timido strumento di attuazione degli obblighi europei. – 2. La progressiva internazionalizzazione della lotta alla corruzione: genesi e prospettive evolutive. – 3. Le convenzioni quale base giuridica comune in materia di contrasto alla corruzione. – 4. Obblighi di armonizzazione e attuazione delle fonti europee: i delitti di corruzione interna alla luce della legge n. 190/2012. – 5. Il vuoto di tutela penale nei reati di corruzione transnazionale: la convenzione rinnegata. – 6. Il nuovo reato di traffico di influenze illecite. – 7. La corruzione nel settore privato. Le misure di prevenzione della corruzione.

1. La necessità di porre un argine al dilagare della corruzione riveste un ruolo centrale nel dibattito politico italiano da oltre un ventennio, anche in ragione del clamore suscitato dalle innumerevoli inchieste giudiziarie che, con alterne fortune, hanno ciclicamente travolto tutte le forze politiche, tanto a livello nazionale quanto locale.

Tuttavia il dibattito – sia in ambito politico che dottrinario – è sempre stato circoscritto ai fenomeni corruttivi propriamente interni, trascurando invece le rilevanti problematiche sottese alla progressiva diffusione della c.d. "corruzione transnazionale"[1], evidentemente qualificata dall'opinione pubblica, dai media e finanche dagli addetti ai lavori quale fenomeno marginale.

E così, nonostante le organizzazioni internazionali abbiano svolto una intensa azione sul fronte della lotta alla corruzione sin dagli anni Settanta del secolo scorso[2] ed abbiano ripetutamente denunciato l'inadeguatezza del nostro ordina-

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

1 La locuzione indica le fattispecie di corruzione che presentano elementi di estraneità o perché la fattispecie è frammentata tra più ordinamenti ovvero perché, sotto il profilo soggettivo, essa coinvolge un pubblico ufficiale straniero o un funzionario internazionale (v. *infra*).

2 I primi tentativi di concepire un trattato anticorruzione risalgono alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, dietro l'impulso degli Stati Uniti d'America, il primo paese che abbia adottato una normativa interna in tema di contrasto alla corruzione transnazionale (il *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977); tuttavia, dopo lunghissimi negoziati, i primi risultati concreti sono stati conseguiti soltanto a partire dalla metà degli anni Novanta. In dottrina si rinvia a M. Delmas-marty, K. Tiedemann, *La criminalité, le droit pénal et les multinationales*, in *Juris-Classeur périodique*, 1979, II.12900, p. 6; H. Bolle, *Pratiques de corruption et transactions internationales*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1982, p. 351; G. Grasso, *Verso un diritto penale comunitario: i progetti di trattato concernenti*

mento giuridico, soprattutto sul versante della adozione di efficaci misure di prevenzione[3], il legislatore ha a lungo omesso di promuovere una complessiva riforma della disciplina anticorruzione in attuazione degli obblighi internazionali.

Da ultimo, però, la gravissima crisi economica, il conseguente (mutato) contesto politico, unito alle sempre più incisive pressioni esercitate nelle assise internazionali sul nostro Paese, nonché la crescente insofferenza espressa dall'opinione pubblica a fronte di inchieste giudiziarie che disvelavano un malaffare diffuso, hanno imposto una definitiva assunzione di responsabilità da parte del nostro governo.

---

l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilità e di tutela dei funzionari e degli altri agenti della Comunità, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, p. 643; M. Delmas-Marty, *La corruption des négociateurs de marchés internationaux*, in *Revue juridique et politique: indépendance et coopération*, 1983, p. 478; D. Carreau, T. Flory, P. Juillard, *Droit international économique*, Parigi, 1990, p. 75; G. Sacerdoti, *La cooperazione contro la corruzione nel commercio internazionale*, 1995, www.impresa-stato.mi.camcom.it; N. Parisi, *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione. Atti del Convegno. Gorizia, 27 maggio 1995*, in *Quaderni della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Trieste*, Padova, 1996; S. Manacorda, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Napoli, 1999, p. 160; G. Michelini, *Il progetto di Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in *Questione Giustizia*, 1999, p. 947; G. Sacerdoti, *The 1997 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions: an Example of Piece-Meal Regulation of Globalization*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1999, p. 26; J. Boorman (ed.), *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, Washington, 2001; B. Huber, *Combating Corruption in the European Union*, Colonia, 2002; R. Barberini, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2003, p. 395; S. Bertozzi, *L'impegno del Consiglio d'Europa alla lotta internazionale contro la criminalità finanziaria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 139; S. Betti, *New Prospects for Inter-State Co-operation in Criminal Matters: The Palermo Convention*, in *International Criminal Law Review*, 2003, n. 3, p. 151; N. Parisi, D. Rinoldi, *L'applicazione in Italia di strumenti giuridici internazionali contro la corruzione*, in G. Forti (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da* 'mani pulite', Milano, 2003, p. 191; G. Sacerdoti (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al Decreto n. 231/2001*, Milano, 2003; M. C. Bassiouni, *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Milano, 2005; G. A. Armone, B. R. Cimini, F. Gandini, G. Iuzzolino, G. Nicastro, A. Pioletti, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006; G. De Amicis, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Milano, 2007; G. Carella, *Corruzione*, in G. Carella, M. Castellaneta, A. R. P. Damato, G. Pizzolante, *Codice di diritto penale e processuale penale dell'Unione europea,* Torino, 2009, p. 467.

[3] In particolare, Transparency International (TI), il GRECO (*Groupe d'Etats contre la Corruption*) e la Banca Mondiale, che hanno evidenziato la assenza di una vera politica nazionale anticorruzione.
TI è un'organizzazione non governativa che si propone di promuovere un'azione internazionale di contrasto alla corruzione, nonché di monitorare le politiche anticorruzione adottate dai singoli Stati mediante la elaborazione di due indici: l'Indice di Percezione della Corruzione (*Corruption Perception Index* – CPI), che consente di comprendere e *misurare* il grado di pervasività della corruzione in un Paese (si consulti il sito: www.transparency.it), secondo cui l'Italia, nel 2012, è collocata al 72mo posto su 178 Stati e l'Indice di Propensione alla Corruzione (*Bribe Payers Index* – BPI), aggiornato invece al lontano 2002.
Il Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO), che attualmente conta 49 Stati Membri, è stato istituito dal Consiglio d'Europa con la Risoluzione (99)5 del 1° maggio 1999, nel quadro di un Accordo Parziale Allargato, adottato dal Comitato dei Ministri il 5 maggio 1998, al fine di monitorare il rispetto, da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa, delle norme anti-corruzione elaborate dall'organizzazione internazionale.

L'Italia, pertanto, dopo aver accumulato un ritardo di ben tredici anni, ha finalmente ratificato sia la Convenzione penale che la Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa, pur omettendo di ratificare il Protocollo addizionale alla Convenzione penale, firmato a Strasburgo il 15 maggio 2003; al contempo, sono state emanate le norme interne di attuazione, mediante la legge 6 novembre 2012, n. 190, con la quale si provvede altresì ad attuare la Convenzione di Mérida (in precedenza già ratificata con la legge n. 116/2009)[4].

Con il presente lavoro, in particolare, ci si propone di verificare se la recente riforma della disciplina interna sulla corruzione abbia finalmente dato piena attuazione agli obblighi europei, ben consapevoli che il dibattito originato dall'entrata in vigore della riforma sconta un equivoco di fondo: il legislatore, che in tale occasione avrebbe dovuto attuare le fonti europee (oltre che la Convenzione di Mérida), ha elaborato il testo normativo assumendo quale paradigma di riferimento eventi (interni) che nulla hanno a che vedere con la corruzione transnazionale.

Tale limite, peraltro, si è inevitabilmente riflesso, oltre che sulla novella legislativa, anche sui primi commenti critici al testo della legge n. 190/2012, soffermatisi prevalentemente sui profili di diritto interno.

Ne deriva un sistema normativo sostanzialmente inadeguato al perseguimento del fine che avrebbe dovuto realizzare: del resto, simile visione dei fenomeni corruttivi trova conferma nella circostanza che l'Italia, in sede di deposito dello strumento di ratifica della Convenzione penale, ha apposto tutte le riserve autorizzate dall'art. 37 del Trattato e concernenti le fattispecie transnazionali, tanto in materia di obblighi di incriminazione quanto in tema di giurisdizione (peraltro in misura superiore alle cinque consentite)[5], così confermando una interpretazione prettamente localistica del fenomeno oggetto di disciplina.

---

[4] Legge recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", *GURI* 265, 13 novembre 2012.

[5] L'Italia, al momento del deposito dello strumento di ratifica della Convenzione penale nel mese di giugno 2013, ha apposto le seguenti riserve:

- agli articoli 5 e 6, limitatamente alle fattispecie di corruzione passiva di pubblici ufficiali stranieri e di membri di assemblee pubbliche straniere, fatta eccezione per i pubblici ufficiali di Stati membri dell'Unione europea;
- agli articoli 7 e 8, che impongono agli Stati parte di incriminare la corruzione nel settore privato, fatta eccezione per il caso in cui l'agente commetta il reato nell'esercizio dell'attività di una persona giuridica, al fine di compiere un atto o astenersi dal compierlo in violazione dei suoi doveri e cagionando un danno alla società;
- in merito all'obbligo di incriminare la condotta descritta dall'art. 4 (*recte*: art. 10), qualora riguardi membri di assemblee parlamentari di un'organizzazione internazionale della quale l'Italia sia membro;
- all'art. 12, che impone agli Stati parte di incriminare il traffico di influenze, qualora la condotta sia finalizzata ad esercitare un'influenza indebita su taluno dei soggetti indicati dagli articoli 5, 6, 9, 10 e 11 della Convenzione ed eccetto il caso in cui la condotta sia compiuta nell'ambito di un rapporto esistente tra *influence peddler* ed uno dei soggetti indicati dagli articoli 2, 3 e 4 della Convenzione e sia finalizzata a remunerare la condotta contraria ai doveri d'ufficio ovvero l'astensione o il ritardo dal compimento di un atto d'ufficio.

L'Italia si è riservata, altresì, di applicare, in tema di esercizio della giurisdizione ed in deroga all'art. 17(1) lett. (b)(c), le disposizioni di cui agli articoli 9 e 10 c.p.

2. Nel corso degli ultimi trent'anni il processo di globalizzazione economica ha favorito una profonda evoluzione dei fenomeni corruttivi in chiave internazionalistica, generando inevitabilmente una risposta anche sul piano prettamente giuridico[6].

Il crescente volume d'affari degli investimenti internazionali, i quali richiedono assoluta trasparenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti e nella stipulazione dei contratti con pubbliche amministrazioni straniere od organizzazioni internazionali, ha imposto un processo di legalizzazione del commercio internazionale. Inoltre, il progressivo ampliamento delle competenze devolute alle organizzazioni internazionali ha accresciuto la loro sfera di intervento sulla azione politica degli Stati, sui trasferimenti di denaro in favore di questi ultimi, sul finanziamento delle attività economiche private, sulla definizione delle regole del commercio internazionale e dunque sulla quantità e qualità degli scambi commerciali: in definitiva, sulle condizioni di vita dei singoli individui, in tal modo esponendo i funzionari internazionali ad un rischio corruzione crescente ed un tempo, semplicemente, ignoto.

Tale processo evolutivo, ovviamente, non può essere ignorato dagli ordinamenti statali, chiamati ad elaborare una risposta a queste nuove manifestazioni criminali.

Sennonché, i tradizionali strumenti normativi di natura meramente interna si sono rivelati inadeguati ad arginare fattispecie criminali che invece trascendono da una dimensione territoriale ben definita o circoscritta, atteso che in un mercato globalizzato le iniziative unilaterali sono inidonee a contrastare fenomeni transfrontalieri, generando anzi una disparità di disciplina che condiziona negativamente l'azione dei soggetti che vi operano.

Orbene, dietro l'impulso della dottrina, in particolare anglosassone, che ha analizzato le conseguenze che il radicamento della corruzione genera sulla concorrenza e, più in generale, sul sistema istituzionale ed economico di un Paese, la comunità internazionale ha tentato non solo di definire gli elementi comuni minimi delle fattispecie incriminatrici, ma soprattutto incisive misure di prevenzione della corruzione[7].

Per tali ragioni, le principali organizzazioni internazionali, sia a carattere universale che regionale o interregionale, hanno promosso la adozione di convenzioni in materia di lotta alla corruzione, allo scopo di armonizzare gli ordinamenti giuridici

---

[6] Sulla evoluzione della criminalità economica, tra i primi Autori ad aver affrontato in maniera completa il tema, cfr. G. Fiorentini, S. Peltzman (eds.), *The Economics of Organized Crime*, Cambridge, 1995.

[7] Sugli effetti della corruzione la bibliografia è praticamente sterminata; tra i più recenti, si rinvia a K. Blackburn, G. F. Forgues-Puccio, *Why is Corruption Less Harmful in Some Countries than in Others?*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2009, p. 797; J. Parra-Segura, *Social Networks, Achievement Motivation and Corruption: Theory and Evidence*, Cambridge, 2009; M. Centorrino, M. Lisciandra, N. Parisi, D. Rinoldi, *La corruzione fra teoria economica, normativa internazionale, modelli d'organizzazione d'impresa*, in *I quaderni europei*, Aprile 2010, n. 18; L. Guiso, P. Sapienza, L. Zingales, *Civic Capital as the Missing Link*, Firenze, 2010.
Sebbene la corruzione non generi effetti immediatamente percettibili dai singoli individui, il diffuso ricorso a pratiche corruttive disincentiva la creazione di nuove imprese, funge da deterrente per potenziali investitori e dunque mina la capacità di un sistema economico di attrarre capitali stranieri, genera costi altamente improduttivi, che conseguentemente frenano gli investimenti, implica la fornitura allo Stato o ai privati di beni e servizi qualitativamente inferiori, altera la concorrenza nel commercio interno ed internazionale, infine distoglie preziose risorse economiche da settori di primaria importanza per l'intera comunità statale, quali sanità, istruzione, giustizia, difesa, politiche sociali ed infrastrutture.

e scongiurare la creazione di sistemi normativi differenziati che, inevitabilmente, accentuerebbero le diseguaglianze, incentivando fenomeni di *criminal shopping* ed alterando la concorrenza nei mercati nazionali ed internazionali.

Quindi, tra la fine del XX ed i primi anni del XXI secolo, al termine di un lungo e tormentato percorso, sono stati adottati numerosi trattati, elaborati dapprima su scala regionale e successivamente universale.

Tali accordi, seppure ideati per reprimere le fattispecie corruttive transnazionali, inevitabilmente assumono rilievo anche ai fini del contrasto della corruzione interna: l'ambito di applicazione *ratione materiae* di questi accordi è, infatti, esteso alla corruzione del pubblico ufficiale nazionale[8].

La prima di tali fonti è il Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, firmato nel 1996, che obbligava gli Stati comunitari ad incriminare la corruzione (attiva e passiva) dei funzionari delle Comunità europee[9].

Gli Stati membri, pur riconoscendo l'importanza che la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (stipulata l'anno precedente) rivestiva nella lotta contro le frodi perpetrate ai danni delle entrate e delle spese delle Comunità, avevano maturato la consapevolezza che gli interessi finanziari delle Comunità europee fossero lesi o messi in pericolo anche da altri illeciti penali e, in particolare, dalla corruzione in cui fossero coinvolti funzionari nazionali o comunitari responsabili della riscossione, della gestione o della spesa dei fondi comunitari.

Il Protocollo, tuttavia, si limitava ad obbligare gli Stati membri a reprimere le condotte di corruzione connesse ad atti di frode ai danni degli interessi finanziari delle Comunità europee: tale angusta prospettiva di tutela è stata superata con la stipula della Convenzione UE sulla corruzione nel 1997, che poneva a carico degli Stati membri un generale obbligo di incriminazione della corruzione dei funzionari dell'UE[10].

Successivamente si sono affermati strumenti regionali a più ampia portata (Convenzione OCSE, Convenzione penale, Protocollo alla Convenzione penale e

---

8 Nel corso degli anni Novanta del secolo scorso è esplosa quella che in dottrina è stata definita una improvvisa "corruption eruption" (M. Naím, *The Corruption Eruption*, in *The Brown Journal of World Affairs*, 1995, p. 245), le cui cause vanno ricercate sia nell'aumento della corruzione reale e percepita, sia nella maggiore sensibilità maturata dalla società civile, in quanto l'apertura e la democratizzazione della società hanno reso più difficile occultare gli scandali, così P. Glynn, S. J. Kobrin, S. Naím, *The Globalization of Corruption*, in A. E. Kimberly (ed.), *Corruption and the Global Economy*, Washington, 1997, p. 8.

9 Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Bruxelles, 26 luglio 1995, *GUCE* C 316, 27 novembre 1995, p. 48) e Primo Protocollo addizionale (Dublino, 27 settembre 1996, *GUCE* C 313, 23 ottobre 1996, p. 1). La ratifica e l'ordine di esecuzione sono stati dati con legge 29 settembre 2000, n. 300. Il testo si legge in G. Carella, M. Castellaneta, A. R. P. Damato, G. Pizzolante, *op. cit*. Per un commento di insieme alla normativa dell'Unione in materia di corruzione, cfr. G. Carella, *op. cit*., p. 467.

10 Convenzione relativa alla corruzione dei funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea (Bruxelles, 26 maggio 1997; di seguito, Convenzione UE, *GUCE* C 195, 25 giugno 1997, p. 2). La ratifica e l'ordine di esecuzione sono stati dati con legge 29 settembre 2000, n. 300. Il testo si legge in G. Carella, M. Castellaneta, A. R. P. Damato, G. Pizzolante, *op. cit.*

Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa)[11], che tuttavia conservano una propria specificità derivante dal contesto in cui ciascuna fonte è stata firmata: non a caso, l'ambito di applicazione della Convenzione OCSE è circoscritto agli episodi di corruzione maturati nell'ambito delle relazioni commerciali internazionali.

Invero, a partire dagli inizi del XXI secolo la lotta alla corruzione ha assunto una dimensione globale ed è stata inserita nelle più ampie politiche di contrasto al riciclaggio dei proventi di reato ed alla criminalità organizzata: non è un caso che la prima fonte a carattere universale ove sia stato previsto un generale obbligo di incriminazione della corruzione transnazionale è la Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale.

Risale invece al 2003 la Convenzione di Mérida, ossia il primo strumento volto a contrastare compiutamente la corruzione a livello universale, anche in virtù di un innovativo complesso di disposizioni sulla prevenzione della corruzione[12].

Questo radicale mutamento di prospettiva ha ovviamente imposto l'adattamento degli ordinamenti giuridici interni.

3. Gli obblighi europei, ed in primo luogo gli obblighi di armonizzazione, possono essere idealmente suddivisi in tre categorie generali[13]: a) obblighi di incriminazione; b) disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria; c) misure di prevenzione della corruzione[14].

---

[11] Convenzione OCSE sulla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, 17 dicembre 1997; di seguito, Convenzione OCSE), il cui testo integrale è disponibile sul sito internet www.oec.d.org (la ratifica e l'ordine di esecuzione sono stati dati con legge 29 settembre 2000, n. 300); Convenzione penale (con il successivo Protocollo addizionale) e Convenzione civile sulla corruzione, adottate dal Consiglio d'Europa, rispettivamente, il 27 gennaio ed il 4 novembre 1999 (di seguito per brevità, rispettivamente, Convenzione penale e Convenzione civile), ratificate ed eseguite con leggi 28 giugno 2012, n. 110 e n. 112; il testo integrale di tali Accordi è disponibile sul sito internet www.conventions.coe.int.

[12] Alla Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale (Palermo, 15 dicembre 2000; di seguito, Convenzione di Palermo), eseguita con legge 16 marzo 2006, n. 146, ha fatto seguito la Convenzione ONU contro la corruzione (Mérida, 11 dicembre 2003; di seguito, Convenzione di Mérida), eseguita con legge 3 agosto 2009, n. 116; il testo integrale di tali fonti è disponibile sul sito internet www.unodc.org.
Le altre fonti regionali in materia sono la Convenzione contro la corruzione dell'Organizzazione degli Stati americani (Caracas, 29 marzo 1996; di seguito, per brevità, Convenzione inter-americana), il cui testo integrale è disponibile sul sito internet www.oas.org; la Convenzione dell'Unione africana sulla prevenzione e la repressione della corruzione (Maputo, 11 luglio 2003; di seguito, Convenzione di Maputo), il cui testo integrale è disponibile sul sito internet www.africa-union.org; il Protocollo sulla corruzione della Comunità di Sviluppo dell'Africa Australe (Southern African Development Coordination Conference – SADCC), istituita nel 1981 e trasformata nell'attuale ECOWAS nel 1992, il cui testo è disponibile sul sito internet www.sadc.int.

[13] Vi sono poi alcune norme accessorie volte a definire, altresì, una disciplina minima comune di altri istituti funzionali alla repressione penale della corruzione: limiti di punibilità del reato tentato, concorso di persone, prescrizione, responsabilità delle persone giuridiche, giurisdizione, sulle quali non ci soffermeremo per ovvie esigenze di sintesi.

[14] Da ultimo, le fonti pattizie prevedono la creazione di un'autorità nazionale anticorruzione, deputata ad assicurare il continuo scambio di informazioni con gli omologhi enti stranieri ed a consentire il periodico monitoraggio del sistema normativo interno, al fine di valutarne l'adeguamento alle fonti convenzionali e verificare l'effettiva applicazione delle norme introdotte; a tal fine, l'Italia ha designato il Ministro della Giustizia.

In primo luogo, dunque, gli atti normativi regionali europei, come quelli internazionali, contemplano alcuni obblighi (o, in taluni casi, mere facoltà) di incriminazione, al fine di armonizzare le norme penali sostanziali interne degli Stati membri.

Viene così incriminata la corruzione di pubblici ufficiali nazionali[15], stranieri[16] e internazionali[17], dei funzionari dell'Unione europea[18], dei giudici e degli agenti di corti internazionali[19], degli arbitri nazionali e stranieri[20], nonché dei giurati nazionali e stranieri[21],

Accanto a tali fattispecie sono previsti ulteriori obblighi (o facoltà) di incriminazione, sul presupposto che un'efficace azione di contrasto della corruzione non può ignorare i c.d. "reati sentinella", ossia quelle fattispecie che costituiscono il presupposto, o il naturale corollario, delle condotte propriamente corruttive.

Si tratta, in particolare, di fattispecie che sanzionano, a diverso titolo, condotte prodromiche alla corruzione o che comunque implicano la distorsione dell'ufficio pubblico dalla sua funzione istituzionale, nonché le condotte finalizzate a creare la provvista per il pagamento delle tangenti oppure a mascherare i trasferimenti di denaro o, più in generale, l'accordo illecito. Tra di esse rientrano il riciclaggio dei proventi di reato[22]; l'intralcio alla giustizia[23]; il traffico di influenze[24]; la sottrazione,

---

15 V. art. 15 Convenzione di Mérida; articoli 2 e 3 Convenzione penale; art. 6 Convenzione inter-americana; art. 4(1) lettere (a-c) Convenzione di Maputo. L'art. 8 della Convenzione di Palermo, invece, contempla un generale obbligo di incriminazione della sola corruzione del pubblico ufficiale nazionale, mentre attribuisce agli Stati membri la facoltà di incriminare la corruzione del pubblico ufficiale straniero o del funzionario internazionale.
L'art. 4 della Convenzione penale prevede un autonomo obbligo di incriminazione, relativo alla corruzione di membri di assemblee pubbliche nazionali.

16 V. art. 16 Convenzione di Mérida; art. 5 Convenzione penale; art. 1 Convenzione OCSE; art. 8 Convenzione inter-americana. L'art. 6 della Convenzione penale contempla l'obbligo di incriminare la corruzione di membri di assemblee pubbliche straniere.

17 V. art. 16 Convenzione di Mérida; art. 9 Convenzione penale. L'art. 10 della Convenzione penale prevede l'obbligo di incriminare la corruzione di membri di assemblee parlamentari internazionali.

18 V. articoli 2 e 3 Convenzione UE; articoli 2 e 3 del Protocollo alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

19 V. art. 11 Convenzione penale.

20 V. articoli 2-4 Protocollo addizionale alla Convenzione penale.

21 V. articoli 5 e 6 Protocollo addizionale alla Convenzione penale.

22 V. art. 6 Convenzione di Palermo; art. 23 Convenzione di Mérida; art. 13 Convenzione penale sulla corruzione, che incrimina il solo riciclaggio dei proventi di reati di corruzione; art. 7 Convenzione OCSE; art. 6 Convenzione di Maputo, limitatamente ai soli proventi dei reati di corruzione; art. 2 del secondo Protocollo alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.
V. altresì art. 3(1)(b) Convenzione di Vienna contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, pur con un ambito di applicazione circoscritto ai soli reati concernenti sostanze stupefacenti e psicotrope; art. 6 Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (Strasburgo, 8 novembre 1990). L'art. 9 della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo, stipulata a Varsavia il 16 maggio 2005, che l'Italia non ha ancora ratificato, contempla un nuovo obbligo di incriminazione del reato di riciclaggio dei proventi di reato.

23 V. art. 23 Convenzione di Palermo; art. 25 Convenzione di Mérida.

24 V. art. 18 Convenzione di Mérida; art. 12 Convenzione penale; art. 4(1) lett. (f) Convenzione di Maputo.

appropriazione indebita o altro uso illecito di beni da parte di un pubblico ufficiale[25]; l'abuso d'ufficio[26]; l'arricchimento illecito[27]; la ricettazione[28]; l'uso illecito di informazioni riservate[29]; l'emissione o utilizzazione di documenti o scritture contabili contenenti informazioni false o incomplete e l'omessa contabilizzazione di un versamento[30]; la frode agli interessi finanziari delle Comunità europee (oggi UE)[31].

Infine, è contemplata l'incriminazione della corruzione[32] e della sottrazione di beni[33] nel settore privato.

In tal modo gli accordi internazionali delineano un catalogo di reati che ciascuno Stato parte si impegna a sanzionare, descrivendone al contempo gli elementi costitutivi comuni: viene così superato il requisito della doppia incriminazione, che tradizionalmente costituisce il presupposto per l'applicazione degli istituti tipici di cooperazione giudiziaria e di polizia[34].

Oltre agli obblighi di incriminazione, le convenzioni europee, come del resto anche quelle internazionali, disciplinano specifiche misure di cooperazione giudiziaria e di polizia che involgono le diverse fasi del procedimento penale, concernendo specificamente: la creazione di organi investigativi comuni; l'acquisizione di elementi di prova o il compimento di atti di indagine all'estero; la protezione dei testimoni; l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali in un altro Stato parte, ivi inclusi i provvedimenti di sequestro e confisca dei proventi del reato; il trasferimento dei procedimenti penali; l'estradizione[35].

Le disposizioni pattizie costituiscono dunque la base giuridica della cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati parte, ove tra essi non sia in vigore alcuno specifico strumento pattizio, consentendo agli stessi di attivare tali strumenti nell'ambito di ogni procedimento penale avente ad oggetto taluno dei reati disciplinati dalle convenzioni medesime[36].

Sennonché, si tratta di norme *not self-executing* che, inevitabilmente, risentono (oltre che dei veti spesso frapposti dal potere esecutivo) della mancata rimodu-

---

25 V. art. 17 Convenzione di Mérida; articoli 11(1) lettere (b)(d) Convenzione inter-americana; art. 4(1) lett. (d) Convenzione di Maputo.

26 V. art. 19 Convenzione di Mérida; art. 11(1) lett. (c) Convenzione inter-americana.

27 V. art. 20 Convenzione di Mérida; art. 9 Convenzione inter-americana; art. 8 Convenzione di Maputo.

28 V. art. 24 Convenzione di Mérida; art. 3(1) lett. (c) Convenzione di Vienna, pur con un ambito di applicazione ristretto ai soli reati concernenti sostanze stupefacenti e psicotrope; art. 4(1) lett. (h) Convenzione di Maputo.

29 V. art. 11(1) lett. (a) Convenzione inter-americana.

30 V. art. 14 Convenzione penale.

31 V. art. 1 Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

32 V. art. 21 Convenzione di Mérida; articoli 7 e 8 Convenzione penale; art. 4(1) lett. (e) Convenzione di Maputo, nonché la decisione quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2003 sulla corruzione privata, *GUCE* L 192, 31 luglio 2003, p. 54.

33 V. art. 22 Convenzione di Mérida.

34 Nonostante tale presupposto sia stato superato, in ambito UE, dalla disciplina del MAE.

35 V. articoli 21-23 e 25-31 Convenzione penale; art. 31 ss. Convenzione di Mérida.

36 In tal senso, depone espressamente l'art. 46, par. 7, Convenzione di Mérida; analoga norma è prevista in materia di estradizione dall'art. 27 Convenzione penale e dall'art. 44 Convenzione di Mérida. Tali disposizioni, peraltro, rappresentano una preziosa base giuridica anche nell'ipotesi in cui la fattispecie abbia rilievo squisitamente interno, atteso che l'ambito di applicazione delle convenzioni – come detto – non è circoscritto alle sole fattispecie transnazionali.

lazione delle forme di cooperazione giudiziaria nei singoli ordinamenti giuridici, sicché la loro applicazione, nella prassi, è ancora piuttosto involuta.

Negli atti normativi dell'Unione europea, invece, generalmente non vi sono analoghe disposizioni perché esiste un apparato autonomo di atti sulla cooperazione giudiziaria applicabili ai reati in esame, oltre che ai principali reati transnazionali.

Tuttavia, l'aspetto davvero rivoluzionario dell'intera disciplina di derivazione internazionale, destinato ad innovare e trasformare in radice gli ordinamenti giuridici nazionali consentendo di aggredire il terreno di coltura ove fioriscono i fenomeni corruttivi, è costituito dall'articolato complesso di misure di prevenzione della corruzione.

Tali norme, infatti, mirano a ridisegnare i rapporti tra pubblica amministrazione e privati, siano essi persone fisiche o giuridiche, ponendosi l'obiettivo di elidere le cointeressenze, i conflitti di interesse e più in generale i comportamenti o le situazioni ambientali che favoriscono la proliferazione della corruzione, intervenendo sulle cause economiche, sociali e normative che agevolano la diffusione dell'illegalità nella sfera pubblica[37].

4. Quanto alla attuazione degli obblighi di armonizzazione delle incriminazioni – che concernono sia fattispecie transnazionali che interne – va premesso che, com'è noto, il nostro sistema penale contemplava una pluralità di fattispecie corruttive, ciascuna delle quali, peraltro, soggetta ad un differente regime sanzionatorio, in quanto portatrice di un peculiare disvalore[38]: in tale cornice normativa, dottrina e giurisprudenza si sono misurate con la necessità di individuare una chiara linea di confine, anzitutto, tra la fattispecie di corruzione propria e quella di corruzione impropria.

Da lungo tempo la giurisprudenza di legittimità ha definito il perimetro della fattispecie di corruzione propria, ritenendo che essa sussista ogni qualvolta il pubblico ufficiale accetti la corresponsione di un'utilità per fare un uso distorto del potere discrezionale che gli compete ovvero per rinunciare ad una valutazione comparativa degli interessi, indipendentemente dalla circostanza che l'atto emanato coincida o meno con quello che sarebbe stato emesso in assenza della pattuizione illecita, atteso che il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, costituito dai principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione[39], viene leso

[37] Per tali ragioni non può che trattarsi di disposizioni *not self-executing*, che definiscono meri *standards* normativi ai quali gli ordinamenti degli Stati parte devono uniformarsi, indicando principi e criteri direttivi che ovviamente richiedono una articolata disciplina interna di attuazione, atteso che ciascuno Stato membro ha una diversa forma di Stato o di Governo, nonché un peculiare ordinamento della pubblica amministrazione, dell'accesso agli uffici pubblici e dell'esercizio delle pubbliche funzioni. Le misure di prevenzione sono state estese anche al settore privato, assurgendo in tal modo a vero fulcro e punto nodale delle politiche di contrasto alla corruzione.

[38] Prima della riforma del 2012, sotto il profilo passivo del rapporto corruttivo erano incriminate: *a*) corruzione passiva impropria antecedente (art. 318, co. 1, c.p.); *b*) corruzione passiva impropria susseguente (art. 318, co. 2, c.p.); *c*) corruzione passiva propria (art. 319 c.p.); *d*) corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.). Il corruttore, invece, veniva sanzionato nelle sole ipotesi di corruzione in atti giudiziari, corruzione propria (antecedente e susseguente) e corruzione impropria antecedente (art. 321 c.p.). Come vedremo, l'art. 322-*bis* c.p. estende il campo di applicazione di tali disposizioni, sotto il profilo soggettivo, alle fattispecie transnazionali.

[39] Cfr., *ex multis*, sentenza della Cassazione penale del 4 luglio 2011, n. 29576.

qualora il pubblico funzionario, ancorché ogni atto da questi adottato corrisponda al modello legale, abbia asservito la funzione al privato cittadino[40].

Per tali ragioni, l'individuazione del singolo atto oggetto di mercimonio è andata col tempo sfumando nella prassi applicativa delle fattispecie di corruzione propria.

La novella legislativa[41], tentando di adeguare l'ordinamento giuridico interno alle fonti europee, ha in primo luogo radicalmente innovato l'art. 318 c.p., che nel previgente sistema normativo incriminava la corruzione impropria, ossia per un atto conforme ai doveri d'ufficio.

In particolare, la previgente disposizione normativa fondava l'incriminazione sul compimento di un atto dell'ufficio; qualificava l'utilità, anche non patrimoniale, quale "retribuzione non dovuta"; distingueva tra corruzione antecedente e susseguente, anche dal punto di vista sanzionatorio; non puniva il corruttore nel caso di corruzione impropria susseguente, atteso il richiamo dell'art. 321 c.p. al solo comma 1 dell'art. 318 c.p.; prevedeva un trattamento sanzionatorio generalmente più mite.

La nuova norma incriminatrice, invece, ha obliterato ogni riferimento all'atto dell'ufficio, imperniando la fattispecie sull'esercizio della funzione o del potere; sanzionando la mera percezione o promessa indebita di denaro o altra utilità, abbandonando il richiamo alla "retribuzione non dovuta" per l'attività compiuta[42]; essa non distingue più tra corruzione antecedente e susseguente e prevede un trattamento sanzionatorio più severo.

---

40 Un'interpretazione estensiva dell'art. 319 c.p. è stata offerta per la prima volta dalla Corte costituzionale, in funzione giudicante, nel celebre caso *Lockeed* (cfr. Corte costituzionale nella composizione integrata *ex* art. 134 Cost., sentenza del 1° marzo 1979; v. anche Corte costituzionale, sentenza del 2 agosto 1979, n. 221).
La giurisprudenza di legittimità ha successivamente consolidato questo orientamento (cfr. le sentenze della Cassazione penale del 13 dicembre 2007, n. 12131; del 15 febbraio 2008, n. 34417; del 25 agosto 2009, n. 34834).

41 Tra i primi commenti alla legge n. 190/2012 si segnalano: B. G. Mattarella, M. Pellissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013; F. Viganó, *La riforma dei delitti di corruzione*, in R. Garofoli, T. Treu (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013; nonché i contributi, pubblicati sul sito www.penalecontemporaneo.it, di A. Alessandri, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*; G. Andreazza, R. Pistorelli, *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante 'Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione'*; G. Balbi, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*; R. Garofoli, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*; e Id., *La nuova legge anticorruzione, tra prevenzione e repressione*, www.magistraturademocratica.it.

42 Conseguentemente, oltre ai pagamenti di somme di denaro, vi rientrano senza dubbio alcuno anche viaggi, prestazioni sessuali, prestazioni di *facere*, cessioni in uso gratuito o semigratuito di beni mobili o immobili, dilazioni di pagamento, accensioni di mutui, avanzamenti di carriera e così via. Il superamento del concetto di "retribuzione", invece, si spiega con il venir meno di ogni riferimento all'atto e, conseguentemente, al rapporto sinallagmatico tra privato e pubblico ufficiale, anche sotto il profilo della proporzionalità tra le due prestazioni. In ogni caso, giova evidenziare che le convenzioni internazionali escludono la rilevanza penale dei c.d. *munuscula*, ossia dei pagamenti o regali di modesto valore, come tali inidonei a ledere il bene giuridico tutelato; d'altra parte non ha alcun senso vietare sempre e comunque perfino regali e mance, che nella prassi del commercio internazionale non assurgono necessariamente ad elemento criminale, anzi spesso possono favorire l'instaurarsi di relazioni personali o, comunque, possono essere correlati a tradizioni culturali, storiche e religiose.

La riforma, pertanto, elaborando la nuova fattispecie di "corruzione per l'esercizio della funzione" accanto alla "corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio" (fattispecie rispetto alla quale il legislatore si è limitato ad innalzare le pene edittali, senza modificarne gli elementi costitutivi), impone all'interprete di abbandonare i vecchi schemi concettuali che hanno guidato finora l'elaborazione di dottrina e giurisprudenza.

A tale riguardo, invero, si sostiene unanimemente (e forse sbrigativamente) che tra la vecchia e la nuova norma vi sarebbe continuità normativa, da *species* a *genus*, in quanto il previgente art. 318 puniva una condotta interamente contenuta nella nuova, più ampia disciplina[43].

Orbene, prima di esaminare la norma interna sarebbe forse utile ricostruire l'esatto contenuto degli obblighi rivenienti dall'accordo al quale si è inteso dare attuazione con tale disposizione normativa, al fine di cogliere la *ratio* che presiede alle norme europee e – in definitiva – comprendere come il reato di corruzione sia descritto nella Convenzione penale (e, più in generale, negli altri trattati anticorruzione, che quest'ultima implicitamente richiama).

Infatti il nostro sistema penale continua a presentare un carattere di notevole (e forse eccessiva) complessità rispetto a quanto enucleato nella fonte europea, laddove la corruzione si risolve nella promessa, offerta o dazione di un'utilità indebita al pubblico ufficiale "in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties".

È evidente che la fonte convenzionale non prescrive affatto che sia pretermesso ogni riferimento all'atto dell'ufficio, posto che la corresponsione dell'utilità non può che essere correlata alla (come vedremo, successiva) attività del pubblico agente nell'esercizio della sua funzione[44]: la fattispecie, dunque, è incentrata sulla dazione o promessa di un'utilità indebita[45] in relazione al compiendo atto nell'esercizio delle funzioni del pubblico ufficiale.

Ad ogni buon conto, la Convenzione penale è espressamente posta a presidio della fiducia che i cittadini ripongono nella imparzialità della pubblica amministrazione, di talché è irrilevante che l'atto oggetto del patto corruttivo sia o meno contrario ai doveri d'ufficio, essendo sufficiente a ledere tale bene (e pertanto a configurare il reato) che la dazione o promessa di utilità avvenga in relazione al compimento di un atto nell'esercizio delle funzioni del pubblico funzionario. Ovviamente, è conferita agli Stati parte la facoltà di sanzionare in misura più grave la corruzione per il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, seppure con il limite di non inficiare il perseguimento degli scopi propri della fonte convenzionale mediante l'introduzione, all'interno della fattispecie, di un elemento i cui confini sono incerti[46].

---

43 Cfr., *ex plurimis*, la sentenza della Cassazione penale dell'11 gennaio 2013, n. 19188.

44 In merito alla corruzione passiva del pubblico ufficiale, la relazione esplicativa alla Convenzione penale rimarca che "this provision is not applicable either to benefits unrelated to a specific subsequent act in the exercise of the public official's duties", par. 43.

45 "'*Undue'* for the purposes of the Convention should be interpreted as something that the recipient is not lawfully entitled to accept or receive. For the drafters of the Convention, the adjective *'undue'* aims at excluding advantages permitted by the law or by administrative rules as well as minimum gifts, gifts of very low value or socially acceptable gifts", cfr. Convenzione penale, *Explanatory Report*, par. 38.

46 *Ivi*, par. 39.

Ne conseguono diversi, e delicati, problemi interpretativi.

In primo luogo in merito alla asserita punibilità della corruzione susseguente.

In via generale, le convenzioni non obbligano gli Stati parte ad incriminare la corruzione susseguente, conferendo loro ampia libertà in materia; tuttavia, sia la Convenzione penale del Consiglio d'Europa che il Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee escludono espressamente che la corruzione susseguente abbia alcuna rilevanza penale[47].

Gli accordi firmati successivamente sono invece silenti sul punto e, pertanto, dovrebbero essere interpretati alla luce degli obblighi già assunti con i patti anteriori, sicché dovremmo concludere che, in mancanza di un'esplicita e contraria previsione nei trattati successivi, l'interpretazione delle norme interne conforme agli obblighi europei implica che la corruzione susseguente esuli, oramai, dall'alveo della rilevanza penale.

In caso contrario, dovremmo convenire che lo Stato abbia assunto nel tempo obblighi confliggenti ed in insanabile contrasto tra loro, oltre ad aver adottato una disciplina interna in palese violazione degli obblighi assunti in sede internazionale: d'altronde, tale assunto si conforma alla *ratio* delle fonti pattizie anticorruzione, che intendono sanzionare soltanto le condotte concretamente idonee a compromettere l'imparzialità del pubblico ufficiale e non mirano di certo a moralizzare i comportamenti dei pubblici ufficiali.

In secondo luogo, non si può ignorare che l'evoluzione dalla corruzione "per un atto d'ufficio" a quella "per l'esercizio della funzione o del potere" non possa comportare automaticamente la espunzione dalla fattispecie di ogni riferimento all'atto d'ufficio[48].

In caso contrario, l'estrema ampiezza della fattispecie rischierebbe di rendere penalmente rilevanti condotte evanescenti, che non si sostanziano nel compimento di alcun atto o attività a favore del privato, nonché perfino l'erogazione di *munuscula* o di utilità immateriali, finanche alla luce della patente di liceità loro sostanzialmente conferita anche dal nuovo codice di condotta dei pubblici ufficiali.

La tipicità della norma, infatti, sarebbe ancorata ad un avverbio sfuggente ed ambiguo: "indebitamente". Qualora esso indichi, puramente e semplicemente, il

---

47 *Ivi*, paragrafi 34 e 43, nonché par. 2.5 della Relazione esplicativa al Protocollo alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

48 Peraltro, com'è noto, secondo la giurisprudenza "la nozione di atto di ufficio comprende una vasta gamma di comportamenti umani, effettivamente o potenzialmente riconducibili all'incarico del pubblico ufficiale, e quindi non solo il compimento di atti di amministrazione attiva, la formulazione di richieste o di proposte, l'emissione di pareri, ma anche la tenuta di una condotta meramente materiale o il compimento di atti di diritto privato" (cfr., *ex plurimis*, sentenza della Cassazione penale del 26 settembre 2006, n. 38698). Occorre, tuttavia, pur sempre un collegamento funzionale con l'attività di competenza del pubblico ufficiale: non è necessario che si tratti di un formale atto amministrativo, legislativo o giudiziario, né è richiesto che l'atto rientri nella competenza specifica del funzionario o dell'impiegato, essendo sufficiente che esso inerisca alla competenza dell'ufficio al quale egli appartiene, anche se non è espressamente devoluto alle specifiche mansioni che il pubblico ufficiale o l'impiegato assolvono; è finanche sufficiente che il pubblico ufficiale si possa trovare, a causa dell'ufficio, in condizione di influire sul compimento dell'atto, anche esercitando una ingerenza di mero fatto (cfr. sentenza della Cassazione penale del 2 marzo 2010, n. 20502), principio ormai esplicitato nell'attuale riferimento alternativo alla funzione o al potere.

concetto di non dovuto, le conseguenze potrebbero essere disastrose: ciò spiega il tentativo compiuto in sede europea di definirne in qualche modo il contenuto minimo, ancorando l'incriminazione al compiendo atto nell'esercizio delle funzioni.

Né si può semplicemente obliterare un elemento della fattispecie in ragione della difficoltà di fornire la prova dell'oggetto dell'accordo illecito: in caso contrario, la fonte convenzionale avrebbe imposto di incriminare la mera dazione di denaro o altra utilità al pubblico ufficiale, non contemplando affatto alcun riferimento all'atto.

Di conseguenza, devono ineluttabilmente essere rivisitati i rapporti intercorrenti tra le due fattispecie di corruzione incriminate, rispettivamente, dagli articoli 318 e 319 c.p.

Infatti la giurisprudenza ha finito per desumere automaticamente – e surrettiziamente – la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio dal mercimonio della funzione, ossia dal pagamento in sé della tangente: la modifica dell'art. 318 c.p. consente, invece, di tornare ad una interpretazione maggiormente rigorosa e più aderente alla formulazione letterale della norma, nonché agli obblighi europei, atteso che il mero asservimento costituisce già parte integrante della fattispecie di cui all'art. 318 c.p., sicché il campo di applicazione della corruzione propria dovrebbe inevitabilmente restringersi alle sole ipotesi in cui sia effettivamente individuato l'atto contrario ai doveri d'ufficio oggetto della pattuizione illecita[49].

Infine, la novella normativa ripropone una annosa e delicata questione, peraltro più volte segnalata nel corso dell'attività di monitoraggio sia del GRECO che dell'*OECD* Working Group on Bribery in International Business Transactions.

Gli organismi internazionali, infatti, avevano ripetutamente sollecitato una riforma del delitto di concussione, al fine di: impedire che la pubblica accusa continuasse a farne un uso distorto (contestando surrettiziamente la concussione affinché il privato corruttore assumesse l'ufficio di teste); superare le incertezze interpretative derivanti dalla mancata individuazione di una chiara linea di confine tra corruzione e concussione per induzione; evitare che i privati autori di atti corruttivi nell'ambito di operazioni commerciali internazionali continuassero, quale mero meccanismo di difesa, ad addurre di essere stati indotti al pagamento dal pubblico funzionario[50].

Ciononostante tali questioni possono dirsi tutt'altro che superate dalla introduzione della fattispecie di "induzione indebita a dare o promettere utilità" (il nuovo art. 319-*quater* c.p.)[51], in cui è confluita la vecchia concussione per induzione e sulla

[49] Diversamente opinando, si autorizzerebbe il giudice a desumere – attraverso un ragionamento inevitabilmente circolare – la prova del compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio dalla mera percezione di una utilità, in aperto contrasto con la lettera e la *ratio* della norma incriminatrice.

[50] Cfr. GRECO, *Evaluation Report on Italy. Incriminations. Third Evaluation Round*, marzo 2012, paragrafi 119-122; v. anche OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions, *Phase 3. Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Italy*, dicembre 2011. Si rinvia a M. Montanari, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, www.penalecontemporaneo.it.

[51] Com'è noto, la riforma ha altresì circoscritto il delitto di concussione al solo pubblico ufficiale, sicché la costrizione per farsi dare o promettere denaro o altra utilità, compiuta dall'incaricato di pubblico servizio, potrà essere qualificata quale estorsione aggravata dall'abuso di qualità: con tutte le conseguenze (per i reati commessi prima del 28 novembre 2012) dovute alla non perfetta sovrapponibilità delle due fattispecie delittuose tanto in ordine alla condotta, quanto al momento consumativo del reato,

quale si riverseranno i vecchi e controversi dubbi interpretativi, quale immediata conseguenza di una fattispecie i cui contorni sono troppo evanescenti[52].

Da ultimo, non possiamo ignorare il ricorso ad una tecnica legislativa – e soprattutto di politica criminale – radicalmente inappropriata, che si traduce in uno strumentale (per giunta sbandierato) aumento delle pene edittali, al fine di incidere sui tempi di prescrizione del reato, di consentire la adozione di misure cautelari e precautelari nonché di ricorrere all'uso delle intercettazioni di comunicazioni: così operando il legislatore dà prova di ignorare non solo la funzione che le pene svolgono nel nostro ordinamento, bensì pure le conseguenze che continui interventi privi di sistematicità in tale ambito riverberano sui principi di proporzionalità e gradualità delle pene, nonché più in generale sulla coerenza intrinseca del sistema penale.

5. Il legislatore, apponendo una molteplicità di riserve alla Convenzione penale, ha sostanzialmente rinunciato ad attuare gli obblighi di armonizzazione relativi alle fattispecie di corruzione transnazionale, che pure costituiscono l'oggetto precipuo del trattato.

In verità, fino alla seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso la nozione di funzionario internazionale era ignota a pressoché tutti i sistemi penali interni, mentre quella di pubblico ufficiale era, per tradizione risalente, circoscritta ai soli agenti pubblici nazionali: con l'effetto che assumeva rilevanza penale soltanto la corruzione dei pubblici ufficiali nazionali, atteso che in tutti gli ordinamenti giuridici la titolarità della qualifica soggettiva costituisce il presupposto per l'incriminazione della condotta.

Tale – invero ipocrita – scelta di politica criminale denunciava il perseguimento di una "doppia morale" e, al contempo, rivelava la diffusa esistenza di un'antinomia in grado di minare in radice la tenuta e la razionalità dell'impianto normativo interno. Vi era, sostanzialmente, un doppio binario che implicava – a seconda dei casi – l'ampliamento o il restringimento dell'area delle condotte penalmente rilevanti a seconda che fosse coinvolto, rispettivamente, un pubblico ufficiale interno ovvero un pubblico agente straniero o internazionale, così incentivando una inaccettabile differenziazione di disciplina tra gli atti di mercimonio della pubblica funzione commessi dai pubblici ufficiali interni e quelli compiuti dai funzionari stranieri o internazionali, contravvenendo al fondamentale principio di assicurare la

---

richiedendo l'estorsione che l'ingiusto profitto sia conseguito (laddove la concussione si consuma con la mera promessa dell'utilità).

[52] In particolare, sarebbe configurabile la corruzione nelle sue varie forme quando la dazione o promessa indebita sia frutto di una negoziazione paritaria e non della pressione esercitata dal pubblico ufficiale; secondo la giurisprudenza vi sarebbe "una parità fra i due soggetti e una volontà comune orientata al *do ut des*" nella corruzione, mentre nella concussione, in entrambe le forme, "il denominatore comune è l'abuso di potere o delle qualità" (cfr., in termini, sentenza della Cassazione penale del 21 febbraio 2013, n. 8695).

Altro e diverso profilo di criticità si rinviene allorquando la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio si sostanzi in una mera richiesta di denaro o altra utilità, alla quale non segue alcuna prestazione da parte del privato: in tali ipotesi la giurisprudenza oscilla tra la qualificazione del fatto come tentata concussione per induzione e istigazione alla corruzione (si veda, sul punto, D. Tarantino, *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 55, 1, p. 245).

coerenza intrinseca dell'ordinamento giuridico, che non può impunemente trasgredire il principio di non contraddizione[53].

Il legislatore italiano si è conformato all'obbligo di incriminare le fattispecie transnazionali già con l'art. 322-*bis* c.p. che, in attuazione della Convenzione UE e della Convenzione OCSE, incrimina la corruzione attiva e passiva di: *a*) membri delle istituzioni dell'Unione europea; *b*) funzionari e agenti dell'Unione europea; *c*) persone che esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti dell'Unione europea; *d*) membri o addetti a enti costituiti sulla base dei Trattati istitutivi dell'Unione europea; *e*) pubblici ufficiali di altri Stati membri dell'Unione europea, che "svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio".

Il secondo comma della medesima disposizione sanziona la corruzione attiva e l'istigazione alla corruzione qualora il denaro o altra utilità sia dato, offerto o promesso alle persone indicate nel primo comma, nonché a pubblici ufficiali stranieri o funzionari internazionali, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria.

Con la novella del 2012 il legislatore ha perso l'occasione di introdurre alcune necessarie integrazioni a tale fattispecie.

In primo luogo, il legislatore ha omesso di elaborare un'autonoma nozione di pubblico ufficiale straniero e funzionario internazionale, atteso che le disposizioni codicistiche da un lato rinviano ai soggetti espressamente indicati al primo comma dell'art. 322-*bis* c.p., dall'altro, genericamente, alle "persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali" (art. 322-*bis*, co. 2, n. 2, c.p.).

Tale formulazione, quindi, impone al giudice, in occasione dell'esame della singola fattispecie, di compiere una valutazione in concreto, avuto riguardo alle

[53] Come ha efficacemente osservato B. Oppettit, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, in *Journal du droit international*, 1987, p. 12.
In particolare, gli ordinamenti giuridici interni non perseguivano la corruzione di pubblici ufficiali stranieri o di funzionari internazionali finanche se la condotta, o un suo singolo segmento, fossero stati realizzati sul territorio nazionale ovvero da parte di un cittadino: di conseguenza numerosi – e sicuramente i più rilevanti, almeno sotto il profilo qualitativo – episodi di corruzione restavano del tutto privi di tutela penale e, quindi, di sanzione. Anzi, gli Stati nazionali avevano sempre manifestato, nei riguardi della corruzione di pubblici ufficiali stranieri o di funzionari internazionali, un diffuso disinteresse, che spesso si è tradotto in forme di tacito assenso, mediante la adozione di strumenti giuridici (primo tra tutti la deducibilità fiscale delle commissioni illecite) destinati a favorire indirettamente simili condotte delittuose. La *ratio* di questa politica criminale può essere facilmente colta in due esigenze tra loro convergenti: da un lato il proposito di arginare le ragioni di conflitto con l'esercizio della giurisdizione penale da parte degli Stati stranieri (nell'ipotesi di corruzione del funzionario internazionale, con lo Stato nazionale del funzionario), dall'altro una buona dose di sano pragmatismo, che si traduceva nella mera convenienza, per il sistema economico dello Stato nazionale del corruttore, derivante dal perpetuarsi di simili condotte illecite, che consentono all'economia nazionale di espandersi verso nuovi mercati o, comunque, di mantenervi una presenza dominante; tesi, quella della tutela di un supposto interesse nazionale, che in verità si ripropone ogni qualvolta si pongono alla ribalta delle cronache nazionali vicende giudiziarie che coinvolgono grandi gruppi industriali che operano in mercati esteri.

funzioni devolute al pubblico agente nell'ordinamento giuridico dal quale questi trae la qualifica soggettiva.

Il vero vuoto normativo, tuttavia, concerne la mancata autonoma previsione della nozione di funzionario internazionale, posto che l'art. 9 della Convenzione penale obbliga gli Stati parte a sanzionare la corruzione attiva e passiva dei funzionari e degli impiegati delle organizzazioni internazionali delle quali lo Stato parte sia membro e di quanti esercitino funzioni corrispondenti a quelle di tali soggetti.

Quanto alla struttura della fattispecie incriminatrice, il nostro sistema penale sanziona le diverse fattispecie di corruzione transnazionale, sia attiva che passiva, esclusivamente nelle ipotesi in cui esse riguardino membri, agenti o funzionari delle istituzioni o degli organi dell'Unione europea, nonché soggetti che "svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio" nell'ambito di un altro Stato membro.

Di contro, la corruzione attiva di pubblici ufficiali di Stati extraeuropei o di funzionari internazionali è incriminata esclusivamente "qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria": il legislatore ha dunque deliberatamente escluso dall'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice la corruzione passiva del pubblico ufficiale straniero e del funzionario internazionale, oltre ad aver circoscritto la punibilità della corruzione attiva in violazione dell'art. 37, par. 1, della Convenzione penale.

In definitiva, le norme interne, per effetto delle riserve apposte in sede di deposito dello strumento di ratifica, non assicurano piena attuazione agli articoli 5, 6, 9, 10 e 11 della Convenzione penale, dai quali discende un generale obbligo di incriminazione di tutte le ipotesi di corruzione che coinvolgono: pubblici ufficiali stranieri (art. 5), membri di assemblee parlamentari straniere (art. 6), funzionari di organizzazioni internazionali (art. 9), membri di assemblee parlamentari internazionali (art. 10), giudici ed agenti di corti internazionali (art. 11), oltre a giurati ed arbitri stranieri, alla stregua degli articoli 4 e 6 del Protocollo addizionale, indipendentemente dalla circostanza che la corresponsione dell'utilità avvenga nell'ambito del commercio internazionale ovvero al fine di ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria.

Come vedremo, del resto, la apposizione delle riserve alla Convenzione penale ha determinato la incompleta attuazione, sotto il profilo soggettivo, anche dell'obbligo di incriminazione relativo al nuovo delitto di traffico di influenze illecite.

6. La nuova fattispecie, introdotta all'art. 346-*bis* c.p., adempie ad un espresso obbligo di incriminazione contenuto nella Convenzione penale[54] ed è volta a colmare un vuoto normativo, da lungo tempo denunciato nel corso dell'attività di monitoraggio del GRECO, sanzionando nuove forme di manifestazione della corruzione nelle quali il "corrotto" non si impegna ad adottare un atto dell'ufficio ovvero ad asservire la funzione ad interessi privati, bensì a far valere la propria influenza sul pubblico agente al quale compete la adozione dell'atto oggetto di mercimonio.

[54] V. art. 12. L'art. 18 della Convenzione di Mérida, invece, contempla una mera facoltà di incriminazione.

Infatti la norma non mira ad incriminare l'intermediario nell'accordo corruttivo, che pacificamente risponde del (concorso nel) reato di corruzione ove abbia messo in contatto il corruttore ed il corrotto ovvero abbia comunque favorito la conclusione dell'accordo criminale, ma la c.d. "mediazione illecita".

Esula, del resto, dallo schema tipico della corruzione l'ipotesi in cui un soggetto, in forza della propria influenza politica, istituzionale o di altra natura, eserciti pressioni nei confronti del pubblico ufficiale, affinché questi compia un atto del suo ufficio oppure si astenga dal compierlo, anche nel caso in cui l'intermediario percepisca – per tale sua attività – un compenso o altra utilità, atteso che in tale ipotesi il soggetto che percepisce la "tangente" non è titolare della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale, ma si limita ad esercitare la sua influenza sul pubblico ufficiale, seppure al fine di fargli adottare un atto del suo ufficio (ovvero farlo astenere dal compierlo).

L'intermediario, quindi, può eventualmente concorrere nel reato commesso dal pubblico ufficiale, ove l'adozione dell'atto integri in sé un diverso ed autonomo reato, ma ciò costituisce un *posterius* irrilevante ai nostri fini, atteso che l'accordo posto a fondamento della dazione dell'utilità non può essere sussunto in alcuna delle ipotesi di corruzione disciplinate dalle fonti internazionali.

Ed è a tale precipuo scopo che l'art. 12 della Convenzione penale pone a carico degli Stati parte l'obbligo di introdurre, nei rispettivi ordinamenti giuridici, la fattispecie delittuosa di *trading in influence*, in modo tale da sanzionare anche la condotta di coloro che gravitano attorno ai centri di potere e tentano di trarre un ingiusto vantaggio (di regola, di natura patrimoniale) da tale loro attività e dalle relative reti di relazioni.

Né a tale scopo poteva supplire efficacemente la fattispecie interna di millantato credito (art. 346 c.p.): in primo luogo, infatti, essa incrimina esclusivamente il lato passivo del rapporto illecito, escludendo ogni sanzione per il privato che abbia elargito il denaro o altra utilità; in secondo luogo, la norma è costruita sulla falsa rappresentazione che l'agente prospetta al privato in ordine alla propria capacità di influenzare le decisioni del pubblico ufficiale[55].

Le fattispecie delineate dalle fonti convenzionali presentano un nucleo essenziale comune, ma anche un elemento di differenziazione.

Il *trading in influence* si configura allorché taluno prometta, offra o dia un'utilità indebita ad un terzo (c.d. *influence peddler*) che affermi di poter esercitare la sua influenza indebita – supposta od effettiva – sul processo decisionale di un pubblico

[55] Il bene giuridico tutelato dalla norma di cui all'art. 346 c.p. è tradizionalmente individuato nel prestigio e buon andamento della pubblica amministrazione, seppure non manchi chi ricostruisca l'oggettività giuridica dell'illecito in chiave di plurioffensività, ritenendo che la norma in parola tuteli non solo il prestigio della P.A., ma anche la posizione soggettiva (ed il patrimonio) del privato, qualificandola quale speciale ipotesi di truffa in *re illicita* (cfr., sul concorso formale dei delitti di millantato credito e truffa, sentenza della Cassazione penale del 7 giugno 2006, n. 30150).
La Suprema Corte, tuttavia, ha sempre escluso che la fattispecie delittuosa di cui all'art. 346 c.p. potesse incriminare anche le ipotesi di traffico di influenze illecite (si vedano, *ex plurimis*, sentenze della Cassazione penale del 4 maggio 2006, n. 33435; del 6 novembre 2006, n. 5781; del 20 settembre 2004, n. 49048). Per tali ragioni, le norme interne erano assolutamente inidonee ad assicurare tutela penale alle condotte oggi sanzionate a norma dell'art. 346-*bis* c.p.

agente; è invece indifferente che l'influenza sia o meno esercitata ovvero che vada o meno a buon fine.

Le fonti convenzionali, tuttavia, si sforzano di delineare una precisa linea di demarcazione tra la (lecita) attività di *lobbying* e la «mediazione illecita»: per questa ragione, l'art. 18 della Convenzione di Mérida richiede esplicitamente che l'influenza sia esercitata al fine di consentire, all'istigatore iniziale o ad altra persona, di conseguire un vantaggio indebito da parte delle autorità pubbliche, mentre la Relazione esplicativa alla Convenzione penale evidenzia che, affinché l'influenza sia indebita, "must contain a corrupt intent by the influence peddler: acknowledged forms of lobbying do not fall under this notion"[56].

Del resto, anche il lobbista viene remunerato per sensibilizzare il pubblico ufficiale ad un determinato tema ovvero per influenzarne l'attività e, dunque, gli atti che questi compie: pertanto, il discrimine tra ciò che è lecito e ciò che costituisce reato è il fine perseguito dall'agente, sicché la Convenzione penale prescrive un "corrupt intent", mentre la Convenzione di Mérida richiede il conseguimento di un vantaggio indebito[57].

Nel nostro ordinamento giuridico, invero, manca una disciplina che regolamenti l'attività di *lobbying*, di tal ché, a fronte di una norma europea (ed internazionale) chiara, sia nel contenuto che nello scopo, il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico una fattispecie i cui contorni sono, invece, piuttosto fumosi.

D'altra parte tale fattispecie risente – non è nemmeno casuale la sua collocazione sistematica – più dell'influenza del reato di millantato credito che delle fonti internazionali (che invece avrebbe dovuto attuare).

L'art. 346-*bis* c.p., infatti, è costruito sulla promessa o dazione indebita di denaro o altro vantaggio patrimoniale (così escludendo dall'ambito di applicazione della norma le "altre utilità") come "prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio", sfruttando relazioni esistenti con il pubblico ufficiale.

Il legislatore, dunque, ha introdotto, all'interno della stessa disposizione, due diverse fattispecie: la prima sanziona la mediazione illecita verso il pubblico ufficiale, delegando all'interprete la individuazione dei criteri alla stregua dei quali definire quando in concreto la mediazione sia illecita; la seconda incrimina la dazione di denaro per remunerare il pubblico ufficiale, sulla falsariga dell'art. 346, co. 2, c.p., legandola tuttavia al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio nello stesso momento in cui, con riguardo ai reati di corruzione, la differenziazione tra atto conforme e atto contrario ai doveri d'ufficio viene superata.

Un'interpretazione della disposizione conforme agli obblighi internazionali dovrebbe far ritenere illecita la mediazione allorquando si connoti per il *corrupt*

---

56 Cfr. Convenzione penale, *Explanatory Report*, par. 65.

57 E infatti il lobbismo altro non è che l'attività, esercitata in maniera professionale, diretta ad influenzare i processi decisionali: finanche l'attività sindacale o, comunque, ogni attività di rappresentanza degli interessi di una categoria professionale o imprenditoriale rischierebbe, in caso contrario, di ricadere entro l'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice, derivandone una inaccettabile presunzione di illiceità per tutte le attività di mediazione remunerata, che invece costituiscono un'attività cardine in ogni società democratica.

intent, correlando la corresponsione dell'utilità all'esercizio delle funzioni (e al perseguimento di un vantaggio indebito): solo così, la fattispecie potrebbe acquisire quel contenuto minimo di tassatività che le consentirebbe di superare il vaglio di legittimità costituzionale.

Fermo restando che, in ossequio a quanto previsto dagli accordi internazionali, è irrilevante che la mediazione resa dall'*influence peddler* sia andata a buon fine e finanche che sia stata effettivamente esercitata.

Il legislatore, infine, ha del tutto omesso di dare attuazione alla disposizione pattizia sotto il profilo soggettivo, avendo delineato una fattispecie delittuosa meramente interna: per converso, l'art. 12 della Convenzione penale pone a carico degli Stati parte l'obbligo di incriminare il traffico di influenze esercitato non solo nei confronti del pubblico ufficiale nazionale, ma anche dei pubblici ufficiali stranieri, dei membri di assemblee pubbliche straniere, dei funzionari internazionali, dei membri di assemblee parlamentari internazionali e dei giudici e agenti di corti internazionali.

Quest'ultimo obbligo è stato semplicemente ignorato da parte del legislatore della riforma.

7. In Italia siamo abituati, per ragioni storiche, culturali ed ideologiche, ad affrontare il tema della corruzione volgendo la nostra attenzione esclusivamente al fenomeno della corruzione pubblica, ignorando tuttavia che fattispecie del tutto analoghe, sotto il profilo empirico, si manifestano anche nel settore privato.

Invero, sin dai primi anni del XX secolo i pagamenti effettuati nei confronti dei dipendenti di imprese private da parte di imprese concorrenti o di fornitori ha assunto dimensioni preoccupanti, al punto che nel Regno Unito fu introdotta una sanzione penale per la corruzione nel settore privato[58] con la legge sulla prevenzione

[58] La locuzione "corruzione nel settore privato" o "tra privati" (più precisamente, sia le fonti internazionali che quelle europee recano la dizione "bribery in the private sector") designa l'accordo illecito perfezionato tra soggetti privati, ossia tra individui in capo ai quali non possa rinvenirsi la qualifica soggettiva di pubblico ufficiale o funzionario internazionale, che si manifesta mediante il compimento o l'astensione dal compimento di un atto nell'esercizio di una funzione privata, a fronte della corresponsione di un'utilità indebita. Si tratta, dunque, di una definizione ricavata essenzialmente in termini residuali rispetto alla tradizionale ipotesi di corruzione del pubblico agente (a tal fine, non rileva se nazionale, straniero o internazionale), atteso che essa, pur speculare a quest'ultima, vi si differenzia in ragione del difetto di una qualifica soggettiva *pubblica* in capo agli autori dell'illecito, con riferimento ovviamente al profilo passivo della condotta, non assumendo alcuna rilevanza la qualifica soggettiva del corruttore.
La letteratura, in materia, non è molto estesa. Si rinvia a A. Eser, M. Überhofen, B. Huber (Hrsg.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafecht*, Friburgo, 1997 (si tratta, invero, dell'analisi comparata di diciannove ordinamenti giuridici); M. Pieth, P. Eigen (Hrsg.), *Korruption im internationalem Geschäftsverkehr. Bestandsaufnahme, Bekämpfung, Prävention*, Neuwied-Kritfel, 1999; P. Bernasconi (ed.), *Responding to Corruption. Social Defense, Corruption and the Protection of Public Administration and the Independence of Justice*, Napoli, 2000; R. E. Berembeim, J. F. Arvis, *Implementing Anticorruption Programs in the Private Sector*, PREM-notes Public Sector, 66, The World Bank, Aprile 2002; B. Huber, *op. cit.*; R. Acquaroli, L. Foffani, *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003; G. Heine, B. Huber, T. O. Rose, *Private Commercial Bribery. A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, Washington, 2003; G. Carella, *op. cit*.

della corruzione del 1906, che costituì il modello della legge contro la concorrenza sleale tedesca del 1909, ove fu introdotta analoga fattispecie di reato.

La crescente attenzione rivolta alla corruzione nel settore privato e la conseguente estensione del controllo penale alle attività economiche private trovano una spiegazione alla luce, anzitutto, dell'intensificazione dei rapporti commerciali transnazionali: non a caso, il 1° 'considerando' della decisione quadro 2003/568/GAI relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato evidenziava che "insieme alla globalizzazione si è assistito negli ultimi anni ad un aumento degli scambi transfrontalieri di merci e servizi. Di conseguenza, i casi di corruzione nel settore privato all'interno di uno Stato membro non sono più soltanto un problema nazionale, ma anche un problema transnazionale, affrontato in maniera più efficace mediante un'azione comune a livello dell'Unione europea".

Inoltre, il venir meno di una netta separazione tra le funzioni pubbliche e quelle private, conseguente alla improvvisa accelerazione del processo di privatizzazione degli enti pubblici (*in primis* quelli che svolgono attività economiche) e degli enti di erogazione di servizi pubblici o di pubblica necessità, fenomeno quest'ultimo che ha coinvolto pressoché tutti i sistemi economici (tanto quelli che evolvevano definitivamente verso un'economia di mercato, quanto quelli che provenivano dall'esperienza dei regimi totalitari) sul finire del XX secolo, ha generato una sensibile contrazione dell'ambito soggettivo di applicazione delle norme tradizionalmente volte a reprimere i reati di corruzione pubblica e, con esse, della loro capacità repressiva e forza dissuasiva.

Quale immediata e diretta conseguenza di questi processi, v'è oggi un gran numero di soggetti che, in imprese o enti ormai privati, rivestono – appunto non di rado – uffici grazie ai quali possono incidere sulle condizioni e sulla qualità di vita della generalità dei cittadini in misura ben più rilevante rispetto perfino a molti funzionari pubblici.

Ne discende inevitabilmente un vuoto di tutela, che necessita di essere in qualche modo colmato, concernente tutte le attività formalmente private ma sostanzialmente di interesse o rilievo pubblico alle quali sia conferito non solo potere di spesa, ma anche di regolamentazione, pur consapevoli che la assenza di una fattispecie in grado di incriminare condotte che – sotto il profilo empirico – siano assimilabili alla corruzione tra privati potrebbe essere sopperita mediante l'artificioso ampliamento dei confini della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale oppure mediante il ricorso ad altri reati che, pur differenziandosi dal tipico schema della corruzione tra privati, ne colgano alcuni elementi.

L'inerzia del legislatore in tale campo, dunque, priverebbe di sanzione penale tutti gli accordi illeciti maturati nello svolgimento delle attività economiche un tempo pubbliche ed ormai privatizzate, con effetti pregiudizievoli non soltanto per i mercati, ma anche per il costo e la qualità di servizi di prima necessità per l'intera cittadinanza, fino a pochi anni fa riservati al dominio della sfera pubblica: acqua, energia, sanità, istruzione, ricerca, trasporti, telecomunicazioni, infrastrutture, servizi bancari e finanziari.

Le osservazioni finora svolte consentono di cogliere le ragioni che giustificano il ricorso a strumenti di natura penalistica per contrastare e reprimere tali condotte criminose, destinate non solo ad alterare il corretto funzionamento dei mercati

(ovviamente non solo i mercati interni, atteso che tutte le fonti internazionali mirano ad offrire strumenti di tutela per le operazioni economiche transnazionali), con una diretta influenza negativa sulle iniziative imprenditoriali ed economiche, ma anche ad interferire sullo svolgimento di attività estremamente sensibili e di particolare rilievo sociale.

Il nostro legislatore, invece, è sempre stato restio ad incriminare la corruzione nel settore privato, nonostante l'ordinamento internazionale si sia evoluto al punto da prevedere oramai un esplicito obbligo di incriminazione[59].

Da ultimo, il legislatore ha omesso di dare piena attuazione agli obblighi internazionali finanche con la legge n. 190/2012, atteso che l'art. 1, co. 76, della legge n. 190/2012 ha riformulato la rubrica dell'art. 2635 c.c., innovando invece in misura del tutto marginale (ed insufficiente) il contenuto della fattispecie incriminatrice[60].

Del resto, nell'ambito delle relazioni commerciali concludere un affare altro non significa che offrire ed accettare reciprocamente un vantaggio (e nel mondo degli affari i vantaggi rivestono, di regola, natura patrimoniale): occorre pertanto stabilire quando tale condotta abbia natura illecita e, addirittura, costituisca un reato.

Le norme pattizie ricorrono, in primo luogo, al concetto di "utilità indebita", che sembra quanto mai sfuggente; difatti, occorre stabilire quando l'utilità sia indebita e, più precisamente, se sia tale ove contraria all'interesse dell'ente (in favore del quale il soggetto che la percepisce presta la sua attività lavorativa) ovvero qualora sia semplicemente non dovuta, perché contrattualmente non prevista.

Le ipotesi astrattamente ipotizzabili quindi sono due, ossia ritenere che il reato si configuri:

– qualora il dipendente percepisca l'utilità per compiere un atto (di regola, un contratto) che non avrebbe dovuto compiere o che avrebbe dovuto compiere a condizioni diverse;
– qualora il dipendente percepisca un'utilità contrattualmente non prevista, ritenendo che il sol fatto di averla percepita possa ragionevolmente influenzarne l'attività (con conseguente danno per l'ente in favore del quale egli presta l'attività lavorativa).

Orbene, la soluzione più aderente al testo delle norme pattizie in esame è senza dubbio la prima, atteso che la corruzione attiva o passiva – nel settore privato – si configura ogni qualvolta i dipendenti percepiscano l'utilità indebita "to act or refrain from acting in breach of their duties".

---

[59] Agli articoli 7 e 8 della Convenzione penale; la Convenzione di Mérida, invece, contempla una mera facoltà di incriminazione (art. 21).
La prima fonte che abbia regolamentato la corruzione *inter privatos* è stata l'azione comune 98/742/GAI del 22 dicembre 1998 sulla corruzione nel settore privato, che rappresenta il primo passo concreto diretto verso la creazione di una base normativa idonea ad affrontare l'impatto della corruzione *inter privatos* sul mercato interno e sugli scambi internazionali. Successivamente, è intervenuta la decisione quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, che ha espressamente abrogato (art. 8) la citata azione comune. Da ultimo, il quadro normativo è stato completato, appunto, dalla Convenzione penale (articoli 7 e 8) e dalla Convenzione di Mérida (art. 21), oltre che dalla Convenzione di Maputo (art. 4, par. 1, lett. e).

[60] Non è un caso che l'art. 2635 c.c. fosse in precedenza rubricato *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*.

Invero, se nella corruzione c.d. pubblica la violazione dei doveri (*rectius*: la adozione di un atto contrario ai doveri d'ufficio) da parte del pubblico agente è irrilevante, in ragione del generale dovere di imparzialità e trasparenza che dovrebbe informare l'attività del pubblico ufficiale, lesa per il sol fatto di percepire una retribuzione o utilità non dovuta, nel settore privato essa assurge ad elemento discretivo tra liceità ed illiceità della condotta incriminata: e ciò accade proprio in quanto tale fattispecie mira ad apprestare tutela penale al rapporto fiduciario tra persona giuridica e dipendente[61].

In particolare, l'interprete è chiamato a delimitare correttamente il concetto di "violazione dei doveri": l'unica fonte che tenti di fornirne una definizione autonoma, senza rinviare *sic et simpliciter* al diritto nazionale, è la decisione quadro 2003/568/GAI.

A mente dell'art. 1, secondo trattino, "la nozione di violazione di un dovere nel diritto nazionale comune copre almeno qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un'obbligazione legale o, se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali applicabili nell'ambito dell'attività di una *persona* che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato": ne consegue che il parametro minimo è costituito dall'osservanza dello statuto legale che disciplina l'attività dell'agente.

I doveri del soggetto passivo del rapporto criminoso sono disciplinati non soltanto dalla legge, bensì pure dalle norme contrattuali e dai codici deontologici e di condotta adottati dagli ordini professionali o dalle imprese, sicché la "violazione dei doveri" non si traduce esclusivamente nella violazione di specifiche norme di legge o contrattuali, in quanto grava sul lavoratore un generale obbligo di eseguire la propria prestazione secondo buona fede e lealmente e che rappresenta il vero parametro di riferimento per la valutazione complessiva della liceità della sua condotta[62].

In conclusione, il dipendente non sarà punibile per il solo fatto che abbia accettato la corresponsione di un'utilità, bensì qualora l'elargizione dell'utilità sia finalizzata a compiere un atto contrario all'interesse della persona giuridica in favore della quale egli presta la propria attività lavorativa (ovvero ad astenersi dal compimento di un atto).

La fonte convenzionale, in ogni caso, circoscrive l'ambito di applicazione della norma alle attività economiche o commerciali: in tal senso deve essere interpretata l'espressione "in the course of business activity" (articoli 7 e 8 della Convenzione penale).

In proposito, l'unico dubbio può concernere la pretesa applicabilità di tali disposizioni anche alle attività professionali in senso stretto: a nostro parere, la norma ha assunto quale parametro di riferimento esclusivamente le attività imprenditoriali, e conformemente a questa prospettiva deve essere interpretata anche la locuzione "nell'ambito di attività professionali" contemplata dall'art. 2, par. 1 della decisione quadro 2003/568/GAI, che sembra propriamente riferirsi all'esercizio in modo professionale di una certa attività, non già alle attività professionali in senso stretto.

---

61 "Criminalisation of bribery in the private sector seeks to protect the trust, the confidence and the loyalty that are indispensable for private relationships to exist". Cfr. Convenzione penale, *Explanatory Report*, par. 55.

62 *Ibidem*.

A mente dell'art. 2, par. 2 della citata decisione quadro, le norme incriminatrici si applicano "alle attività professionali svolte nell'ambito di entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro". Ciò si spiega, del resto, con la dichiarata volontà di garantire la applicabilità di tali disposizioni, indipendentemente dalla natura dell'ente e dall'oggetto dell'attività, a qualsiasi relazione commerciale, ossia a tutte le attività di cessione di beni o prestazione di servizi[63].

Il soggetto passivo nella transazione corruttiva è "any person who direct or work for, in any capacity, private sector entities". Si tratta, ad ogni evidenza, di un concetto estremamente (e volutamente) ampio, che include ogni tipologia di attività lavorativa prestata in favore della *private entity*, ivi inclusi i casi in cui non sussista un rapporto subordinato (si pensi ad avvocati, consulenti, revisori: la norma si rivolge tanto ai soggetti che occupano una carica apicale, quanto agli impiegati di più basso livello).

Invero, l'espressione *private entity* designa ogni soggetto giuridico privato, indipendentemente dalla veste giuridica che esso assuma nell'ordinamento giuridico nazionale, dalla sua attività istituzionale e dalle sue dimensioni (quest'ultimo dato deve essere colto giacché ricadono nel campo di applicazione della norma anche le attività commerciali di modeste dimensioni)[64], atteso che l'unico limite è rappresentato dal contesto in cui si consuma il patto illecito: le relazioni commerciali.

Da ultimo, la condotta di corruzione passiva descritta dall'art. 8 della Convenzione penale non prevede espressamente l'obbligo di incriminazione dell'accettazione della promessa di un'utilità indebita; ognun vede che non si tratta di una lacuna del tutto priva di effetti, in quanto si è inteso consentire agli Stati parte non punire la condotta di colui che si limiti ad accettare la promessa del corruttore, così anticipando la tutela penale ad un momento antecedente la materiale dazione.

È di tutta evidenza che la norma di cui all'art. 2635 c.c. costituisce un chiaro esempio di mancata attuazione di obblighi europei, in quanto la fattispecie delineata si discosta da questi ultimi per quanto attiene sia all'ambito soggettivo, sia ai presupposti di applicazione.

Anzitutto, la fattispecie incriminatrice si applica ai soli amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci e liquidatori (nonché quanti sono sottoposti alla loro direzione o vigilanza)[65], escludendo tutti gli altri soggetti che sono titolari di una c.d. *role-responsibility*, ossia rivestono, all'interno dell'organizzazione aziendale, un ufficio al quale sia correlato un qualsiasi potere decisionale connesso al perseguimento degli scopi dell'organizzazione stessa[66].

Con riguardo ai presupposti di applicazione, l'elemento della offensività della fattispecie evidenzia un evidente scollamento rispetto agli obblighi europei: difatti, a seconda che la norma assuma quale parametro di tutela un certo bene o interesse, muta inevitabilmente la costruzione della fattispecie illecita.

---

63 *Ivi*, par. 53.

64 *Ivi*, par. 54.

65 Il riferimento ai "responsabili della revisione" è stato espunto dal d.lgs. n. 39/2010, che ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico la prima vera fattispecie di corruzione nel settore privato (art. 28, rubricato *Corruzione dei revisori*).

66 Sul concetto di *role responsibility* si veda H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, p. 212.

In particolare, le disposizioni che incriminano la corruzione nel settore privato possono in astratto essere ricondotte ad una pluralità di esigenze di tutela: a) la concorrenza, laddove si consideri la corruzione tra privati una pratica di concorrenza sleale; b) il dovere di fedeltà che connota il rapporto di impiego in senso lato; c) il patrimonio della società o degli azionisti, che sarebbe leso o messo in pericolo nel caso in cui il lavoratore anteponesse l'interesse personale a quello dell'ente o arrecasse un danno a quest'ultimo; d) il mercato quale valore in sé, indipendentemente da ogni lesione o pericolo di lesione della concorrenza, ma inteso come entità meritevole di tutela al solo fine di preservare la qualità dei beni che vi vengono negoziati ed il costo dei prodotti offerti, specialmente nei settori sensibili come sanità, energia, acqua, infrastrutture, istruzione, servizi finanziari e bancari.

Ed è evidente che la adesione a ciascuna delle prospettive innanzi illustrate implichi un orientamento in tale direzione della stessa fattispecie incriminatrice: in particolare, a seconda del diverso interesse protetto dalla norma dovrebbe rilevare il danno arrecato ai concorrenti o la violazione delle regole che disciplinano il rapporto di lavoro o il danno economico cagionato a società ed azionisti o, ancora, la peggiore qualità a parità di condizioni economiche dei beni acquistati o ceduti ovvero dei servizi offerti.

Ebbene, proprio alla luce di tali osservazioni, possiamo concludere che le norme convenzionali abbiano quale oggetto specifico di tutela il rapporto fiduciario intercorrente con il dipendente-corrotto, di guisa che si possano valorizzare le assonanze con la corruzione c.d. pubblica.

Da ciò deriva, però, l'esigenza di riconsiderare le norme che regolano le attività economiche private ed i rapporti con i dipendenti (intesi in senso lato) e la generalità dei cittadini. E infatti, tali illeciti espongono al pericolo un valore fondamentale ai fini della conservazione e dello sviluppo di stabili relazioni sociali ed economiche, qual è la fiducia, anche nel caso in cui manchi un danno economico a terzi, pregiudicando le relazioni sociali nel loro complesso[67].

In caso contrario, non si spiegherebbe per quale motivo – ipotizzando quale oggetto di tutela la concorrenza – manchi una clausola che riservi la tutela penale alle grandi imprese o, comunque, ai casi in cui vi sia un'effettiva distorsione della concorrenza; né si spiegherebbe per quale ragione l'art. 2(3) della decisione quadro 2003/568/GAI conferisca agli Stati membri la facoltà – mediante una dichiarazione comunicata al Consiglio all'atto dell'adozione della stessa decisione quadro – di circoscrivere l'ambito di applicazione della norma incriminatrice alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza.

Il nostro legislatore, invece, prevede espressamente che la condotta debba cagionare "nocumento" alla società, laddove le fonti internazionali non contemplano affatto tale elemento, posto che la fattispecie convenzionale non è creata al fine di tutelare il patrimonio della persona giuridica; per di più, la norma interna stabilisce la punibilità a querela della persona offesa, "salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi"[68].

---

67 Cfr. Convenzione penale, *Explanatory Report*, par. 52.

68 Ovviamente la responsabilità da reato della persona giuridica, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, concerne il solo ente del corruttore.

La norma pone una prima difficoltà interpretativa legata alla esatta delimitazione del concetto di distorsione della concorrenza, il cui significato potrebbe mutare sensibilmente in base al metro di giudizio di volta in volta assunto, con riferimento, rispettivamente, alle condizioni generali del mercato ovvero al singolo negozio giuridico concluso dall'impresa danneggiata dall'atto di mercimonio.

L'interpretazione più coerente con la *ratio* della disposizione, tuttavia, sembra quella che attribuisce rilevanza – ai fini della procedibilità d'ufficio del reato – alla distorsione della concorrenza all'interno del mercato ove opera l'impresa, atteso che, ove si ritenesse al contrario valorizzare gli effetti dell'atto di mercimonio sulle condizioni alle quali il singolo negozio giuridico è stato concluso, tale elemento si appiattirebbe sul concetto di "nocumento" alla società[69].

In ogni caso, tale opzione denota un approccio di tipo "privatistico" a questo reato, secondo il quale gli effetti dell'illecito generalmente si esauriscono all'interno della stessa impresa-persona offesa, salvo che, appunto, dalla condotta derivi una distorsione della concorrenza, così proiettando gli effetti della condotta illecita all'esterno della impresa. Vero che il legislatore era chiamato ad individuare un criterio per selezionare, in qualche modo, le fattispecie aventi rilevanza penale: forse, sarebbe stato preferibile prevedere espressamente una clausola di non punibilità per i c.d. *munuscula*, ossia le elargizioni di modesto valore corrisposte per ragioni di cortesia, usanza, omaggio o per attestare stima o ammirazione (conformemente a quanto previsto dalle convenzioni europee ed internazionali per le ipotesi di corruzione del pubblico ufficiale)[70].

Si potrebbe, infine, suggerire un percorso ancora inesplorato e teso ad impedire che possano essere piegati per finalità illecite i vuoti normativi che ancora contraddistinguono la regolamentazione dei fenomeni corruttivi in senso lato.

In particolare, si potrebbe prospettare una modifica del reato di *trading in influence*, volta ad ampliarne il campo di applicazione dal punto di vista oggettivo, atteso che oggi le fonti pattizie ne delineano i confini assumendo quale esclusivo parametro di riferimento la sfera pubblica, ignorando per converso ogni prospettiva di protezione delle attività economiche private.

---

69 A riguardo, la Suprema Corte ha evidenziato che "in ordine alla configurabilità del delitto di cui all'art. 2635 cod. civ., il tema più delicato e di maggior spessore sul piano giuridico (…) riguarda senza dubbio l'interpretazione della nozione di 'nocumento' contenuta nel precetto normativo. Già distinguendo le peculiarità della fattispecie in esame rispetto a quella disegnata dal precedente art. 2634, è peraltro evidente che la criminalizzazione delle condotte di infedeltà può essere intesa da un lato come manifestazione della tutela del patrimonio dell'ente nel cui ambito si colloca l'*intraneus*, in una chiave eminentemente privatistica, ovvero – dall'altro – ispirarsi ad un modello lealistico (come risulta con maggiore chiarezza nella legislazione di altri paesi, ad esempio nell'art. L. 152-6 del *Code du travail francese*), laddove si intenda soprattutto sanzionare la violazione del rapporto di fiducia che lega il '*corrotto*' all'ente: in questa seconda prospettiva, può assumere dunque rilievo l'abuso di un potere che l'*intraneus* sia chiamato ad esercitare in funzione di interessi altrui, non solo di natura strettamente patrimoniale, e che svolga invece alterando i processi decisionali che lo vedono coinvolto" (cfr., in termini, sentenza della Cassazione penale del 13 novembre 2012, n. 14765).

70 Cfr. Convenzione penale, *Explanatory Report*, par. 38. Ciò che rileva, in ogni caso, "is that the offender (or any other person, for instance a relative) is placed in a better position than he was before the commission of the offence and that he is not entitled to the benefit", *ivi*, par. 37; nello stesso senso, peraltro, dispongono sia la Convenzione di Mérida che la Convenzione OCSE.
Sui *munuscula*, si veda S. H. Alatas, *Corruption: Its Nature, Causes and Functions*, Avebury, 1990, p. 97.

Una innovazione in tal senso potrebbe riflettersi positivamente sulla regolamentazione del settore privato, ove si sanzionasse penalmente l'attività di mediazione volta a far ottenere al terzo corruttore – mediante l'influenza esercitata sull'individuo cui compete adottare l'atto – un indebito vantaggio nell'ambito della contrattazione privata, in modo tale da colmare la lacuna riveniente dal mancato intervento penale in una sfera intimamente connessa con le fattispecie corruttive in senso stretto ed assoggettare alla medesima regolamentazione situazioni analoghe, anche alla luce del progressivo avvicinamento dei settori pubblico e privato.

Senza considerare che, nel nostro ordinamento, manca del tutto una disciplina che offra una compiuta regolamentazione delle misure di prevenzione e del *whistleblowing* nel settore privato.

Per concludere, qualche sintetico cenno riguardo l'attuazione degli obblighi relativi alla prevenzione.

Sebbene la più completa ed innovativa fonte di *hard law* in materia di misure di prevenzione della corruzione sia la Convenzione di Mérida, che enuclea un articolato e puntuale complesso di obblighi a carico degli Stati parte, pur tuttavia è stato proprio in ambito europeo, mediante la adozione di fonti di *soft law* a partire dalla fine del secolo scorso, che tali strumenti sono stati ideati e si sono in seguito sviluppati.

A tal fine, infatti, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha adottato dapprima la risoluzione (97)24 sui Principi guida nella lotta alla corruzione, successivamente la raccomandazione (2000)10 sul Codice di condotta dei pubblici ufficiali[71].

Sul fronte interno[72] il legislatore, rispetto alle fonti europee (ed anche internazionali), ha disciplinato compiutamente soltanto la corruzione c.d. "amministrativa", si è occupato in misura del tutto marginale della corruzione c.d. "politica" ed ha ignorato il settore privato.

Il legislatore infatti è intervenuto sulla trasparenza amministrativa, obliterando il tema della trasparenza nel finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali[73]; ha disciplinato il conflitto di interesse dei pubblici ufficiali, non occupandosi invece dei politici; ha introdotto un codice di comportamento dei dipendenti pubblici, che ovviamente non si applica a quanti ricoprono un ufficio elettivo.

Le norme introdotte delineano, in molti casi, meri principi generali, rinviando inevitabilmente alla adozione della normativa secondaria o di successivi decreti legislativi la specificazione di gran parte di queste misure, sicché l'efficacia del complessivo sistema normativo dipenderà, in via definitiva, dal contenuto effettivo della normativa secondaria o di settore.

---

71 Adottati, rispettivamente, il 6 novembre 1997 e l'11 maggio 2000.

72 Si vedano G. Fraschini, N. Parisi, D. Rinoldi, *Protezione delle* 'vedette civiche'*: il ruolo del* whistleblowing, Milano, 2009; Id., *Il* whistleblowing. *Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, 2011; G. B. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 123; B. Ponti, *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa*, www.neldiritto.it.

73 Si veda, sul punto, la raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa 2003(4) che, pur costituendo un tipico strumento di *soft law*, delinea la più completa regolamentazione sul finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali che sia stata elaborata nell'ordinamento internazionale.

Giova evidenziare che il legislatore della riforma ha designato quale autorità nazionale anticorruzione la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (co. 2)[74].

Al Dipartimento della funzione pubblica sono assegnate funzioni di coordinamento e, in particolare, l'attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione, la predisposizione del Piano nazionale anticorruzione, la definizione di criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori particolarmente esposti alla corruzione, nonché la adozione di misure per evitare sovrapposizioni di funzioni e cumuli di incarichi nominativi in capo ai dirigenti pubblici, anche esterni (co. 4).

La principale novità introdotta dalla legge n. 190/2012 è costituita dall'obbligo di predisposizione dei piani di prevenzione della corruzione, modellati sull'esperienza già maturata nel settore privato nell'ambito della disciplina della responsabilità da reato degli enti: ciascuna pubblica amministrazione, infatti, deve adottare forme organizzative sostanzialmente ispirate ai modelli disciplinati dal d.lgs. n. 231/2001[75].

Parimenti innovative, forse addirittura rivoluzionarie per la nostra tradizionalmente oscura attività della pubblica amministrazione, sono le norme che attuano i principi di pubblicità dell'azione pubblica.

Infine, il legislatore è espressamente intervenuto al fine di colmare diverse lacune legislative, rispetto all'adempimento degli obblighi in tema di conflitto di interessi, codici di condotta e *whistleblowing*.

In tema di conflitto di interesse, è stato introdotto un generale obbligo di segnalazione di ogni situazione di conflitto, anche potenziale, ed il conseguente obbligo di astensione, per il responsabile del procedimento ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale (co. 41).

In attuazione della delega contenuta nell'art. 1, commi 49 e 50, legge n. 190/2012, è stato altresì adottato il d.lgs. n. 39/2013 in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico[76].

Il legislatore ha inoltre riscritto l'art. 54 d.lgs. n. 165/2001, relativo al codice di comportamento per i dipendenti pubblici, la cui violazione costituisce illecito disciplinare (co. 44).

Infine, il legislatore ha introdotto una (in verità) timida disciplina a tutela del dipendente pubblico che segnala un illecito (nell'ordinamento internazionale noto come *whistleblower*), limitandosi a prevedere che questi non possa essere licenziato

---

74 Istituita dal d.lgs. n. 150/2009.

75 Ciascuna pubblica amministrazione, inoltre, definisce le procedure per selezionare e formare i dipendenti chiamati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione, prevedendo negli stessi settori la rotazione di dirigenti e funzionari (commi 5-7). L'attività di formazione è delegata alla Scuola superiore della pubblica amministrazione (co. 11).

76 In particolare, la nuova disciplina prevede tre categorie di inconferibilità dell'incarico: a) condanna, anche non definitiva, per uno dei reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale (art. 3); b) provenienza da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni (art. 4); c) provenienza da organi di indirizzo politico (art. 5).
Il regime delle incompatibilità è stato completamente rivisitato e riguarda lo svolgimento di attività presso enti privati o professionale, nonché tutti i componenti degli organi di indirizzo politico nelle amministrazioni statali, regionali e locali (articoli 9-14).

o sanzionato per la segnalazione, che la sua identità non sia rivelata senza il suo consenso (salvo che la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato) e che la segnalazione sia sottratta alla disciplina dell'accesso agli atti[77]: tale disciplina, come detto, non è stata però estesa al settore privato.

In conclusione, si tratta di misure in parte innovative, in parte addirittura rivoluzionarie, destinate in ogni caso a colpire le situazioni ambientali che favoriscono la propagazione della illegalità – segnatamente del tipo corruttivo – nella pubblica amministrazione.

D'altronde, il solo strumento penale è oramai unanimemente ritenuto inadeguato a fronteggiare fenomeni criminali talmente diffusi da imporre una sfida anzitutto culturale, senza considerare gli effetti correlati alla indeterminatezza delle fattispecie, alla casualità della repressione penale ed alla irragionevolezza del trattamento sanzionatorio.

La legge di riforma, ovviamente, presenta anche alcuni punti di debolezza, quale il troppo timido approccio che il legislatore ha riservato alla regolamentazione delle misure di prevenzione nel settore privato, che costituisce pur sempre l'altra faccia della stessa medaglia e che, proprio per questa ragione, andrebbe aggredito con uguale determinazione (adottando una regolamentazione su contabilità e bilancio, trasparenza degli assetti societari, codici di condotta dei dipendenti privati, casi di incompatibilità).

La vera lacuna, tuttavia, è costituita dall'omesso intervento sulla corruzione c.d. "politica", in gran parte ignorata per ragioni inevitabilmente connesse alla natura (tecnica e non politica) del governo che ha adottato la legge di riforma.

Occorre dunque impedire che la riforma del sistema normativo anticorruzione si trasformi nell'ennesimo, imponente, esercizio di retorica, destinato a sanzionare la piccola corruzione diffusa e del tutto incapace di fornire una risposta adeguata alla grande corruzione, che poi coinvolge l'esercizio delle funzioni essenziali dello Stato e mina in radice il corretto funzionamento delle stesse istituzioni democratiche.

A tale riguardo la strada da percorrere per adeguare il nostro ordinamento agli obblighi europei è ancora piuttosto lunga.

Abstract

Anti-corruption Law and EU Obligations Implementation: Is It another Missed Opportunity?

By the law n. 190/2012 Italy has ratified the Criminal law convention on corruption of the Council of Europe, even though thirteen years later. However, the recent reform about domestic regulation against corruption is inadequate to ensure a complete implementation of European obligations for both the subjective profile and the content of duties of incrimination. Indeed, preventive measures are strongly innovative and represent a challenge for the domestic regulation.

[77] Si segnalano, infine, due deleghe conferite al Governo, relative, rispettivamente, alla adozione di una disciplina sulla incandidabilità ed una normativa sul collocamento fuori ruolo di magistrati ordinari, amministrativi e militari, avvocati e procuratori dello Stato ai quali siano conferiti incarichi presso istituzioni, organi ed enti pubblici nazionali o internazionali.

Studi sull'integrazione europea, IX (2014), pp. 177-201

Francesca Capotorti*

La vicenda degli *abogados* e l'incerto confine tra abuso del diritto e legittimo *qualification shopping* con riferimento alla direttiva 98/5/CE

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il rinvio pregiudiziale del Consiglio nazionale forense: il contesto nazionale di riferimento. – 3. *Segue*: …ed il contesto comunitario. – 4. L'affermazione del principio generale del divieto di abuso del diritto nel rinvio del CNF. – 5. L'applicabilità della giurisprudenza *Cavallera* e *Koller* alla vicenda degli *abogados* e alla direttiva 98/5. – 6. La linea di confine tra *qualification shopping* e abuso del diritto con riguardo alla direttiva 98/5: i possibili indici dell'abuso. – 7. La vicenda degli avvocati romeni: un possibile nuovo caso di abuso. – 8. Il ruolo dell'armonizzazione come rimedio all'abuso del diritto. – 9. Considerazioni conclusive: un'inutile crociata?

1. Il 30 gennaio 2013 il Consiglio nazionale forense (di seguito CNF) ha pronunciato un'ordinanza di rinvio pregiudiziale[1] chiedendo alla Corte di giustizia, in buona sostanza (in termini, peraltro, estremamente e volutamente generici) se la direttiva 98/5[2], recepita in Italia dal d.lgs. 196/2001[3], alla luce del principio generale

---

* Dottoranda in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano.

1 Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio nazionale forense del 4 febbraio 2013, causa C-58/13, *Torresi* c. *Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, *GUUE* C 147, 25 maggio 2013, p. 5.

2 Direttiva n. 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, *GUCE* L 77, 14 marzo 1998, p. 36 ss. Si vedano, per un commento, *inter alios*, D. Fisichella, *Il principio di mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle professioni nell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 53 ss.; J. Salvemini, *La direttiva sulla libertà di stabilimento degli avvocati*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 808 ss.; J. Pertek, *L'Europe des professions d'avocat après la directive 98/5 sur l'exercice permanent dans un autre état membre*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2001, p. 106 ss.; C. Morviducci, *Professioni*, in M. P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, Milano, 2007, p. 1483 ss.

3 D.lgs. del 2 febbraio 2001 n. 96, recante attuazione della direttiva n. 98/5/CE volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è

del divieto di abuso del diritto, precluda alle autorità nazionali competenti di respingere le domande di iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti, da parte di cittadini italiani, qualora si rinvengano circostanze oggettive tali da far ritenere sussistente la fattispecie dell'abuso del diritto UE[4]. Appare chiaro, anche dalla formulazione ampia della domanda pregiudiziale, che, in termini prettamente pragmatici, il CNF cerchi conferma della possibilità per le autorità nazionali competenti di contrastare non solo il temuto (e osteggiato) "fenomeno degli *abogados*", ormai giunto al tramonto (come si dirà poco oltre), ma anche altri utilizzi abusivi della direttiva 98/5, *in primis* il "fenomeno dell'*avocat* rumeno".

In sintesi, la problematica degli *abogados* fa riferimento all'annosa questione delle migrazioni di aspiranti avvocati di cittadinanza italiana (ma non solo) che, dopo aver conseguito la laurea in giurisprudenza in Italia, ne hanno chiesto l'omologazione in Spagna, acquisendo così, automaticamente, senza sostenere né un esame di abilitazione né completare un tirocinio, il titolo di *abogado*. Successivamente, gli stessi si avvalgono della direttiva 98/5 sullo stabilimento permanente degli avvocati per richiedere l'iscrizione all'albo professionale italiano come avvocati stabiliti, eludendo in questo modo la normativa nazionale che richiede un tirocinio obbligatorio di diciotto mesi ed il previo superamento di un esame di Stato per ottenere il titolo di avvocato, così come previsto dalla stessa Costituzione all'art. 33, co. 5. L'importanza attribuita all'esame di Stato nell'ordinamento italiano è stata anche recentemente ribadita dalla legge n. 247/12, che ha previsto una maggiore artico-

---

stata acquistata la qualifica, *GURI* 79, 4 aprile 2001, s.o. 72. Per un approfondimento, si rinvia a S. Bastianon, *D.lgs. 96/2001: avvocati stabiliti, avvocati integrati e società tra professionisti*, in *Il Corriere giuridico*, 2001, p. 602 ss.; S. Caracciolo, *Il diritto di stabilimento per la professione forense*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, p. 237 ss.; B. Nascimbene, C. Sanna, *Norme comunitarie e norme nazionali sull'esercizio della professione forense in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 349 ss.; B. Nascimbene (con la collaborazione di E. Bergamini), *La professione forense nell'Unione europea*, Milano, 2010.

4 Sul tema dell'abuso del diritto dell'Unione europea, si rimanda, *inter alios*, a S. Cafaro, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario, dal caso van Binsbergen alla Carta dei diritti passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 291 ss.; M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003; D. Waelbroeck, *La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire*, in *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, I, Bruxelles, 2003, p. 595 ss.; D. Simon, A. Rigaux, *La technique de la consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit*, in M. Blanquet (dir.), *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, 2004, p. 557 ss.; N. Gullo, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 181 ss.; P. Schammo, *Arbitrage and Abuse of Rights in the EC Legal System*, in *European Law Journal*, 2008, p. 351 ss.; S. Vrellis, *Abus et fraude dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 633 ss.; S. M. Carbone, *Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale e esercizio delle libertà individuali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 67 ss.; L. Cruciani, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, p. 473 ss.; R. De La Feria, S. Vogenauer (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Oxford, 2011; A. Gambaro, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine di mercato nel diritto italiano e comunitario*, in R. Sacchi (a cura di), *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 93 ss.; F. Losurdo, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011; A. Adinolfi, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 329 ss.

lazione delle prove d'esame per meglio verificare la preparazione dell'aspirante avvocato[5].

Il "fenomeno degli *abogados*", nato e sviluppatosi nell'arco di un decennio, si è trasformato in un vero e proprio *business* per quelle organizzazioni commerciali italiane che offrono ai cittadini italiani laureati in giurisprudenza servizi di supporto al riconoscimento dei titoli e che pubblicizzano via *web* la propria consulenza per un procedimento di riconoscimento rapido e senza esame, con formule accattivanti, quali, ad esempio, "avvocato in Spagna-Senza master omologa il tuo titolo" e promesse del tenore "Abogado o Rimborsato"[6].

Si tratta, per la verità (come si accennava) di una vicenda quasi giunta a conclusione, giacché dal 2011, con l'entrata in vigore della *ley* 34/2006[7], anche in Spagna è stato introdotto, per conseguire il titolo professionale di avvocato, un periodo di tirocinio ed il superamento, come nel resto d'Europa, di un esame. Si noti tuttavia che, in forza del regime transitorio in vigore fino al 2013, coloro che hanno domandato l'omologazione prima del 31 ottobre 2011, purché abbiano fatto richiesta di iscrizione all'albo entro il 31 ottobre 2013, conservano la possibilità di beneficiare ancora del vecchio regime.

---

[5] La legge del 31 dicembre 2012 n. 247, *GURI* 15, 18 gennaio 2013, ha apportato delle parziali modifiche alla previgente disciplina sulle modalità di svolgimento dell'esame di Stato. In particolare, ai sensi dell'art. 46, co. 7, dal 2015 le tre prove scritte si svolgeranno con il solo ausilio dei testi di legge senza commenti e citazioni giurisprudenziali, mentre materie oggetto della prova orale diventeranno, obbligatoriamente, ordinamento e deontologia forensi, diritto civile, penale, processuale civile e penale, con correlativa riduzione delle materie a scelta del candidato. Si prevede anche un inasprimento delle sanzioni (tra l'altro) per chiunque faccia pervenire in qualsiasi modo ad uno o più candidati testi relativi al tema proposto, che sarà punito, a norma del co. 10, con la pena della reclusione fino a tre anni. Per un'analisi del testo di legge, si rimanda a *Dossier di documentazione e analisi a cura dell'Ufficio studi del Consiglio nazionale forense*, *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, *legge 31 dicembre 2012*, Roma, 22 gennaio 2013, reperibile *online*; E. Sacchettini, *Esame d'avvocato senza codici commentati, pesanti sanzioni per chi copia*, in *Guida al diritto*, 2012, reperibile *online*; A. Ciavola *Nuova Legge professionale: un primo approfondimento*, nota del 19 gennaio 2013, reperibile *online*.

[6] Si veda, a titolo di mero esempio, la pubblicità del sito www.societaconsulenzaeuropea.com, così come del sito eurolexprofessionieuropee.com. Cfr. anche www.avvocatoinspagna.com oppure www.cepu.it.

[7] Legge 30 ottobre 2006 n. 34, "sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales", *BOE* 260, 31 ottobre 2006, p. 37743 ss., come modificata dalla legge del 6 luglio 2012 n. 5, "de mediación en asuntos civiles y mercantiles", *BOE* 162, 7 luglio 2012, p. 49224 ss., che ha introdotto, nello specifico, una proroga del regime transitorio fino al 30 ottobre 2013. La legge in questione prevede che l'iscrizione al Collegio degli avvocati competente per territorio sia subordinata al previo superamento di un esame di abilitazione professionale. A partire dal 30 ottobre 2013, pertanto, l'aspirante *abogado* dovrà possedere il titolo di *licenciado en derecho*, frequentare un *Master Oficial de Abogacía*, svolgere un periodo di pratica presso studi legali o enti pubblici convenzionati con l'università e superare, infine, una prova attitudinale. Si noti, tuttavia, che la durata del Master è di otto mesi, con frequenza che può essere maturata in modalità presenziale o semi-presenziale, e che la pratica ha una durata di tre mesi e viene svolta contestualmente al Master. La prova attitudinale, inoltre, consiste in un test a risposta multipla e nella redazione di un parere su un caso pratico tra le materie individuate dal candidato. Si segnala che, con la circolare del 7 marzo 2013 n. 35, il *Consejo General de la Abogacía Española* ha invitato i *Colegios de Abogados* ad adottare un criterio restrittivo in tema di iscrizione come avvocato per i cittadini dell'UE che avessero richiesto l'omologazione dopo il 30 ottobre 2011.

Questo dato si rivela di fondamentale importanza poiché ci indica con certezza che "la crociata"[8] del CNF mira anche e soprattutto a colpire altre pratiche abusive.

La questione degli *abogados* è ben nota alle autorità nazionali ed è già stata affrontata tanto a livello nazionale quanto a livello UE, seppure, in quest'ultimo ambito, con riguardo all'interpretazione di un'altra direttiva cardine del sistema, la direttiva 89/48[9] (sostituita dalla direttiva 2005/36[10])[11].

2. A livello nazionale il rinvio rappresenta l'ultimo tassello della controversia che, negli ultimi anni, ha contrapposto, da un lato, i Consigli dell'ordine degli avvocati (di seguito COA) e il CNF e, dall'altro lato, gli *abogados* italiani richiedenti l'iscrizione come avvocati stabiliti, e che ha coinvolto anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito AGCM), nonché la Cassazione. Il problema che si è posto fin dall'inizio, in mancanza di un'indicazione univoca da parte della Corte di giustizia sul punto, è se, alla luce del diritto UE, la pratica descritta possa essere classificabile come un fenomeno abusivo o come un esercizio legittimo della libertà di stabilimento.

Al riguardo, l'orientamento degli ordini professionali nazionali si è dimostrato fin da subito più che chiaro, come testimonia il parere del 25 giugno 2009 espresso dalla commissione consultiva del CNF, che non ha esitato – anche in seguito, con la circolare 5 maggio 2011[12] – ad avallare le pratiche dei COA volte a negare l'iscrizione al registro degli avvocati stabiliti degli *abogados* italiani, sostenendo come la legittimità di un siffatto diniego secondo il diritto UE fosse confermata dalla sentenza *Cavallera*[13] pronunciata dalla Corte di giustizia quello stesso anno. In

---

8 Si veda C. Cataldi, *Il CNF e la "inutile crociata" contro gli* abogados, in *Diritto & Diritti*, 2013, reperibile *online*.

9 Direttiva 89/48/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, *GUCE* L 19, 24 gennaio 1989, p. 16 ss.

10 Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, *GUUE* L 255, 30 settembre 2005, p. 22 ss.

11 Ci si riferisce alla sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-118/09, *Koller*, *Raccolta*, p. I-13627 ss. (si veda *infra*). Per un commento, si rinvia a M. Castellaneta, *La Corte di Lussemburgo apre ai legali spagnoli ma sembra pesare lo svolgimento della professione*, in *Guida al Diritto*, 2011, n. 3, p. 96 ss.; J. Cavallini, *Homologation sur homologation peut valoir*, in *La Semaine Juridique-Social*, 2011, n. 12, p. 13 s.; V. Michel, *Détermination du diplôme pertinent pour l'accès à la profession d'avocat*, in *Europe*, febbraio 2011, n. 2, p. 25. Si anticipa fin da ora che la sentenza si è occupata di verificare la compatibilità di una normativa austriaca con la direttiva 89/48 (ora 2005/36, attuata in Italia con il d.lgs. 9 novembre 2007 n. 206, *GURI* 261, 9 novembre 2007, s.o. 228). La direttiva prevede, in sintesi, il mutuo riconoscimento di qualsiasi "diploma" o titolo che sia stato rilasciato da un'autorità competente, da cui risulti che il titolare ha seguito con successo un ciclo di studi post-secondari di almeno tre anni e, se del caso, ha acquisito la formazione professionale. Da esso deve inoltre risultare che il titolare possiede le qualifiche professionali richieste per accedere ad una professione regolamentata in detto Stato. È fatta salva la possibilità per gli Stati membri di introdurre misure compensative nel caso in cui la formazione ricevuta nel Paese d'origine dal richiedente sia di una durata inferiore o sia molto diversa rispetto a quella del Paese d'accoglienza (com'è avvenuto per il riconoscimento del titolo di avvocato acquisito all'estero, espressamente subordinato al superamento di una prova attitudinale).

12 Entrambi i documenti sono reperibili *online* sul sito del CNF.

13 Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2009, causa C-311/06, *Cavallera*, *Raccolta*, p.

particolare, il CNF ha dedotto dalla sopracitata sentenza che "la domanda di riconoscimento di un titolo professionale, al quale però non corrisponda alcuna esperienza concreta da riconoscersi, mina il diritto degli Stati membri a prevedere forme particolari di qualificazione per l'accesso alle attività professionali (…) e quindi dà luogo ad un abuso del diritto" e che "l'esame di casi di questo tipo andrà condotto considerando in concreto *l'aumento del livello formativo o professionale* dell'interessato: ove sia constatata la mancanza di qualsiasi sostanziale incremento di tale patrimonio nel corso delle diverse procedure di riconoscimento, si potrà ritenere che l'utilizzo delle garanzie del diritto comunitario ha avuto l'unico scopo di eludere il tirocinio formativo nazionale e l'esame di Stato", senza tralasciare di aggiungere che, in ogni caso, sarà "necessario procedere ad un giudizio analitico caso per caso, verificando dalla documentazione prodotta quale sia la consistenza del percorso formativo e professionale dell'interessato"[14].

La medesima linea è stata poi seguita dal CNF nelle successive sentenze, pronunciate a seguito dei ricorsi proposti da alcuni *abogados* italiani di fronte al rifiuto, da parte dei COA competenti, all'iscrizione nel registro degli avvocati stabiliti[15]. In queste sentenze il CNF aveva già fatto presente come la direttiva 98/5, poiché fonte del diritto derivato, dovesse essere interpretata alla luce del "principio generale che pone il divieto del c.d. abuso del diritto", riscontrabile tenendo conto, da un lato, dato l'esiguo periodo d'esercizio della professione forense nello Stato membro d'origine, di una "circostanza oggettiva per la quale, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla normativa stessa non è stato perseguito e raggiunto"; dall'altro lato, di "un elemento soggettivo, consistente nella volontà di ottenere un vantaggio (quello di esercitare la professione legale in Italia, senza il superamento di un esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio, prescritto dall'art. 33, comma 5, della Costituzione), attraverso un uso eterodosso della normativa comunitaria, mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento"[16]. Da ciò, il CNF ha dedotto che dovesse ritenersi conforme ai principi enunciati dalla Corte di giustizia attribuire ai COA una certa discrezionalità "nella valutazione della domanda d'iscrizione nella Sezione Speciale dell'Albo riservata agli avvocati stabiliti anche in ordine alla sussistenza di pratiche abusive"[17]. Di diverso avviso si sono tuttavia mostrate

I-415 ss. (si veda *infra*). Per un commento, si rimanda a J. Cavallini, *Reconnaissance sur reconnaissance ne vaut*, in *La Semaine Juridique-Social*, 2009, n. 13, p. 26 s.; M. Cocconi, *I confini della libertà di stabilimento dei professionisti*, in *Il Foro italiano*, 2009, IV, c. 345 ss.; L. Driguez, *Reconnaissance des diplômes: réaction a minima contre une pratique abusive*, in *Europe*, marzo 2009, n. 3, p. 15 s.; C. Amalfitano, *L'omologazione professionale. Lo Sportello unico*, relazione al XIX Congresso AMA-Barcellona, 1° ottobre 2010, reperibile *online*.

14 Parere del Consiglio nazionale forense del 25 giugno 2009, n. 17, par. 4 (corsivo aggiunto). Per un approfondimento, si rinvia a S. Uboldi, *Anche il CNF non vuole gli "*abogados*"*, in *La Previdenza forense*, 2009, p. 207 ss.

15 Tra cui, si rinvengono, a titolo di esempio, ben tre sentenze del Consiglio nazionale forense del 2012: la sentenza del 15 marzo 2012, n. 50; la sentenza del 26 luglio 2012, n. 109 e la sentenza del 22 settembre 2012, n. 126, anch'esse pubblicate sul sito internet www.consiglionazionaleforense.it. Si vedano anche i pareri del CNF del 28 marzo 2012, n. 17, del 23 febbraio 2011, n. 33, e del 25 giugno 2009, n. 17.

16 Sentenza del CNF del 22 settembre 2012, n. 126, paragrafi 2 e 3.

17 *Ivi*, par. 2.

le Sezioni Unite della Cassazione che, nel dicembre 2011, si sono pronunciate sulla medesima problematica, mettendo un punto fermo, almeno a livello nazionale, al dibattito[18]. Prendendo come punto di riferimento sia le sentenze *Koller* e *Cavallera*, sia la giurisprudenza *Wilson*[19], le Sezioni Unite hanno sancito l'illegittimità "di ogni ostacolo frapposto, al di fuori delle previsioni dalla normativa comunitaria, al riconoscimento, nello Stato di appartenenza, del titolo professionale ottenuto dal soggetto interessato in altro Stato membro in base all'omologazione del diploma di laurea già conseguito nello Stato di appartenenza, se tale omologazione si fondi – così come l'omologazione alla *licencia en derecho* spagnola della laurea in giurisprudenza conseguita in altro Stato membro – su di un ulteriore percorso formativo (frequenza di corsi universitari e superamento di esami complementari) nel Paese omologante"[20].

---

[18] Cassazione civile, SS. UU., sentenza del 22 dicembre 2011, n. 28340. Il caso riguardava un cittadino italiano laureato in giurisprudenza che, dopo aver conseguito il titolo di *licenciado en derecho* e aver ottenuto l'iscrizione ad un albo spagnolo, chiedeva al Consiglio dell'ordine di Palermo di ottenere l'iscrizione nella sezione speciale degli avvocati stabiliti. Il Consiglio rigettava tuttavia l'istanza e tale rifiuto veniva confermato dal CNF, il quale sosteneva che il certificato non fosse sufficiente a comprovare l'effettivo espletamento delle attività asseritamente svolte in Spagna per ottenere il titolo di *abogado* e che la direttiva in questione non potesse essere utilizzata in maniera fraudolenta al fine di aggirare la disciplina nazionale in tema di accesso agli albi per esercitare la professione di avvocato, insistendo sul fatto che in Italia l'accesso alla professione di avvocato è subordinata ad un tirocinio di due anni presso un professionista abilitato, nonché al superamento di un esame di Stato. L'interessato proponeva quindi ricorso per Cassazione, lamentando la violazione e la falsa interpretazione della direttiva e un travisamento della massima *Cavallera*.

[19] Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*, *Raccolta*, p. I-8613 ss. Per un commento, si vedano E. Adobati, *La normativa lussemburghese che disciplina l'esercizio della professione forense è in contrasto con il diritto comunitario nella parte in cui subordina l'iscrizione all'albo degli avvocati alle conoscenze linguistiche*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 543 ss.; E. Meisse, *Modalités d'inscription des avocats citoyens communautaires à un barreau d'un État membre*, in *Europe*, novembre 2006, n. 11, p. 20 ss.; A. Moretto, *Libertà di stabilimento degli avvocati e accertamento preventivo delle conoscenze linguistiche dello Stato membro ospitante*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, p. 623 ss.; A. Arena, *La sentenza* Wilson*: il funzionamento del mercato comune tra armonizzazione*, pre-emption *e ricorsi giurisdizionali di diritto interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 147 ss. In questo caso la Corte ha affermato che, ai sensi della direttiva 98/5, "la presentazione all'autorità competente dello Stato membro ospitante di un certificato di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro d'origine risulta l'unico requisito cui deve essere subordinata l'iscrizione dell'interessato nello Stato membro ospitante, che gli consente di esercitare la sua attività in quest'ultimo Stato membro con il suo titolo professionale d'origine" (punto 67), cosicché non è consentito prevedere, ai fini dell'iscrizione all'albo dello Stato membro ospitante di un avvocato europeo, un colloquio volto a verificare la padronanza da parte dell'interessato delle lingue di tale Stato membro. La rinuncia ad una previa verifica è comunque bilanciata da una serie di disposizioni volte a garantire la buona amministrazione della giustizia e la protezione degli assistiti, mediante la previsione di alcuni obblighi a carico degli avvocati migranti, dal fare uso del proprio titolo professionale nella lingua dello Stato d'origine, al rispetto della doppia deontologia, all'obbligo di agire in concerto con un avvocato locale. L'accesso in questo modo sarebbe pienamente liberalizzato, tutelando al contempo l'interesse generale attraverso rigide condizioni di esercizio dell'attività professionale.

[20] Sentenza n. 28340, punto 2, lett. c). Da questa sentenza si coglie molto bene il conflitto tra il principio della libera circolazione nella sua massima espansione e il principio dell'abuso del diritto. Non può sfuggire, infatti, che, in questo caso, il medesimo precedente – la sentenza *Cavallera* – sia stato invocato rispettivamente dal CNF e dalla Cassazione per giungere a conclusioni opposte, il CNF

La prassi seguita dal Consiglio dell'ordine degli avocati di Palermo – così come da molti altri e avallata dallo stesso CNF – di condizionare l'iscrizione al soddisfacimento di requisiti diversi e ulteriori rispetto a quanto previsto dalla normativa europea, è stata pertanto considerata sul piano interno incompatibile con il diritto UE, in quanto lesiva della libertà di stabilimento e non giustificabile come misura d'interesse generale, giacché l'interesse pubblico al corretto svolgimento dell'attività professionale risulta già tutelato, tra l'altro, attraverso il triennio di esercizio della professione con il titolo di origine.

D'altra parte "l'atteggiamento ostruzionistico nei confronti degli *abogados*"[21] dei COA, classificati come associazioni di imprese, è stato condannato anche dall'AGCM, su segnalazione dell'Associazione italiana avvocati stabiliti, per violazione del principio della libera concorrenza[22]. Con delibera del 23 aprile 2013, l'Autorità garante, rifacendosi alla giurisprudenza *Wilson* e alla citata sentenza della Cassazione n. 28340, al fine di chiarire l'illegittimità di un qualsiasi ostacolo frapposto al riconoscimento, nello Stato ospitante, del titolo professionale ottenuto dal soggetto nello Stato di origine, ha giudicato la previsione di requisiti non richiesti dalla normativa comunitaria e nazionale, aventi portata generale ed astratta, *per tabulas*, sproporzionata rispetto agli obiettivi di interesse pubblico asseritamente perseguiti dai COA nei casi in esame – ossia contrastare comportamenti abusivi

---

sottolineando la necessità di impedire l'abuso del diritto, la Cassazione, invece, la necessità di azzerare gli ostacoli al riconoscimento previsti dalla normativa nazionale dello Stato di stabilimento. In effetti, nella pronuncia *Cavallera*, la Corte si è limitata ad affermare che il titolo rilasciato da un'autorità di un altro Stato membro, che non sanzioni alcuna formazione prevista dal sistema di istruzione di tale Stato membro e non si fondi né su di un esame né su di un'esperienza professionale acquisita in detto Stato membro, non può considerarsi un diploma ai sensi della direttiva 89/48, ora 2005/36. Volendo analizzare il caso alla luce del principio dell'abuso del diritto, si noti, comunque, che l'obiettivo della direttiva 98/5 appare rispettato nel caso in esame, essendoci stato un trasferimento effettivo in Spagna per motivi di studio (comprovato dal conseguimento del Master e dal sostenimento di dieci esami integrativi), e poi per motivi di lavoro. Da questi stessi elementi si desume anche che il trasferimento non era motivato semplicemente da una volontà abusiva, bensì dalla volontà di acquisire conoscenze ulteriori e, almeno in principio, stabilirsi in un Paese diverso dall'Italia, circostanza confermata, tra l'altro, dal fatto che l'interessato fosse stato ammesso ad un dottorato di ricerca presso un'università spagnola. In ogni caso, come rileva G. di Federico, *L'iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti: la "via spagnola" e il divieto di abuso del diritto*, in *Il Corriere giuridico*, 2012, p. 659, a seguito di questa pronuncia la prassi dei consigli provinciali non è mutata, non avendo la Cassazione chiarito le ricadute della giurisprudenza *Cavallera* sul margine di apprezzamento lasciato alle autorità nazionali competenti.

[21] Così si esprime l'AGCM al punto 36 del provvedimento di avvio dell'istruttoria del 14 dicembre 2011, n. 23116, reperibile *online*.

[22] Con il provvedimento di avvio dell'istruttoria del 14 dicembre 2011, l'AGCM ha contestato a dodici consigli la violazione dell'art. 101 TFUE, ritenendo, sulla scorta della sentenza *Wilson*, che la prassi di subordinare l'iscrizione all'elenco speciale degli avvocati stabiliti al superamento di una prova di lingua spagnola o all'esercizio della professione in Spagna o ancora al pagamento di una tassa non solo ostacola la libertà di stabilimento ma appare idonea "a condizionare le possibilità, da parte di avvocati qualificati in un altro Stato membro dell'Unione europea, di accedere al mercato della prestazione di servizi legali sul territorio italiano" (punto 42). Critico con riguardo a questo provvedimento è G. Di Federico, *op. cit.*, p. 661 s., secondo cui l'AGCM muove dall'erroneo presupposto che ogni restrizione all'accesso alla professione forense costituisca una violazione delle norme europee *antitrust*, senza tenere in conto che questa logica governa l'intervento della Corte in materia di libertà fondamentali e non in materia di concorrenza.

e fraudolenti, facendo valere l'applicazione del diritto UE così come interpretato nelle sentenze *Cavallera* e *Koller* – giacché idonea a disincentivare l'accesso al mercato italiano dei servizi di assistenza legale di tutti gli avvocati dell'Unione. Si noti, tuttavia, che l'Autorità garante ha avuto l'accortezza di operare fin da subito una distinzione fondamentale tra quei COA che avevano introdotto requisiti generali ed astratti e quelli che, invece, avevano esclusivamente effettuato verifiche mirate al controllo di posizioni individuali in casi isolati e specifici, escludendo che le pratiche di quest'ultimi potessero considerarsi intese restrittive della concorrenza in violazione dell'art. 101 TFUE.

Si avrebbe qui una conferma, seppure con riferimento al diritto della concorrenza, della circostanza che una verifica della posizione individuale che giunga eventualmente a restringere la libertà di stabilimento degli avvocati, in presenza di una costruzione di puro artificio, sia giustificabile, purché proporzionata e adottata in casi eccezionali.

Non può poi sfuggire che l'Autorità garante abbia scelto di sanzionare simbolicamente il comportamento dei Consigli condannati, disponendo il pagamento di una multa di mille euro.

3. L'atteggiamento ostruzionistico dei COA ha attirato anche l'attenzione della Commissione europea, sollecitata da più parti ad avviare una procedura d'infrazione contro l'Italia. Nel 2011, in effetti, la Commissione ha affermato di essere "a conoscenza delle pratiche – che sembrano essere in contrasto con il diritto dell'Unione europea – adottate da alcuni ordini degli avvocati italiani e contro le quali sono già pervenuti tramite *Solvit* diversi reclami"[23] e che intendeva "entrare in contatto con le autorità italiane attraverso il sistema *EU Pilot* (preinfrazione) per manifestare la propria preoccupazione al riguardo e chiedere l'adozione di misure vincolanti per garantire che tutti i consigli dell'Ordine degli avvocati in Italia ottemperino alla direttiva" e che, in assenza di una risposta soddisfacente, avrebbe preso "ulteriori opportuni provvedimenti per garantire il rispetto della direttiva da parte dei consigli dell'Ordine in tutta Italia"[24]. Sembra, tuttavia, plausibile che anche la Commissione stia attendendo una pronuncia della Corte con riguardo a siffatta questione, giacché dal 2011 ad oggi non si sono più avute notizie circa l'effettivo avvio di una procedura d'infrazione.

Manca invece una pronuncia della Corte in cui si affronti il tema dell'abuso con riferimento alla direttiva 98/5, anche solo marginalmente o implicitamente. I giudici UE, infatti, hanno fornito delle "linee guida" con riguardo alla problematica del *qualification shopping* solo in relazione alla direttiva in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali, prima con la sentenza *Cavallera*, ampiamente citata a proposito (ma anche a sproposito!) degli *abogados*, poi con la sentenza *Koller*, centrale ai fini del presente studio, avendo deciso le sorti di un *abogado* austriaco.

[23] Risposta data da Michel Barnier a nome della Commissione l'8 aprile 2011 all'interrogazione parlamentare di Oreste Rossi P 6732/2011, *GUUE* C 294 E, 6 ottobre 2011.

[24] Risposta data da Michel Barnier a nome della Commissione l'8 agosto 2011 all'interrogazione parlamentare di Clemente Mastella P 2260/2011, in *GUUE* C 128 E, 3 maggio 2012.

All'abuso fa riferimento nel caso *Cavallera*[25] l'Avvocato generale Poiares Maduro[26] il quale, dopo aver ricordato l'esistenza di un principio generale che fa divieto agli interessati di porre in essere comportamenti abusivi, applicando il consueto *abuse test* quale delineato nella sentenza *Emsland-Stärke*[27], giunge a sostenere l'esistenza di un'utilizzazione abusiva del diritto UE nel caso concreto, dimostrata dalla sussistenza di entrambi gli elementi costitutivi dell'abuso[28]. La Corte, da parte

[25] Sentenza *Cavallera*. Il signor Cavallera, cittadino italiano, dopo aver conseguito in Italia un diploma di laurea triennale in ingegneria, otteneva in Spagna l'omologazione del titolo accademico e correlativamente l'abilitazione ad esercitare la professione di ingegnere, non essendo ivi richiesto il superamento di un esame di Stato. Domandava, quindi, il riconoscimento in Italia del titolo spagnolo, ai fini dell'iscrizione all'albo degli ingegneri, accordatagli dal Ministero della giustizia. Il Consiglio nazionale degli ingegneri impugnava, tuttavia, detto decreto davanti all'autorità giudiziaria nazionale, sostenendo che, ai sensi della direttiva 89/48, il titolo spagnolo del signor Cavallera non potesse essere riconosciuto, avendo tale riconoscimento la conseguenza di esonerarlo dall'esame di Stato previsto dalla normativa nazionale. Il giudice *a quo* sospendeva il giudizio, sottoponendo alla Corte la questione pregiudiziale se potesse invocarsi la direttiva 89/48 per accedere ad una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante, da parte del titolare di un titolo rilasciato da un'autorità di un altro Stato membro che non sanzioni alcuna formazione prevista dal sistema di istruzione di tale Stato membro e non si fondi né su un esame né su un'esperienza professionale acquisita in detto Stato membro.

[26] Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 28 febbraio 2008, causa C-311/06, *Cavallera*, *Raccolta*, p. I-415 ss. L'Avvocato si concentra innanzitutto sulla questione di come interpretare la nozione di "diploma" contenuta nella direttiva, prospettando due ipotesi. Accogliendo un'interpretazione restrittiva (soluzione poi seguita dalla Corte), la decisione di omologazione non sarebbe assimilabile ad un diploma e non potrebbe quindi dar luogo ad un'operazione di reciproco riconoscimento, mentre, al contrario, propendendo per un'interpretazione estensiva, secondo la quale la nozione di diploma ricomprenderebbe anche l'omologazione, "sorgerebbe necessariamente, alla luce del principio comunitario del divieto di comportamenti abusivi, la questione della possibilità, da parte del sig. Cavallera, di invocare i diritti conferiti dalla direttiva" (punto 24).

[27] L'Avvocato generale Poiares Maduro ribadisce la formula costantemente utilizzata dalla giurisprudenza della Corte secondo la quale, perché si possa considerare un dato comportamento come abusivo, occorre che "da un complesso di elementi oggettivi risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto e (…) che da tali elementi si evinca che lo scopo fondamentale dell'operazione realizzata è di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento" (punto 44). Si rinvia, per un approfondimento con riguardo al c.d. *abuse test* elaborato dai giudici comunitari, a D. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 600 ss.; D. Weber, *Abuse of Law, European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, Emsland-Stärke*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2004, p. 52 s.; K. Sørensen, *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 451 s.; P. Schammo, *op. cit.*, p. 363 ss.; J. Snell, *The Notion of and a General Test for Abuse of Rights: Some Normative Reflections*, in R. De La Feria, S. Vogenauer (eds.), *op. cit.*, p. 224 ss.

[28] Circa la sussistenza del primo elemento, l'Avvocato generale afferma che "qualora un cittadino intenda avvalersi nello Stato membro A dove ha assolto la sua intera formazione accademica, che non gli permette di accedere alla professione che desidera esercitare nel detto Stato, o voglia avvalersi in un altro Stato membro C, di un diploma ottenuto nello Stato membro B che gli conferisce tale accesso in tale Stato, ma senza che egli abbia ivi acquisito un'esperienza professionale o accademica collegabile allo Stato membro che gli ha rilasciato detto diploma, in altri termini, senza che egli abbia ivi studiato nell'ambito delle formazioni da esso impartite o lavorato nel detto Stato B, si può ragionevolmente dubitare dell'esistenza di un esercizio effettivo della libera circolazione, in quanto non ha avuto luogo alcuna attività nello Stato membro ospitante" (punto 52). Circa, invece, la presenza del secondo elemento, l'operazione di omologazione e di riconoscimento posta in essere sembra non possedere una giustificazione diversa rispetto al solo interesse ad eludere le normative nazionali applicabili ma si

sua, trovatasi a decidere della situazione limite della migrazione di un diploma e non di un diplomato, in cui mancava un qualsiasi effettivo esercizio della libertà di stabilimento, pur non facendo esplicito riferimento all'abuso, accantona eccezionalmente il valore preminente della piena liberalizzazione per affermare il divieto del c.d. riconoscimento del riconoscimento, poiché in questo caso il titolo non attestava alcuna qualifica supplementare o esperienza professionale aggiuntiva[29]. Questa decisione, pertanto, pur avendo permesso al Consiglio di Stato italiano di bloccare la manovra elusiva dell'interessato[30], non ha apportato alcun elemento giuridico nuovo alla teoria dell'abuso del diritto[31], giacché la Corte sembra invocare la giustificazione data dalla necessità di lottare contro le frodi solo in modo implicito, come *ratio legis*, basandosi, piuttosto, su di un'interpretazione restrittiva della nozione di diploma contenuta nella direttiva.

In *Koller*[32], invece, la Corte, considerando effettivo l'esercizio della libertà di stabilimento sulla base della diversa situazione di fatto, legittima il *qualification shopping*. La Corte, infatti, ritenendo che "contrariamente al certificato di omo-

dimostra un'operazione di puro artificio, in quanto "lungi dal favorire l'interpenetrazione economica e sociale, il risultato conseguito è volto a consentire ad un cittadino comunitario di accedere ad una professione nel suo Stato membro d'origine senza avere ottenuto le qualifiche richieste conformemente alle prescrizioni di tale Stato membro e senza che sia stato necessario acquisire competenze professionali e/o accademiche nel contesto di un sistema formativo offerto da un altro Stato membro", così ottenendo i vantaggi derivanti dal diritto UE in una situazione in realtà puramente interna che solo artificiosamente è stata resa di diritto UE (punto 56).

29 Poiché "accettare che la direttiva 89/48 possa essere invocata al fine di beneficiare dell'accesso alla professione regolamentata nella causa principale in Italia si risolverebbe nel consentire ad un soggetto che abbia conseguito esclusivamente un titolo rilasciato da tale Stato membro che, di per sé, non dà accesso a detta professione regolamentata di accedervi egualmente, senza che tuttavia il titolo di omologazione conseguito in Spagna attesti una qualifica supplementare o un'esperienza professionale" (punto 57), secondo i giudici UE la nozione di "diploma" della direttiva deve essere interpretata nel senso di non includere "il titolo rilasciato da uno Stato membro che non attesti alcuna formazione prevista dal sistema di istruzione di tale Stato membro e non si fondi né su di un esame né su di un'esperienza professionale acquisita in detto Stato membro" (punto 58). Si veda, al riguardo, C. Amalfitano, *op. cit.*, p. 5.

30 La decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, del 30 novembre 2009, n. 7496, si dimostra interessante a proposito dell'abuso. I giudici, infatti, affermano che la normativa di recepimento della direttiva 89/48 "non è applicabile al caso in esame, in cui non c'è un professionista diplomato migrante ma un *diploma* italiano che è migrato in Spagna, ha ottenuto una sorta di attestazione di qualità ed è poi tornato in Italia pretendendo di aver acquisito una veste diversa", in quanto, altrimenti, "si verificherebbe quello che la giurisprudenza qualifica come 'gioco degli specchi' o 'riconoscimento di secondo grado'" (corsivo aggiunto). I termini utilizzati dal Consiglio di Stato sembrerebbero sottintendere che la situazione descritta versava in un abuso del diritto all'esercizio della professione in un altro Stato membro e al riconoscimento del titolo professionale.

31 L. Driguez, *op. cit.*, p. 15.

32 Sentenza *Koller*. Il signor Koller, cittadino austriaco, dopo aver conseguito in Austria un diploma in giurisprudenza e dopo aver superato una serie di esami complementari in un'università spagnola, otteneva l'omologazione del proprio diploma in Spagna, diventando automaticamente *abogado* e sottraendosi così al tirocinio obbligatorio di cinque anni previsto in Austria per accedere alla professione forense. Chiedeva, in seguito, all'autorità austriaca competente l'autorizzazione a sostenere la prova attitudinale per ottenere il riconoscimento del diploma, presentando contestualmente la domanda di dispensa per tutte le prove, che però veniva respinta. Si instaurava dunque un contenzioso, nell'ambito del quale il giudice *a quo* chiedeva alla Corte se la direttiva 89/48 fosse applicabile al procedimento principale.

logazione fatto valere dalla persona interessata nella causa all'origine della citata sentenza Consiglio Nazionale degli Ingegneri che non sanciva alcuna formazione nell'ambito del sistema d'istruzione spagnolo e non si fondava né su un esame né su un'esperienza professionale acquisita in Spagna, il titolo spagnolo di cui si avvale il sig. Koller attesta l'acquisizione da parte di quest'ultimo di una qualifica supplementare rispetto a quella conseguita in Austria"[33], ha concluso che l'interessato fosse senz'altro titolare di un diploma ai sensi della direttiva e che, d'altra parte, il compimento di un tirocinio non potesse essere considerato condizione necessaria ai fini dell'ammissione a sostenere la prova attitudinale "dal momento che il richiedente è soggetto, nello Stato membro ospitante, ad una prova attitudinale che ha specificamente lo scopo di consentire la verifica della sua idoneità ad esercitare la professione regolamentata in tale Stato membro"[34]. Anche in questo caso non è stata, invero, la Corte a menzionare espressamente la nozione di abuso del diritto, ma l'Avvocato generale Trstenjak[35] che, dopo aver ricordato l'esistenza del divieto di abuso del diritto come principio generale, è giunto comunque a negare la presenza di un abuso nel caso concreto, sottolineando come "la circostanza che un cittadino dell'Unione abbia voluto approfittare dell'accesso più vantaggioso ad una professione in uno Stato membro diverso da quello in cui ha seguito i suoi studi non può essere interpretata *de plano* come abuso del diritto" e che "nel caso di specie un abuso del diritto sarebbe piuttosto ravvisabile soltanto in mancanza di un qualsiasi effettivo esercizio della libera circolazione da parte del cittadino dell'Unione"[36].

4. Analizzato l'orientamento degli organi nazionali, giurisdizionali e non, con riguardo all'applicazione della direttiva 98/5 e della Corte di giustizia con riguardo all'applicazione della direttiva 89/48 (ora 2005/36), la quale sembra individuare fondamentalmente nell'effettività dello stabilimento il discrimine tra *qualification shopping* ed abuso del diritto, senza, tuttavia, riferirsi esplicitamente a quest'ultimo, si attende l'esito del rinvio pregiudiziale del CNF, di cui occorre ora evidenziare i profili di maggior rilievo.

Le particolarità del rinvio pregiudiziale si colgono nell'affermazione dell'esistenza del principio generale del divieto di abuso del diritto, che indirizzerebbe *inter alia* l'applicazione della direttiva 98/5, nonché, come già si accennava, nella formulazione volutamente generica della domanda tale da attribuire un ampio margine di discrezionalità ai COA nel rifiutare le richieste di iscrizione, in caso di risposta affermativa da parte della Corte.

Il CNF, con riguardo all'abuso, chiede, infatti, alla Corte se l'art. 3 della direttiva 98/5, alla luce del principio generale del divieto di abuso del diritto, debba essere interpretato nel senso di obbligare le autorità amministrative nazionali ad iscrivere nell'elenco degli avvocati stabiliti quei cittadini italiani che abbiano realizzato contegni abusivi del diritto dell'Unione, ed osti ad una prassi nazionale che consenta a tali autorità di respingere le domande di iscrizione all'albo degli avvocati

[33] *Ivi*, punto 32.
[34] *Ivi*, punto 40.
[35] Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 2 giugno 2010, causa C-118/09, *Koller*, *Raccolta*, p. I-13627 ss., punto 81.
[36] *Ivi*, punto 86.

stabiliti qualora sussistano circostanze oggettive tali da ritenere esistente la fattispecie dell'abuso del diritto dell'Unione, fermi restando, da un lato, il rispetto del principio di proporzionalità e non discriminazione e, dall'altro, il diritto dell'interessato di agire in giudizio per far valere eventuali violazioni del diritto di stabilimento, nonché la verifica giurisdizionale dell'attività dell'amministrazione[37].

Al riguardo, il Consiglio rileva innanzitutto come la situazione di un soggetto che si reca in un altro Stato membro al solo scopo di acquisire un titolo professionale per poi tornare immediatamente nel Paese d'origine al fine di svolgere la propria attività professionale, appaia estranea agli obiettivi della direttiva 98/5 come fissati nel preambolo[38]. Ripercorre poi la giurisprudenza della Corte di giustizia, evidenziando come, da una parte, il precedente *Wilson* ed il divieto di porre condizioni ulteriori per lo stabilimento debbano essere tenuti in considerazione nel caso di specie, ma, d'altra parte, il diritto derivato debba essere interpretato alla luce dei principi generali di diritto dell'Unione europea, quali il divieto dell'abuso di diritto e il rispetto delle identità nazionali. In particolare, il Consiglio, rifacendosi ad una copiosa giurisprudenza, ricorda che "il principio secondo cui gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario figura tra i principi generali dell'Unione ed è costante nella giurisprudenza della Corte"[39] e che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'imperio delle leggi nazionali (tra cui il potere di verificare la sussistenza di ipotesi di abuso)[40]. Giungendo ad analizzare più nello specifico la materia del riconoscimento delle qualifiche professionali, il Consiglio afferma, riferendosi al caso *Cavallera*

---

[37] In subordine, in caso di risposta negativa, il CNF chiede se l'art. 3 della direttiva 98/5 debba ritenersi invalido alla luce dell'art. 4, par. 2, TUE nella misura in cui consente l'elusione della disciplina di uno Stato membro che subordina l'accesso alla professione forense al superamento di un esame di Stato, prevista nella stessa Costituzione e facente parte dei principi fondamentali a tutela degli utenti delle attività professionali e della corretta amministrazione della giustizia.

[38] Il CNF cita, in particolare, al punto 8, il 5° 'considerando', evidenziandone la parte in cui si legge che un'azione dell'UE in materia è giustificata "anche perché, dando agli avvocati la possibilità di esercitare stabilmente con il loro titolo professionale d'origine in uno Stato membro ospitante, risponde alle esigenze degli utenti del diritto, che a motivo del flusso crescente delle attività commerciali, dovuto particolarmente alla creazione del mercato interno, chiedono consulenze in occasione di operazioni transfrontaliere nelle quali si trovano spesso strettamente connessi il diritto internazionale, il diritto comunitario e i diritti nazionali", nonché il 9° 'considerando' e il 14° 'considerando', in particolare nella parte in cui si afferma "è lecito presumere che tali avvocati abbiano acquisito le competenze necessarie per integrarsi completamente nella professione di avvocato dello Stato membro ospitante". In questo senso, si veda anche L. Pasquali, *La libertà di stabilimento degli avvocati nell'Unione europea: i limiti all'utilizzabilità di decisioni di riconoscimento alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 385 s.

[39] Il CNF cita, in particolare, al punto 16 dell'ordinanza di rinvio, le conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola del 16 luglio 1998, causa C-212/97, *Centros*, *Raccolta*, p. I-1459 ss., e la sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, *ivi*, p. I-1663 ss., punto 34.

[40] Domanda di pronuncia pregiudiziale del CNF, punto 17. Il CNF cita, in particolare, *ex plurimis*, le sentenze della Corte di giustizia del 7 febbraio 1979, causa 115/78, *Knoors*, *Raccolta*, p. 399 ss.; del 21 giugno 1988, causa 39/86, *Lair*, *ivi*, p. 3161 ss.; del 3 ottobre 1990, causa C-61/89, *Bouchoucha*, *ivi*, p. I-3551 ss.; del 2 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax*, *ivi*, p. I-1609 ss., punti 68, 76 e 77; del 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *ivi*, p. I-7995 ss., punto 35; del 23 ottobre 2008, causa C-286/06, *Commissione* c. *Spagna*, *ivi*, p. I-8025 ss., punto 69 s.; le conclusioni *Cavallera*,

e allo scopo della direttiva 98/5, che, "qualora nel valutare le singole domande di iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti, le competenti autorità amministrative locali si avvedessero (nel caso concreto) di anomalie oggettive e soggettive tali da comportare la chiara consapevolezza che l'interessato ha posto in essere una condotta integrante un comportamento abusivo, il diritto dell'Unione europea sembra escludere che le stesse autorità siano obbligate ad accogliere meccanicamente, senza valutazione del caso singolo, la domanda dell'interessato"[41] dovendosi, invece, condurre una qualche verifica, purché solo nelle ipotesi in cui ricorrano indici di anomalia, nel rispetto del principio di proporzionalità e del divieto di pratiche discriminatorie.

In attesa della pronuncia della Corte sul punto, sono numerose le questioni che il rinvio pregiudiziale pone. Preme innanzitutto comprendere se, al di là dei rinvii costanti da parte delle autorità nazionali alla giurisprudenza *Cavallera* e *Koller*, questa possa trovare applicazione anche con riferimento alla direttiva 98/5. Si deve poi cercare di tracciare una linea di confine tra il *qualification shopping* e l'abuso del diritto, valutando di quali mezzi di prova si possa avvalere l'autorità nazionale. È interessante, infine, verificare la possibile utilizzazione del principio del divieto di abuso del diritto con riguardo alla pratica, in forte aumento, di acquisire il titolo di *avocat* in Romania.

5. Per quanto riguarda la questione dell'applicabilità della giurisprudenza *Cavallera* e *Koller* all'interpretazione della direttiva 98/5, per cui le autorità nazionali sembrano propendere, citando a più riprese le due sentenze, ci si limita qui a qualche osservazione.

Si tenga presente innanzitutto che si tratta di due sentenze pronunciate in relazione ad una direttiva, la 89/48 (ora 2005/36), che corre lungo un binario parallelo rispetto alla direttiva 98/5, perseguendo la finalità del mutuo riconoscimento delle qualifiche professionali e non l'esercizio della professione di avvocato con il proprio titolo di origine in un altro Stato membro. È noto, infatti, che la direttiva 98/5 è stata concepita come strumento *ad hoc* proprio per rimediare allo scarso interesse che si era registrato da parte dei professionisti ad ottenere un'integrazione completa previo il superamento di prove attitudinali, che, molto spesso, risultavano similari a quelle che dovevano sostenere coloro che intendevano accedere alla professione senza alcun titolo precedente, in quanto gli Stati membri non tenevano in adeguata considerazione il fatto di trovarsi di fronte a dei "prodotti finiti"[42]. Ad oggi, pertanto, l'avvocato che voglia esercitare anche in un altro Stato membro potrà decidere immediatamente e direttamente di richiedere il riconoscimento del titolo professionale nello Stato ospitante, previo superamento della prova attitudinale, avvalendosi della direttiva 89/48 e optando per un percorso sicuramente più breve ma allo stesso tempo più irto, ovvero di esercitare in maniera permanente con il titolo professionale d'origine, invocando la direttiva 98/5. Dopo tre anni di pratica permanente utiliz-

punti 43-48; e le conclusioni *Koller*, punti 80-87. Ricorda, poi, che il divieto di abuso del diritto è anche sancito dall'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[41] Domanda di pronuncia pregiudiziale del CNF, punto 21.

[42] Cfr. J. Salvemini, *op. cit.*, p. 811 s. Questa terminologia è anche utilizzata da D. Fisichella, *op. cit.*, p. 53.

zando il titolo d'origine, potrà poi decidere se continuare su tale strada o, sempre sulla base della direttiva 98/5, richiedere l'integrazione nella professione dello Stato ospitante, a questo punto facilitata, scegliendo un percorso meno diretto ma anche meno aleatorio[43].

Si noti, tra l'altro, che la direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali, nella versione novellata del 2005, contiene anche una sorta di clausola "anti-abuso" al 12° 'considerando', in cui si legge che "i titolari di qualifiche professionali che siano state riconosciute a norma della presente direttiva non possono utilizzare tale riconoscimento per ottenere, nel loro Stato membro di origine, diritti diversi da quelli conferiti grazie alla qualifica professionale ottenuta in tale Stato membro, a meno che non dimostrino di aver ottenuto qualifiche professionali addizionali nello Stato membro ospitante"[44], non presente, al contrario, nella direttiva 98/5.

D'altra parte, l'importanza del riferimento proprio alla direttiva 89/48 nei casi *Cavallera* e *Koller* si coglie bene analizzando l'intero ragionamento della Corte, che, senza riferimenti espliciti all'abuso, si incentra sulla definizione della nozione di diploma, nozione assente, invece, nella direttiva 98/5, che richiede come unico requisito per divenire avvocato stabilito la presentazione del certificato rilasciato dal Paese d'origine, come evidenziato nella sentenza *Wilson*. Il ragionamento della Corte non può quindi essere applicato con automatismo ad un rinvio sull'interpretazione della direttiva 98/5, proprio perché costruito a partire da una nozione che le è estranea e che si ricollega necessariamente al mutuo riconoscimento e ai meccanismi che lo regolano.

Si noti anche che nella sentenza *Koller* la Corte non manca di sottolineare come l'interesse dello Stato membro sia già adeguatamente tutelato dalla prova attitudinale prevista dalla direttiva 89/48 per la professione di avvocato, in deroga al sistema generale di mutuo riconoscimento e giustificata dall'interesse generale alla buona amministrazione della giustizia e alla protezione del consumatore del servizio. Si tratta di un tipo di verifica che risulta assente nel sistema edificato dalla direttiva 98/5, anche se quest'ultima protegge comunque i medesimi interessi pubblici, tra l'altro, attraverso il rispetto della doppia deontologia ed il meccanismo che distingue tra l'avvocato stabilito che esercita con il proprio titolo d'origine e l'avvocato che diviene integrato solo dopo tre anni di attività concernente il diritto UE e il diritto nazionale.

Si osservi, inoltre, che particolare attenzione è stata posta a quell'affermazione contenuta nel dispositivo della sentenza *Koller* in cui si legge "professione che egli effettivamente vi esercitava al momento della richiesta di autorizzazione ad essere ammesso alla prova attitudinale", dal quale si è tratta la conseguenza che la Corte, per giudicare applicabile la direttiva 89/48, abbia considerato rilevante il dato che il cittadino austriaco avesse esercitato, anche solo per un breve periodo, la professione in Spagna[45]. Ora, non è affatto detto che la stessa considerazione possa valere con

---

43 Si vedano E. Chiaretto, *Il riconoscimento delle qualifiche professionali nell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 689 ss.; J. Pertek, *op. cit.*, p. 111.

44 C. Amalfitano, *op. cit.*, p. 6

45 Si veda, al riguardo, M. Castellaneta, *op. cit.*, p. 98. Lo rileva anche L. Pasquali, *op. cit.*, p. 380.

riguardo all'applicazione della direttiva 98/5, almeno non in negativo. Ciò per gli stessi motivi di cui sopra. Infatti, l'esercizio della professione nel Paese ospitante poteva valere nel caso concreto a far rientrare il riconoscimento ottenuto all'estero nella nozione di diploma, ma la direttiva 98/5 (come si è detto) non si occupa del riconoscimento dei diplomi. Certo, sul diverso piano dell'abuso, l'esperienza professionale all'estero vale ad escluderne la sussistenza nel caso concreto, in quanto prova della mancanza di artificialità del comportamento del cittadino europeo, ma, viceversa, non sembra ammissibile il ragionamento *a contrario*. In altre parole, l'assenza dell'esercizio di attività professionale all'estero ben difficilmente potrebbe provare l'abuso sulla scorta della sentenza *Koller*, proprio perché il requisito della qualifica supplementare acquisita all'estero è riconducibile solo alla direttiva 89/48 e alla nozione di diploma in essa contenuta.

Alla luce di queste considerazioni una pedissequa trasposizione, senza i dovuti accorgimenti, di questa giurisprudenza per risolvere la questione degli *abogados* appare incauta.

Quali indicazioni allora trarre da queste due sentenze? Certamente si tratta di casi che hanno aiutato a mettere in luce e a meglio comprendere la distinzione operata nel diritto UE tra esercizio effettivo della libertà di stabilimento, incoraggiato per lo più senza condizioni, e situazione di pura artificialità, al contrario condannata, replicabile anche con riguardo ad altri settori del diritto, fornendo d'altra parte alla dottrina indicazioni rilevanti e spunti interessanti con riguardo alla concettualizzazione dell'abuso del diritto nell'ambito del mutuo riconoscimento delle qualifiche professionali, soprattutto grazie alle conclusioni presentate dagli Avvocati generali Poiares Maduro e Trstenjak. Si è avuta poi un'ulteriore conferma del fatto che la Corte preferisca non riferirsi all'abuso quando sono in gioco le libertà fondamentali afferenti a persone fisiche.

Si osservi, in conclusione, che il caso *Koller* rappresenta una sorta di occasione mancata per domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione dell'abuso con riferimento al "fenomeno degli *abogados*". Infatti, benché l'Avvocato generale Trstenjak prese in considerazione la possibilità di studiare il caso dalla prospettiva dell'abuso, per poi escluderne la sussistenza nel caso concreto, né il Governo austriaco nelle osservazioni presentate alla Corte né il giudice nazionale potevano porre una questione precisa alla Corte in tal senso, considerato che la sussistenza dell'abuso era già stata esclusa dalla Corte costituzionale austriaca[46].

6. La principale questione che si pone con riguardo alla vicenda degli *abogados*, come appena evidenziato, è quella di stabilire il confine tra l'abuso ed il legittimo *qualification shopping*. Si tratta di una distinzione di fondamentale importanza: solo nel primo caso, infatti, intervenendo il principio del divieto di abuso del diritto, la

[46] Inizialmente la Commissione superiore disciplinare degli avvocati aveva respinto le richieste avanzate dal Koller, avendo concluso, fra l'altro, che la domanda avesse l'obiettivo di aggirare l'obbligo di tirocinio di cinque anni richiesto da tale normativa. La sentenza veniva tuttavia annullata dalla Corte costituzionale austriaca per difetto di elementi che evidenziassero abuso da parte del richiedente. Si noti che la questione dell'abuso fu, invece, sollevata dal Governo greco (si legge, infatti, al punto 31 delle conclusioni *Koller*, "esso si chiede se la fattispecie in esame non possa essere trattata sotto il profilo dell'abuso del diritto").

disciplina della direttiva 98/5 conoscerebbe una deroga, giacché la logica conseguenza che la rilevazione di un abuso porta con sé è innanzitutto la non applicazione della normativa UE invocata dai soggetti interessati che pongono in essere il comportamento fraudolento[47]. La Corte, in effetti, ha già chiarito a più riprese che il diritto del cittadino di scegliere lo Stato membro nel quale intende acquisire le proprie qualifiche professionali è inerente all'esercizio, in un mercato unico, delle libertà fondamentali garantite dal diritto UE. D'altra parte, ha anche specificato che i cittadini di uno Stato membro non possono tentare, grazie alle possibilità offerte dal diritto dell'Unione, di sottrarsi abusivamente all'imperio delle loro leggi nazionali[48]. Si ammette, quindi, l'esistenza di una linea di confine tra esercizio legittimo e abuso del diritto di stabilimento, anche se a quest'ultimo, nell'ambito del libero stabilimento delle persone fisiche, la Corte riconosce uno spazio ristretto, giudicando solitamente con occhi indulgenti le pratiche di *qualification shopping*.

La generica formulazione del rinvio da parte del CNF certamente aumenta il rischio che la tanto attesa pronuncia dei giudici di Lussemburgo tradisca le aspettative riguardo ad una categorizzazione chiara del "fenomeno degli *abogados*". A tal proposito, si osservi come il CNF si sia riferito ad una prassi nazionale che consente alle autorità competenti di respingere le domande di iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti in presenza di circostanze oggettive tali da ritenere realizzata la fattispecie dell'abuso (senza richiedere indicazioni specifiche alla Corte sulle modalità con cui determinare l'abuso, né delucidazioni sulle pratiche da classificare abusive). Sembrerebbe che, in questo modo, il CNF abbia voluto innanzitutto garantire un'ampia discrezionalità ai COA ma anche assicurarsi una risposta affermativa dalla Corte.

Sotto quest'ultimo aspetto si noti che gioca a favore del Consiglio l'aver sottolineato che, in ogni caso, un eventuale controllo da parte degli ordini dovrà essere effettuato caso per caso, in relazione alla situazione concreta e nel rispetto del principio di proporzionalità, giacché la Corte si è da sempre mostrata attenta ai caratteri che la misura statale deve possedere per poter essere considerata legittima[49].

In ragione di un rinvio espresso in termini così ampi, i giudici europei potrebbero verosimilmente limitarsi ad utilizzare formule dello stesso tenore, estremamente generiche, ribadendo l'esistenza di un principio secondo cui gli interessati non possono avvalersi fraudolentemente e abusivamente del diritto UE e che spetta alle competenti autorità nazionali verificare se, nel caso concreto, si versi in una situazione di abuso, anche se, per la verità, da un'analisi comparata degli altri casi

---

47 Si vedano, al riguardo, M. Gestri, *op. cit.*, p. 239 s., e S. Vogenauer, *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, in R. De La Feria, S. Vogenauer (eds.), *op. cit.*, p. 541 s.

48 Si veda, in particolare, la sentenza *Commissione* c. *Spagna*, punti 72 e 69.

49 Sul carattere di proporzionalità richiesto alle misure nazionali restrittive giustificate da motivi imperativi di interesse generale – in questo caso contrastare l'abuso del diritto –, si rimanda, *ex plurimis*, alle sentenze della Corte di giustizia *Kraus*, punto 37; del 17 luglio 1997, causa C-28/95, *Leur-Bloem*, *Raccolta*, p. I-4161 ss., punto 48; del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, *ivi*, p. I-1459 ss., punto 39; *Cadbury Schweppes*, punto 47; del 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, *Raccolta*, p. I-2107 ss., punto 74; del 17 gennaio 2008, causa C-105/07, *Lammers & van Cleeff*, *ivi*, p. I-173 ss., punti 32-34; del 21 gennaio 2010, causa C-311/08, *SGI*, *ivi*, p. I-487 ss., punto 76; e alle conclusioni *Cavallera*, punto 56.

in cui la Corte si è pronunciata sull'abuso, non è sua abitudine rinunciare a fornire indicazioni, talvolta anche estremamente precise, in relazione alla fattispecie concreta sottoposta al suo esame e al carattere abusivo o meno della stessa[50].

Una risposta troppo generica potrebbe comportare una serie di problemi con riguardo al momento applicativo della sentenza, poiché, non essendo chiari i parametri utilizzabili dai COA per respingere le richieste, la legittimità di tali rifiuti potrebbe essere di nuovo messa in discussione davanti al CNF, prima, e alla Cassazione, poi.

Ad ogni modo, in attesa delle indicazioni della Corte, tenuto conto del fatto che le sentenze *Cavallera* e *Koller* hanno evidenziato l'importanza dell'effettività dello stabilimento e che la nozione di abuso presuppone la presenza di una creazione artificiale che contrasti con il fine della norma giuridica invocata a fondamento della propria pretesa, la questione fondamentale sembra risolversi nel valore da attribuire alla nozione di esercizio effettivo della libertà di stabilimento.

Ciò posto, nel caso degli *abogados*, una situazione abusiva, a prima vista, sembrerebbe da escludere. Infatti, una qualche formazione integrativa è sempre risultata presente, né poteva essere diversamente, giacché la normativa spagnola richiedeva il superamento di un certo numero di esami integrativi quale condizione necessaria per poter ottenere la *licencia en derecho* e, di conseguenza, con la sola iscrizione presso l'albo degli avvocati, il titolo di *abogado*. Come si evince dalla sentenza *Koller*, basterebbe tale formazione integrativa o l'acquisizione di una qualche esperienza professionale a realizzare l'obiettivo di interpenetrazione economica e sociale perseguito dalle direttive in materia di stabilimento ed escludere, perciò, quella situazione di artificialità che integra l'abuso. Escluderebbe l'abuso, a maggior ragione, la frequenza di un ciclo di studi post-secondario o ancora l'effettivo esercizio della professione di avvocato nel Paese ospitante per un dato periodo, seppur breve, interpretazione, questa, che è stata avallata anche dalla Cassazione nella sentenza n. 28340.

Si potrebbe tuttavia proporre, a questo punto, una distinzione tra una formazione integrativa "valida" ed un'altra "artificiale", di cui potrebbero avvalersi le autorità nazionali nel determinare la presenza di un abuso. Poiché il principio dell'abuso è una nozione precipuamente fattuale, l'analisi dei fatti di causa assume un ruolo chiave nel chiarire la sussistenza dei suoi elementi costitutivi, sia per quanto attiene alla verifica di quelle circostanze dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa UE, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto, sia per quanto concerne la volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa UE mediante la creazione artificiosa delle con-

[50] Si pensi, a titolo di esempio, alle celebri cause greche (sentenze della Corte di giustizia del 12 marzo 1996, causa C-441/93, *Panagis Pafitis* e *altri* c. *Trapeza Kentrikis Ellados A.E.* e *altri*, *Raccolta*, p. I-1347 ss.; del 12 maggio 1998, causa C- 367/96, *Kefalas*, *ivi*, p. I-2843 ss.; del 23 marzo 2000, causa C- 373/97, *Diamantis*, *ivi*, p. I-1705 ss.), in cui la Corte, pur dovendo rispondere ad una questione pregiudiziale posta in termini estremamente ampi e teorici, non ha rinunciato ad analizzare la specifica situazione di fatto sottoposta alla sua attenzione, escludendo la possibilità di un abuso nel caso concreto. Ciò è facilmente comprensibile, poiché la Corte non sembra, per la verità, ignorare gli effetti che la discrezionalità altrimenti eccessiva di cui si doterebbe il giudice nazionale potrebbe avere sul principio del primato del diritto UE.

dizioni necessarie per il suo ottenimento. Ora, il CNF nel rinvio pregiudiziale inquadra i caratteri della pratica abusiva facendo riferimento a "cittadini italiani i quali, senza particolari esperienze professionali in diritto spagnolo, utilizzano i benefici derivanti dal diritto dell'Unione per eludere l'esame di Stato, che la Costituzione e la legge italiana impongono a garanzia della qualità della professione di avvocato" e al "breve lasso di tempo tra ottenimento del titolo in Spagna e presentazione della domanda di iscrizione in assenza di qualsiasi concreta esperienza professionale maturata"[51].

La prova richiesta dal CNF di aver esercitato la professione di avvocato in Spagna come necessaria per escludere l'abuso sembrerebbe tuttavia sovrabbondante. Se, infatti, l'esercizio della professione è certamente indice dell'assenza di un abuso, come si diceva, non altrettanta legittimazione ha il ragionamento *a contrario*, poiché né la normativa né la giurisprudenza UE lo richiedono, ma anzi ritengono perfettamente legittimo che un cittadino, dopo aver acquisito il proprio titolo professionale nello Stato membro d'origine, decida di esercitare la professione in un altro Stato membro.

Sembrerebbe, del pari, da scartare l'ipotesi che, ai fini della determinazione dell'abuso, si possa far valere il mancato superamento, magari anche ripetuto, dell'esame di Stato in Italia da parte del richiedente prima di tentare la via spagnola, quanto meno se non corredato da altri elementi che vadano nella stessa direzione. Si noti, a tale proposito, che la Cassazione nella citata sentenza n. 28340, apparentemente in linea con i ragionamenti della Corte di giustizia, non ha attribuito alcuna rilevanza a siffatta circostanza, proprio perché era stata stabilita l'effettività dell'integrazione.

Un certo peso potrebbe, invece, assumere il lasso di tempo intercorso tra l'ottenimento del titolo di *abogado* e la presentazione della domanda di iscrizione all'albo come avvocato stabilito o, più in generale, una tempistica in un certo qual modo anomala, che, eccessivamente ristretta, potrebbe indicare un travisamento della finalità della direttiva e una volontà fraudolenta.

Potrebbero, poi, costituire spia di una qualche artificiosità il mancato stabilimento in pianta stabile o semi-stabile nel Paese ospitante durante il periodo di studio, nonché l'ausilio, con riguardo a tutte le pratiche per divenire *abogado*, di una tra le tante organizzazioni commerciali all'uopo predisposte, che assicurano agli aspiranti *abogados* di ottenere l'iscrizione all'albo come avvocati stabiliti, eludendo così l'esame di Stato italiano, con il minimo dello sforzo e la massima comodità, innanzitutto garantendo un soggiorno il più breve possibile, se non inesistente, in Spagna. Si noti, fra l'altro, che queste organizzazioni non nascondono in alcun modo l'obiettivo di eludere la normativa nazionale creando una situazione di pura artificialità, forti della certezza di essere protette dal diritto UE, di cui, anzi, riportano la normativa d'interesse per presa visione del consumatore, in modo da comprovare la propria affidabilità e legittimazione. L'affidarsi ai loro servigi potrebbe costituire indice dell'assenza della volontà genuina di integrarsi in un altro Stato membro da parte del cittadino italiano, che lungi dal voler cogliere un'occasione di accrescimento dal punto di vista culturale e professio-

[51] Domanda di pronuncia pregiudiziale del CNF, punto 21.

nale, cercherebbe unicamente un modo per scavalcare la normativa nazionale più restrittiva e anche a caro prezzo. È evidente, infatti, che, se l'interessato si reca nel Paese ospitante solo per qualche giorno e solo al fine di superare gli esami richiesti nel minor tempo possibile, l'interpenetrazione economica e sociale richiesta perché il diritto di stabilimento e la libertà di circolazione possano considerarsi effettivi potrebbe essere messa in discussione. D'altra parte, *a contrario*, il solo fatto di non essersi affidato ad una siffatta organizzazione non vale ad escludere automaticamente l'abuso.

Si tratta, per la verità, di indici di abuso difficili da enucleare ed individuare con precisione in astratto, senza riferimento al singolo caso (in parte sempre in considerazione delle caratteristiche fattuali della nozione di abuso) e ancor più da accertare nel caso concreto.

Un problema applicativo non trascurabile, infatti, riguarda le modalità di accertamento dei suddetti indici da parte degli ordini degli avvocati incaricati di procedere all'iscrizione degli *abogados*, poiché risulta difficile stabilire a priori di quali mezzi l'autorità si possa avvalere, anche tenuto conto del fatto che la Corte è particolarmente restrittiva in quest'ambito circa la possibilità di accertamenti penetranti, come dimostra la giurisprudenza *Wilson*. La Corte, infatti, individua come valore preminente da salvaguardare il buon funzionamento della direttiva che, altrimenti, se le autorità nazionali, invocando come pretesto la possibilità di un abuso, procedessero a controlli approfonditi e mirati, sarebbe compromesso. Si è già detto di come la misura, in questo caso il controllo per procedere se del caso al diniego dell'iscrizione, debba essere proporzionata e adottata caso per caso. Se gli elementi indicati dal CNF appaiono idonei ad essere provati per via documentale e quindi con estrema facilità, permangono forti dubbi circa la loro idoneità a determinare l'abuso. Sembra da escludersi, quindi, la previa produzione di atti, pareri o altri documenti attestanti l'esercizio della professione in Spagna. Si potrebbe però ammettere, sempre e solamente partendo dal presupposto di un'applicazione del principio generale che vieta l'abuso preminente rispetto al diritto secondario (e quindi preminente rispetto all'interpretazione della direttiva 98/5 data dalla sentenza *Wilson*), la presentazione, su richiesta dell'autorità competente, di documenti ulteriori che forniscano informazioni più dettagliate riguardo al percorso seguito dall'*abogado* all'università per verificare la genuinità dell'integrazione. Si potrebbe altrimenti ritenere accettabile un colloquio preventivo, nel caso in cui l'iscrizione dell'*abogado* presso la sezione speciale degli avvocati stabiliti tradisca l'obiettivo perseguito dalla direttiva 98/5, ossia se l'operazione realizzata ha lo scopo fondamentale di conseguire i vantaggi dell'essere avvocato stabilito e poi integrato, e così non sostenere l'esame di Stato e non svolgere i diciotto mesi di tirocinio obbligatorio, mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento. Ovviamente non si dovrebbe trattare di una prova attitudinale "travestita" ma, escludendo qualsiasi presunzione di abuso *a priori*, si dovrebbe limitare a verificare che l'iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro di origine non sia stata ottenuta in maniera fraudolenta, senza imporre alcuna condizione aggiuntiva[52]. In quest'ottica si dovrebbe dubitare della possibilità per i COA di prevedere durante il colloquio il

[52] G. di Federico, *op. cit.*, p. 659.

previo superamento di un test sulla lingua o sul diritto spagnolo. Pur propendendo per la legittimità di un eventuale colloquio preventivo, purché non dia spazio ad una discrezionalità incontrollata, resta, quindi, da capire che tipo di informazioni siano in concreto richiedibili nello stesso.

7. Esauritasi la possibilità per gli aspiranti avvocati italiani di seguire con successo la via spagnola senza sforzi eccessivi, poiché (già si è ricordato) anche il legislatore spagnolo ha deciso di introdurre l'esame di Stato per l'accesso alla professione di avvocato, la nuova mèta per eccellenza del *qualification shopping* si è rivelata essere la Romania. Si tratta di una pratica emersa soltanto di recente e le dinamiche di espletamento non sono ancora del tutto chiare: anche in questo caso, comunque, la vicenda coinvolgerebbe cittadini italiani che in gran numero conseguono il titolo di *avocat* in Romania, al fine di chiedere l'iscrizione in Italia come avvocati stabiliti ai sensi del d.lgs. n. 96/2001. Si noti che la Romania, a differenza della Spagna in passato, prevede lo svolgimento di un tirocinio obbligatorio ed il superamento di un esame di Stato per accedere alla professione. In particolare, per conseguire il titolo di avvocato in Romania occorrerebbe svolgere un periodo di *stage* presso uno studio legale, in qualche modo equivalente alla pratica forense prevista in Italia, e superare un esame di abilitazione da effettuarsi in un capoluogo di regione. Ciò significa che il cittadino italiano laureato in giurisprudenza, per sostenere l'esame in Romania, non solo deve prima ottenere l'equipollenza della laurea italiana nella corrispondente laurea rumena, ma anche presentare un certificato che attesti lo svolgimento della pratica forense legale in Italia.

Che non si tratti di una vicenda isolata appare chiaro anche considerando che le organizzazioni commerciali prima ricordate, abbandonata la speranza di profitti proponendo la via spagnola, non hanno esitato a introdurre tra le loro proposte la possibilità di divenire avvocato in Romania. La formula parrebbe essere sempre la stessa: dietro elevati compensi, sarebbe garantito un pacchetto completo, dallo svolgimento delle pratiche amministrative all'ammissione all'esame, consistente in una serie di quiz a risposta multipla, predisposti in lingua italiana e rumena, cui si aggiungerebbe, talora, addirittura l'assicurazione di non doversi recare in Romania neanche una volta[53].

La rilevanza del fenomeno si coglie appieno dal fatto che, come reso noto dal CNF con la circolare del 27 maggio 2013, n. 10, anche il Ministero della giustizia ha prestato attenzione al problema, emerso a seguito delle recenti segnalazioni del COA di Tivoli, richiedendo di conoscere il numero delle domande di iscrizione nella sezione speciale dell'albo degli avvocati stabiliti presentate dal 1° gennaio 2012 ad oggi da cittadini che abbiano conseguito il titolo di avvocato in Romania e l'esito delle stesse.

Da quanto emerso a seguito dell'indagine avviata dal Ministero, tuttavia, la questione, rispetto alla vicenda spagnola, appare complicata dal fatto che, accanto al percorso legittimo e regolare per divenire avvocato in Romania, sembra esistere un percorso alternativo privo di legittimità, che si concluderebbe con il rilascio di

[53] A. Sceresini, *Settemila euro e un viaggio a Bucarest. Così divento un legale senza l'esame*, in *La Repubblica* del 29 giugno 2013, reperibile *online*.

titoli di avvocato da parte di istituzioni diverse da quella riconosciuta competente dall'ordinamento romeno[54].

Sulla base di questa prima ricognizione, se gli elementi comuni alla vicenda spagnola, a partire dalla finalità abusiva dei soggetti agenti, dalla presenza di organizzazioni commerciali d'ausilio, dal superamento di una qualche prova integrativa, si dimostrano certamente molteplici, in questo caso riferirsi all'abuso potrebbe non rivelarsi corretto, almeno con riguardo al percorso parallelo. La nozione di abuso, infatti, presuppone un rispetto formale della normativa UE che qui, invece, sembra essere assente. Se dovesse trovare conferma il dato che il percorso seguito dagli aspiranti avvocati italiani è parallelo a quello istituzionale[55], si prospetterebbe un caso di vera e propria frode, per cui il titolo presentato non avrebbe alcun valore davanti all'autorità italiana. Inutile sottolineare come, in questo caso, i valori della protezione dei consumatori dei servizi legali e della corretta amministrazione della giustizia sarebbero messi seriamente a repentaglio. Sarebbe, perciò, legittimato un intervento volto al controllo, anche pervasivo, da parte dello Stato membro d'origine. Se, poi, anche l'autorità romena fosse stata ingannata, varrebbe comunque la massima *fraus omnia corrumpit* come principio generale comune agli Stati membri: poiché la frode vizia ogni cosa, si potrebbe ammettere che "uno Stato ospitante che disponga, senza averli ricercati, di un certo numero di elementi comprovanti che l'autorità competente dello Stato di provenienza è stata ingannata al momento del rilascio dell'attestato possa opporre tale frode"[56].

Per quanto riguarda, invece, il percorso legittimo eventualmente percorribile dai laureati italiani, è chiaro che, perché la via possa essere considerata legittima, occorrerà che la pratica nel Paese ospitante non sia connotata dalla piena artificialità, in applicazione del divieto di abuso del diritto come principio sovraordinato al diritto secondario. Si noti, in ogni caso, che l'esistenza di fenomeni di vera e propria frode che si riflettano sulla corretta applicazione della direttiva 98/5 con gravi ripercus-

---

[54] Con circolare del 25 settembre 2013 n. 20, reperibile *online*, il Consiglio nazionale forense ha diffuso la nota del Ministero della giustizia in cui si chiarisce che l'unica istituzione riconosciuta competente dall'ordinamento romeno a rilasciare il titolo di avvocato, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 51/1995, individuata a seguito dei contatti ufficiali intercorsi con il Ministero della giustizia romeno, è l'U.N.B.R. (Unione nazionale dei fori della Romania) con sede presso il Palazzo di giustizia di Bucarest, di denominazione identica (salvo l'indirizzo della sede) a quella della U.N.B.R. – c.d. struttura Bota – con sede in Str. Academiei, sempre a Bucarest, e "presso la quale è invalsa nei mesi scorsi la prassi di rilasciare titoli di avvocato ai fini dello stabilimento in Italia". Su queste basi, il CNF ha invitato, pertanto, i COA a "respingere le domande di iscrizione nella Sezione speciale Avvocati stabiliti formulate da parte di soggetti che abbiano ottenuto il titolo da parte di istituzioni diverse da quella riconosciuta competente dall'ordinamento romeno" e di provvedere alla cancellazione dei soggetti precedentemente iscritti.

[55] Non è mancata una pronta reazione alla circolare del CNF del 25 settembre 2013 citata da parte dell'U.N.B.R. con sede in Str. Academiei, che, in data 27 settembre 2013, ha richiesto la "rettifica immediata di questa circolare in base alla lettera (…) del Ministro di grazia e giustizia rumeno in risposta ad una denuncia per abuso d'ufficio e falso intellettuale presentata dal Consiglio dell'ordine nei confronti del funzionario del Ministero romeno che ha inviato la comunicazione all'avvocato Carlo Giuliani dell'ordine di Tivoli" (documentazione reperibile *online*). Resta, quindi, ancora da far chiarezza sul c.d. percorso Romania.

[56] Conclusioni dell'Avvocato generale Darmon del 19 aprile 1989, causa 130/88, *Van de Bijl*, *Raccolta*, p. 3039 ss., punto 17.

sioni sulla protezione dei consumatori (che potrebbero veder violato il proprio diritto alla difesa da parte di un professionista titolato) e sulla buona amministrazione della giustizia (si pensi alle conseguenze di un processo celebrato con la partecipazione di un difensore senza un valido titolo), potrebbero eventualmente influenzare indirettamente la Corte nella scelta di frenare sul valore della liberalizzazione e di concedere alle autorità nazionali la possibilità di combattere più efficacemente gli abusi e le distorsioni nell'utilizzo della direttiva 98/5.

8. Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, appare evidente il nesso strettissimo che lega le diversificazioni ancora presenti tra gli ordinamenti nazionali nell'ambito dell'accesso ai servizi legali ed i comportamenti abusivi dei privati volti ad utilizzare il diritto UE per migliorare la propria posizione giuridica. È altrettanto chiaro che questo meccanismo costituisce una minaccia per quegli Stati membri i cui requisiti di formazione siano più alti, incoraggiando i neolaureati in giurisprudenza ad indirizzarsi verso il sistema giuridico con le regole meno severe in materia di acquisizione del titolo professionale, facendo poi valere il diritto derivato per accedere alla professione regolamentata nello Stato d'origine[57].

Con riguardo ai rapporti tra gli ordinamenti nazionali, mentre è certamente da escludersi l'avvio di una procedura di infrazione da parte dell'Unione nei confronti dello Stato membro con la legislazione più favorevole, si noti che quest'ultimo potrebbe decidere di uniformarsi spontaneamente alle legislazioni "più severe" (è stato il caso dell'Irlanda dopo la sentenza *Chen* o, come si è visto, della Spagna) o, viceversa, anche gli altri Stati potrebbero scegliere di adattarsi alla legislazione più favorevole, magari perché penalizzati nel flusso economico (si pensi alle numerose riforme societarie che hanno interessato i Paesi continentali dopo il caso *Centros*). Si tratta, in fin dei conti, della discussa problematica circa l'alternativa tra una *race to the bottom* e una *race to the top*[58]. È noto, d'altra parte, come l'armonizzazione spontanea conservi l'attitudine a giocare un ruolo chiave nel processo d'integrazione e allo stesso tempo nella creazione di valori preminenti che siano comuni ai diversi ordinamenti, soprattutto in quei settori in cui questi ultimi trovino più difficoltà ad avvalersi del principio dell'abuso, almeno come inteso secondo i canoni nazionali. Si tratta di una via auspicata innanzitutto dalla Corte, che, effettivamente, attraverso la più completa liberalizzazione, persegue l'obiettivo di creare un giurista affrancato dalle barriere nazionali, e in ultima istanza, un diritto europeo uniforme[59],

---

57 Lo rileva J. Cavallini, *Reconnaissance sur reconnaissance ne vaut*, cit., p. 27.

58 Si vedano, al riguardo, D. Charny, *Competing among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules; An American Perspective on the "Race to the Bottom" in the European Communities*, in *Harvard International Law Journal*, 1991, p. 423 ss.; J. Sun, J. Pelkmans, *Regulatory Competition in the Single Market*, in *Journal of Common Market Studies*, 1995, p. 68 ss.; J. P. Omar, *Freedom of Movement for Companies and the Avoidance of Regulation*, in *International Company and Commercial Law Review*, 1999, p. 286 ss.; C. Barnard, *Social Dumping and the Race to the Bottom: Some Lessons for the European Union from Delaware?*, in *European Law Review*, 2000, p. 57 ss.; H. S. Birkmose, *A "Race to the Bottom" in the EU?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, p. 35 ss.; S. Deakin, *Legal Diversity and Regulatory Competition, Which Model for Europe?*, in *European Law Journal*, 2006, p. 440 ss.

59 In realtà, è doveroso constatare come, allo stato attuale, l'identità del professionista forense europeo sia ancora marcatamente nazionale, sia per quanto riguarda la formazione sia per quanto riguarda

ma anche dalle ricerche riguardanti le problematiche relative allo stabilimento degli avvocati. È stato, infatti, rilevato come lo stabilimento degli avvocati in un Paese diverso da quello d'origine presenti ancora delle difficoltà pratiche fra cui primeggiano quelle legate ai requisiti amministrativi richiesti dalle autorità competenti, che varierebbero da Stato a Stato e anche all'interno dello stesso Paese[60]. Per facilitare lo stabilimento degli avvocati è stato, perciò, suggerito di semplificare e rendere più uniforme il processo di registrazione, anche, ad esempio, includendo nella direttiva 98/5 requisiti più dettagliati per la registrazione o prevedendo la possibilità di utilizzare una carta d'identità specifica per il processo di registrazione, uguale per tutti gli Stati membri. È stato suggerito del pari di stabilire un contatto diretto tra le autorità competenti per realizzare uno scambio veloce e diretto delle informazioni, così da attenuare (se non eliminare) l'onere di allegazione del candidato che voglia registrarsi come avvocato stabilito[61].

9. Volendo inquadrare la problematica sotto il profilo della libera concorrenza nella prestazione dei servizi legali[62], è indubitabile che la Corte di giustizia in materia sia incline, pur se con qualche incertezza, ad invocare la categoria delle ragioni imperative di interesse generale – tra cui figura la lotta all'abuso –, per lo meno con riferimento a quelle aree grigie che si collocano a metà strada tra la libera concorrenza e la libera circolazione, per giustificare le restrizioni alla concorrenza, operando così un bilanciamento tra libera concorrenza e interesse pubblico, incentrato sul criterio della ragionevolezza[63]. Analogamente l'Autorità garante, come già

---

lo statuto professionale. Per giungere in futuro ad una completa apertura degli ordinamenti giuridici a figure professionali transnazionali, si dovrebbe avviare una progressiva armonizzazione dei profili essenziali per la formazione dell'avvocato, conservando al tempo stesso, però, le peculiarità culturali proprie dei singoli ordinamenti nazionali. Questa via è auspicata da L. Pasquali, *op. cit.*, p. 390 s., che propende per un'armonizzazione dei percorsi formativi, mediante strumenti vincolati. Si rinvia, per una riflessione sul tema, a P. Mengozzi, *Il ruolo degli ordini forensi nella prospettiva europea*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, p. 727 ss.; A. Berlinguer, *Identità e circolazione del giurista nel nuovo ordinamento europeo*, in *Contratto e Impresa*, 2002, p. 822 ss.; C. Orazi, *L'Avvocato migrante all'interno della Comunità Europea tra diritto al riconoscimento del titolo di provenienza e* qualification shopping, in F. P. Traisci (a cura di), *Il diritto privato europeo dal mercato interno alla cittadinanza europea*, Napoli, 2010, p. 881 ss. Per un approfondimento sulle regole per accedere alla professione vigenti nei diversi ordinamenti nazionali, si veda poi B. Nascimbene (con la collaborazione di E. Bergamini), *op. cit.*

60 Final Report [Panteia – Maastricht University], *Evaluation of the Legal Framework for the Free Movement of Lawyers*, 28 novembre 2012, reperibile *online*, p. 5 ss.

61 *Ivi*, p. 12.

62 Si ricorda che, a giudizio della Corte di giustizia, anche gli avvocati "svolgono un'attività economica e, pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato [oggi articoli 101, 102 e 106 TFUE], senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione" (sentenza del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, *Raccolta*, p. I-1577 ss., punto 64). Per un commento, si veda A. Jones, *Regulating the Legal Profession: Article 81, the Public Interest and the ECJ's Judgment in* Wouters, in *European Business Law Review*, 2008, p. 1079 ss.

63 L. S. Rossi, S. Curzon, *What "Rule of Reason" for the EU Internal Market?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 302. Gli A. ritengono che questa tendenza sia ben illustrata, in particolare, dalle sentenze della Corte di giustizia del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV*, *Raccolta*, p. 5751 ss., e *Wouters.*

evidenziato, pur osservando che l'introduzione di requisiti non richiesti dalla normativa UE in materia di iscrizione alla sezione speciale, ostacolando l'accesso alla sezione, riduce il confronto concorrenziale a vantaggio dei professionisti già attivi nel mercato interessato, e pur riferendosi in materia di concorrenza ad un parametro forse eccessivamente severo, la sentenza *Wilson*, resa con riferimento alla diversa e più sensibile materia delle libertà fondamentali, sanziona solamente quelle misure suscettibili di un'applicazione generalizzata e per ciò stesso sproporzionate.

Ciò potrebbe significare che l'Autorità non escluda *a priori* la legittimità di misure restrittive della concorrenza adottate per realizzare obiettivi meritevoli di tutela, quali la protezione dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia, purché proporzionate e rispettose dei requisiti fissati dalla Corte. Le misure adottate dai COA per contrastare l'abuso potrebbero, quindi, sul piano della concorrenza, essere considerate legittime, se dotate delle caratteristiche richieste.

Del pari, sul diverso piano della restrizione alla libertà di stabilimento, non sembra da escludere una risposta affermativa da parte della Corte al rinvio presentato dal CNF, probabilmente attraverso l'utilizzo di quelle formule generiche e ampie di cui si discorreva in precedenza, che affermano la possibilità per le autorità nazionali di verificare se, nel caso concreto, si versi in una situazione di abuso. Non possono essere tralasciate, tuttavia, le problematiche emerse con riguardo all'applicazione della nozione del divieto dell'abuso al meccanismo congeniato dalla direttiva 98/5. Risulta difficile innanzitutto enucleare degli indici adeguati di abuso in questo frangente, tenuto conto del fatto che la Corte sembra escludere l'artificialità della condotta quando sia presente una qualche integrazione nel Paese ospitante con riguardo allo stabilimento delle persone fisiche e soprattutto quando sia presente una direttiva che contenga un meccanismo di tutela delle ragioni statali[64]. D'altra parte, sussistono notevoli difficoltà circa le modalità di acquisizione della prova della presenza dell'abuso nel caso concreto. A fronte di questa difficoltà, si può peraltro osservare che questo tipo di pratiche potrebbe trovare sanzione sotto altri profili, qualora siano organizzazioni commerciali a predisporre l'intero percorso per il singolo interessato[65].

In una prospettiva più generale, in ogni caso, la direzione seguita e auspicata dalle istituzioni dell'Unione, innanzitutto la Corte, sembra essere quella di proce-

[64] Si veda, ad esempio, la sentenza *Knoors*, in cui si afferma il principio secondo cui, dato il rigore delle disposizioni della direttiva applicabile, l'abuso deve essere escluso.

[65] In tal senso, ci si riferisce alla condanna nel 2011 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato dell'organizzazione commerciale CESD s.r.l. per pratiche commerciali scorrette ai sensi degli articoli 20, 21 e 22, co. 2, del codice del consumo (v. il provvedimento dell'AGCM conclusivo del procedimento istruttorio n. PS6355, del 23 marzo 2011, reperibile *online*). L'Autorità garante ha ritenuto di irrogare una sanzione amministrativa di centomila euro alla suddetta società, considerando i messaggi pubblicitari diffusi dalla stessa per promuovere i propri servizi idonei a "indurre in errore i consumatori in ordine al titolo che si consegue in Spagna per l'esercizio della professione forense e alle procedure previste per il riconoscimento dello stesso titolo per svolgere la professione di avvocato in Italia (…). In particolare, il professionista prospetterebbe con modalità ingannevoli la possibilità di acquisire, automaticamente, il titolo professionale di avvocato in Spagna, fornendo indicazioni inesatte, incomplete o non veritiere con riferimento alla procedura e alle condizioni previste dall'ordinamento italiano per l'esercizio della professione legale, da parte di soggetti in possesso di un titolo conseguito in un altro paese comunitario".

dere verso una piena liberalizzazione, attraverso una sempre maggiore semplificazione degli adempimenti necessari alla libera circolazione. Basti pensare alle recenti proposte di creazione di una carta d'identità del professionista che gli permetta di esercitare la professione in un altro Stato membro senza la necessità di presentare la certificazione richiesta e di istituzione di un dialogo tra autorità, tale per cui l'interessato sia sollevato da qualsiasi onere di prova[66].

In quest'ottica appare sempre più difficile, anche facendo valere il principio generale del divieto dell'abuso, legittimare un intervento di controllo dei COA che dovrebbe necessariamente atteggiarsi come un controllo pregnante, a meno che non si versi in un'ipotesi di vera e propria frode.

Abstract

The Case of *abogados* and the Uncertain Boundary between Abuse of Right and Legitimate Qualification Shopping with Reference to the Directive 98/5/EC

The article focuses on the intricate case of *abogados*, currently pending before the European Court of Justice. It deals with the most controversial topics with regard to the abuse of Union law in the context of the Directive 98/5. Assumed that the ECJ case-law identifies the distinction between qualification shopping and abuse of rights looking at the effective integration into the host Member State, the Author contemplates the difficulties in proving the existence of abuse in this case. The analysis comes to the conclusion that it appears more and more difficult to use the prohibition of abuse of rights as a legal ground for a significant home State control, except in the case of actual fraud, also because the ECJ in this field clearly privileges the intra-EU mobility.

[66] Queste proposte sono state, molto di recente, accolte dal legislatore europeo nella direttiva n. 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, recante modifica della direttiva 2005/36 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, *GUUE* L 354, 28 dicembre 2013, p. 132 ss. È prevista, infatti, l'introduzione di una "tessera professionale europea" quale strumento volto a semplificare il riconoscimento delle qualifiche professionali e a rendere più efficiente la procedura per chi intende esercitare una professione regolamentata in altri Stati membri.

Recensioni

Studi sull'integrazione europea, IX (2014), pp. 205-206

Sara De Vido

Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale. Profili di diritto internazionale e dell'Unione europea

Padova, Cedam, 2012, pp. XXVIII-452

Nel corso degli ultimi anni sono apparsi numerosi studi nella dottrina internazionalistica e del diritto europeo dedicati alle misure di contrasto al terrorismo internazionale adottate a livello internazionale, europeo e nazionale, spesso tra loro correlate (per una quadro di sintesi, si rinvia in particolare al capitolo secondo di questo volume). L'analisi e la riflessione scientifica è stata arricchita grazie al contributo offerto dalla notevole giurisprudenza di tribunali interni, europei e internazionali relativa, tra l'altro, ai profili di possibile attrito tra le misure di contrasto al terrorismo e la tutela dei diritti umani fondamentali.

Il volume di Sara De Vido si inserisce nel dibattito appena accennato e, aggiornato con dati riferiti alla fine del 2012, si pone quale analisi matura del fenomeno giuridico del finanziamento al terrorismo internazionale, offrendo soluzioni ponderate alla luce della prassi assai ampia, sviluppatasi in particolare dopo il 1999 – anno dell'adozione della Convenzione ONU contro il finanziamento del terrorismo e della risoluzione 1267 del Consiglio di sicurezza – e che ha conosciuto un rilevante rafforzamento a seguito dell'adozione della risoluzione 1373, approvata dallo stesso Consiglio a seguito degli eventi dell'11 settembre 2001 (p. 181 ss.).

Nell'affrontare la questione delle misure di contrasto del finanziamento al terrorismo, l'A. ha cura di segnalare subito il carattere preventivo di queste rispetto al diverso problema degli interventi successivi al verificarsi di un attacco terroristico. Inoltre, mette in luce l'autonomia del reato di finanziamento al terrorismo internazionale rispetto alla definizione stessa di terrorismo. Sotto tale profilo, l'analisi lega il finanziamento al terrorismo ad altri esempi di criminalità finanziaria internazionale, in particolare al riciclaggio, con il quale condivide alcuni elementi significativi (p. 35 ss.). La parte prima del volume, non a caso, si apre con un capitolo che esamina il finanziamento al terrorismo nel più ampio quadro dei reati finanziari transnazionali, e prosegue con il capitolo secondo, laddove sono messi in luce, ancora una volta,

i profili di autonomia rispetto alla nozione di terrorismo internazionale. L'A. conclude affermando come, considerata la prassi normativa e giudiziaria (inclusa quella italiana), il reato di finanziamento del terrorismo, in origine accessorio al terrorismo internazionale, abbia progressivamente acquisito autonomia e non sia legato al compimento (anche solo tentato) di un atto di terrorismo.

La parte prima si chiude con un capitolo, il terzo, che è forse il più interessante dell'intero volume, poiché mostra il ruolo decisivo che, al fine di elaborare misure efficaci di contrasto al fenomeno del finanziamento al terrorismo internazionale, ha svolto la Financial Action Task Force (FATF, GAFI nell'acronimo italiano), struttura informale di Stati creata nel 1989 su impulso del G7. Pur non dotata di poteri decisionali, ma solo di strumenti di *soft law*, la FATF ha svolto un ruolo significativo nell'indicare le misure da adottare nel contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale, che spesso si sono tradotte in atti di *hard law*, a livello internazionale, europeo e statale. Dall'analisi svolta emerge come, anche in questo ambito, strumenti di *soft law* riescano ad incidere in modo significativo, acquisendo un notevole valore e rilievo, quando supportati dal convinto sostegno dei principali soggetti internazionali. Tale risultato trova conferma nell'analisi che la De Vido svolge nel capitolo quarto – che apre la parte seconda del volume, sulla cooperazione internazionale nel contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale –, dedicato alla ricostruzione dell'obbligo di cooperazione in materia, che l'A. configura quale obbligo di natura consuetudinaria formatosi a partire dalla risoluzione 1373 del Consiglio di sicurezza (p. 262 ss.).

Meno innovativo, ma non per colpa dell'A., risulta il capitolo quinto, dedicato al rispetto dei diritti umani fondamentali nella cooperazione per il contrasto al terrorismo internazionale. Del resto, come in precedenza rilevato, si tratta di un tema ampiamente approfondito e rispetto al quale l'A. svolge comunque una ricostruzione precisa dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale a livello ONU, CEDU e UE, con alcune interessanti riflessioni di chiusura sul futuro del regime sanzionatorio delle *black lists* (p. 339 ss.).

L'ultima parte riprende e sintetizza i risultati raggiunti dall'indagine, fornendo anche un interessante raffronto tra la giurisprudenza UE e quella USA in merito a vicende simili di valutazione di misure antiterrorismo. Il volume è completato da un'ampia appendice bibliografica (in cui si nota peraltro qualche assenza con riferimento alla dottrina italiana) e da tre indici molto utili: accanto a quello analitico, infatti, troviamo un indice di atti e documenti e un altro di giurisprudenza internazionale, europea e interna.

In definitiva, la monografia di Sara De Vido si pone quale strumento di sicuro interesse per coloro che intendono approfondire la tematica delle misure di contrasto al terrorismo, di cui il finanziamento costituisce indubitabilmente uno dei maggiori e più complessi profili.

Ivan Ingravallo

Libri ricevuti

AA.VV., *Da Internet ai Social network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 197.

Ulrich Beck, *La crisi dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 128.

Susanna Cafaro (a cura di), *Le relazioni euro-mediterranee. Dai primi accordi all'Unione per il Mediterraneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. XV-364.

Ida Caracciolo, Francesca Graziani, *Il caso dell'*Enrica Lexie *alla luce del diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 59.

Domenico Damascelli, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. XVI-157.

Daniele Gallo, Luca Paladini, Pietro Pustorino (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2014, pp. XXXIV-558.

Pietro Gargiulo (a cura di), *La Turchia come attore globale e regionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 182.

Italo Garzia, Luciano Monzali, Federico Imperato (a cura di), *Aldo Moro, l'Italia repubblicana e i popoli del Mediterraneo*, Nardò, BESA, 2013, pp. 594.

Italian Yearbook of Human Rights 2013, Brussels, Peter Lang, 2013, pp. 405.

Lina Panella (a cura di), *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 482.

Maurizio Maresca, *L'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di infrastrutture e trasporto*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. XIV-218.

Luca Micheletta, Andrea Ungari (edd.), *L'Italia e la guerra di Libia cent'anni dopo*, Roma, Edizioni Studium, 2013, pp. 490.

Riccardo Pavoni, *Interesse pubblico e diritti individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. XII-202.

Illa Sabbateli (a cura di), *Banche ed etica*, Padova, Cedam, 2013, pp. XVII-247.

Cristina Schepisi (a cura di), *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. IX-287.

The Italian Yearbook of International Law, *XXII, 2012*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, pp. XVII-539.

Antonio Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, II ed., pp. XXXIV-2688.

Enzamaria Tramontana, *Organizzazioni non governative e ordinamento internazionale*, Padova, Cedam, 2013, pp. XXII-344.

Anna Lucia Valvo, *Diritti umani e realtà virtuale. Normativa europea e internazionale*, s.l., Amon, 2013, pp. XII-279.

Michele Vellano, *La cooperazione regionale nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. XX-279.

Grazia Vitale, *Principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. VII-149.

Indice degli autori

Ennio Triggiani
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Giovanni Cellamare
ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Fabio Bassan
associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma Tre

Claudio Di Turi
associato di Diritto internazionale nell'Università della Calabria

Micaela Lottini
ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Roma Tre

Egeria Nalin
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Federico Straziota
dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Francesca Capotorti
dottoranda in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica

Ha tuttora un significato l'idea di un'Europa unita? In un momento di crisi economica generalizzato, sembrano vacillare le fondamenta stesse del progetto di solidarietà e collaborazione alla base del disegno di unificazione continentale.

La risposta è sì, a condizione però di tornare all'Europa della gente.

C'è ancora un'Europa possibile, quella dei popoli, delle libertà e della pace, non l'attuale, sotto il tallone della finanza internazionale. Un'Europa avvilita da una congiuntura che sembra interminabile, mentre il dirigismo della Banca Comune Europea impone sacrifici a tutti i Paesi, sforzi dei quali i cittadini stentano a riconoscere gli obiettivi.

L'idea europea ha tuttora un futuro, ma deve tornare al sogno originario, quello di una grande unione, fondata sulla coesione sociale e civile. Occorre quanto prima rinsaldare un nuovo patto tra le Istituzioni e i cittadini, per sostituire al rigore dell'Europa dell'economia un rinnovato fervore per l'Europa della politica.

Dobbiamo riprendere a tracciare i lineamenti di un continente nel quale i cittadini di ogni area, anche la più remota, possano riconoscersi coprotagonisti di una vicende comuni importanti. È la storia dei Paesi d'Europa, eredi delle generazioni che hanno lottato per il progresso del Vecchio Continente, un cammino che ha dato vita allo stato sociale, ha garantito i diritti dei lavoratori, ha fatto nascere un welfare avanzato.

È questa l'Europa dalla quale ripartire, riprendendo il sogno di Ventotene, quello di intere generazioni, ora tenuto in ostaggio dai mercati finanziari.

Anche per le Regioni il futuro è in una logica di coesione. Unirsi, rafforzarsi, fare sistema.

Davanti alle realtà locali dei Paesi dell'Unione sarebbe corretto riproporre una strategia di cooperazione territoriale ad ampio raggio. Siamo proiettati verso le macroaree, per resistere alla concorrenza internazionale e aiutare la crescita dei territori.

Il Consiglio regionale crede in questa programmazione strategica, la considera un'opportunità straordinaria per la Puglia e ne segue gli sviluppi. Auspicando per le realtà territoriali un processo di integrazione transnazionale, puntiamo ad un'aggregazione ampia e partecipata, forte della spinta alla crescita che può venire dalla valorizzazione delle diversità culturali, storiche e religiose.

Una regione è tanto più forte quanto più riesce a mettere insieme: dalle potenzialità turistiche di un Salento in pieno boom alle attrattive del Gargano, dal polo agroalimentare dauno a quelli industriali barese, brindisino e tarantino. Tutti insieme, con i loro moderni aeroporti e con i sistemi portuali integrati fanno della Puglia la piattaforma avanzata dell'Europa nel Mediterraneo.

Sommando potenzialità diverse su una scala tanto più ampia come quella della macro area adriatica e ionica, non si può che concludere a favore di una scelta di unione, che possa coagulare aree omogenee.

Tante piccole Europa nella grande Europa, ma una sola identità delle genti, quella di cittadini del continente più antico e allo stesso tempo più moderno del mondo.

Onofrio Introna
Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

TECA DEL MEDITERRANEO

"La conoscenza accresce le capacità" è il motto di Teca del Mediterraneo, la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell'Unione Europea.

Il patrimonio biblio-documentale, specializzato in amm.ne pubblica, diritto, economia, management, sociologia, autonomie locali, di Teca è valorizzato, altresì, da cinque bollettini elettronici con funzionalità ipertestuali online *Bits&NPM, Noprofit, Regio e Terminus,* veri e propri dossier tematici con l'intento di avvicinare l'utente ad una informazione ragionata, oggetto della sua ricerca, e completa di tutte le fonti bibliografiche. Le webzine sono registrate presso il Tribunale di Bari.

Teca del Mediterraneo è una Biblioteca web 2.0 per promuovere la partecipazione attiva degli utenti attraverso i social network. Dal 2010 ha una pagina Facebook, per essere aggiornati sugli eventi, novità editoriali, iniziative e nuovi acquisti; attraverso il canale video su Youtube è possibile visionare tutti i servizi video e le messe in onda tv degli eventi. L'ultima frontiera web 2.0, è arrivata nel 2011 con Twitter (@ TecaMediterrane), il social network che permette al mondo dei tweeter di ricevere news e aggiornamenti: dalle iniziative culturali agli orari degli sportelli, ai comunicati stampa.

Teca del Mediterraneo offre, attraverso la Sezione Multiculturale, attività di base rivolte all'accoglienza degli utenti stranieri. La sezione aggiorna periodicamente il fondo bibliografico raccolto nello Scaffale Multiculturale e lo promuove con iniziative compartecipate.

Teca organizza un appuntamento annuale di confronto con bibliotecari e ricercatori allo scopo di riflettere sui fattori culturali, artistici, intellettuali, sociali ed economici che portano le biblioteche, successivamente, ad intervenire nella società. Teca del Mediterraneo è inoltre impegnata nella realizzazione di progetti di cooperazione internazionale.

Cofinanziato dall'UE

La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

CACUCCI EDITORE
BARI

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
http://www.cacucci.it e-mail: info@cacucci.it

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA

COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)

INDIRIZZO N. CIVICO

CAP LOCALITÀ PROV.

P.IVA (SE NECESSITA FATTURA) CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)

TEL. FAX

INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)

COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)

INDIRIZZO N. CIVICO

CAP LOCALITÀ PROV.

ABBONAMENTI

ITALIA	ESTERO
❏ abbonamento annuale 2014	❏ abbonamento annuale 2014
€ 80,00	€ 120,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea · anno 2014).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA FIRMA

Ragusa Grafica Moderna Srl – Bari

Leonardo Quesi (seconda metà sec. XVII), attribuito
Ratto d'Europa (particolare) – quadro a fili incollati di sete policrome, fili d'argento, raso di seta dipinto a tempera, cartone, cera, cm 53 x 80 – Scorrano (Lecce), collezione privata

Il rapimento della bella Europa, figlia di Agenore re di Tiro, da parte di Giove presentatosi nelle sembianze di un inoffensivo toro incline ad assecondare gli ingenui giochi di un gruppo di fanciulle, è qui messo in scena attraverso la rara tecnica della *broderie à fils collés*, un procedimento artistico che ebbe grande sviluppo in Italia a cominciare dalla seconda metà del XVII secolo, in particolare nel leccese e a Napoli, diffondendosi anche in Francia e in Spagna, per poi cessare del tutto nel corso dell'Ottocento. Non si tratta di un ricamo, come a prima vista potrebbe apparire, dato che non è previsto l'uso dell'ago o di un attrezzo simile che trapunga il tessuto, bensì di una tecnica specifica, che in origine ebbe come fine quello di riutilizzare in maniera economica, ma d'effetto, materiali vari avanzati (fili di seta di vario colore, pezzettini di stoffa, altro). Il supporto utilizzato è un cartoncino, sul quale si tracciava il disegno preparatorio. In una seconda fase su di esso veniva steso un sottile strato di cera vergine d'api, incolore, che veniva riscaldato a zone, prevedendo la quantità di lavoro che sarebbe stata realizzata. Si procedeva quindi, nelle zone via via scaldate, a stendere, secondo percorsi lineari ma anche molto complessi, fili di seta di varie tonalità, seguendo il disegno e completando quindi la composizione della scena. Gli incarnati erano realizzati mediante l'applicazione di pezzettini sagomati di seta dipinta. Non è escluso che per guidare il filo sulla superficie si usasse un qualche attrezzo, anche l'ago, ma comunque esso non trapassa mai il supporto, sì da differenziarsi nettamente dalla normale tecnica ricamatoria.

Nel suo quadretto il Quesi coglie il momento quasi arcadico in cui Europa, seduta sul toro accovacciato e inghirlandato, gli tiene dolcemente una mano sulla testa, quasi a proteggerlo, mentre le sue compagne, disposte in vari atteggiamenti intorno all'animale, arrecano corone di fiori.

È quasi certo che Leonardo Quesi non sia l'*inventor* della scena, ambientata in un leggiadro paesaggio marino e con una composizione piuttosto ricca, quanto piuttosto il traduttore, in una tecnica inusuale, di una composizione altrui. L'autore del dipinto da cui trae spunto il quadretto non è peraltro stato identificato, ma probabilmente va ricercato nell'ambito della pittura del Seicento romano.

Quanto al Quesi, egli fu certamente nativo di Lecce, come si deduce dalla firma apposta su un quadro a fili incollati del Museo di San Martino di Napoli, datato 1699, in cui si definisce *Licyens(sis)*. Eccezionale artigiano nella *broderie à fils collés*, egli risulta attivo a Lecce anche come maestro di cembalo.

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. 1/2014, sono le seguenti:
· Abbonamento Italia € 80,00
· Abbonamento per l'estero € 120,00
· Fascicolo € 28,00
La sottoscrizione dell'abbonamento 2014, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.
Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea · anno 2014).

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA
diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

1. Ugo Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*[3], 2013.
2. Piero Pennetta (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena Falletti e Valeria Piccone (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana Palladino, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco Cherubini, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita Del Coco e Emanuela Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, 2013.

ISBN 978-88-6611-353-9
9 788866 113539

€ 28,00