

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2009 | anno IV

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2009 | anno IV

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI



Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2009 | anno IV

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato di redazione

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

Direzione e Redazione

c/o **Cacucci Editore** – **Via Nicolai, 39** – **70122 BARI** – **Tel. 080.5214220**

<http://www.cacucci.it> e-mail: **studiinteuropea@cacucci.it**

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

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2009 Cacucci Editore – Bari

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

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

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

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

Sommario



Giovanni Maria FLICK Considerazioni finali alla relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008	311
ARTICOLI	
Paolo FOIS Obblighi e poteri degli Stati membri nell'Unione europea	325
Mario SARCINELLI UEM ed Euro: i successi del passato e le sfide del futuro	341
Giuseppe TESAURO Il contributo di Antonio La Pergola all'affermazione e allo sviluppo del diritto comunitario	361
Ricardo Sebastián PIANA <i>¿UNASUR u otro intento fallido? Sobre las políticas de (no) integración en Sudamérica</i>	369
Giandonato CAGGIANO Il ruolo dei giudici comunitari nell'evoluzione del diritto della concorrenza	389
Marina COMEI Dalle politiche industriali in ambito comunitario alla costruzione di una economia imprenditoriale in Europa	415
Patrizia DE PASQUALE Il "terzo pilastro" dell'Unione europea tra buona fede e leale collaborazione	431
Ilaria OTTAVIANO Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia	451

NOTE E COMMENTI

Emanuela PISTOIA Fino a dove si può spingere il diritto comunitario nell'ambito dell'Unione. Un commento alla sentenza <i>ECOWAS</i> alla luce dei precedenti	481
Valeria CAPUANO Responsabilità extracontrattuale della Comunità per errata valutazione di una concentrazione da parte della Commissione: il caso <i>MyTravel</i>	501

RECENSIONI

Giandonato CAGGIANO, <i>La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo</i> , Torino, Giappichelli, 2008 (F. Munari)	515
Francesco GABRIELE, <i>Europa: la "Costituzione" abbandonata</i> , Bari, Cacucci, 2008 (E. Triggiani)	518
Emanuela PISTOIA, <i>Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008 (F. Cherubini)	521
Libri ricevuti	525
Elenco delle abbreviazioni	527
Indice degli autori	529

Summary



Giovanni Maria FLICK Final Considerations on the 2008 Constitutional Law Report	311
ARTICLES	
Paolo FOIS Duties and Powers of Member States in the EU	325
Mario SARCINELLI EMU and the Euro: Past Successes and Future Challenges	341
Giuseppe TESAURO Antonio La Pergola's Contribution to the Development of Community Law	361
Ricardo Sebastián PIANA UNASUR or another Failed Attempt? On the Policies of (non) Integration in South America	369
Giandonato CAGGIANO The Role of Community Courts in Preliminary Rulings and Judicial Review in the EC Competition Law	389
Marina COMEI From the Industrial Politics in the Community Field to the Creation of a more Entrepreneurial Economy in Europe	415
Patrizia DE PASQUALE The Third Pillar of the European Union between Good Faith and Sincere Cooperation	431
Ilaria OTTAVIANO Some Remarks on the Recent Evolution of the Preliminary Ruling Procedure to the European Court of Justice: Towards a Uniform Regime in the Area of Freedom, Security and Justice	451

NOTES AND COMMENTS

Emanuela PISTOIA The Boundary of EC Law within the Union. A Comment to the <i>ECOWAS</i> Judgement as Compared with Its Precedents	481
Valeria CAPUANO Non-Contractual Liability of the European Communities in Merger Cases: The <i>My Travel</i> Judgement	501

BOOK REVIEWS

Giandonato CAGGIANO, <i>La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo</i> , Torino, Giappichelli, 2008 (F. Munari)	515
Francesco GABRIELE, <i>Europa: la “Costituzione” abbandonata</i> , Bari, Cacucci, 2008 (E. Triggiani)	518
Emanuela PISTOIA, <i>Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell’Unione europea e diritto statale</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008 (F. Cherubini)	521
Books received	525
Table of abbreviations	527
List of contributors	529

Giovanni Maria Flick

Considerazioni finali alla relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008*

Signor Presidente della Repubblica, Signor Presidente del Senato, Signor Presidente della Camera dei Deputati, Signor Presidente del Consiglio, Autorità, Colleghi,

Enrico De Nicola, nella udienza inaugurale di questa Corte del 23 aprile 1956, rilevò, “con amara constatazione, che la nostra Costituzione è poco conosciuta anche da coloro i quali ne parlano con aria altezzosa di saccenti. Essa dovrebbe essere più divulgata tra tutti gli italiani: vi provveda chi ne ha facoltà e senza indugio, perché ‘troppo tardi’ sono due parole funeste non solo per i singoli ma anche per i popoli”. A sua volta, nel concludere in questo Palazzo la celebrazione del 60° anniversario della Costituzione della Repubblica italiana, il 29 febbraio 2008, Leopoldo Elia ha ricordato come – grazie, anche, ad una serie di trasformazioni normative, sociali e politiche intervenute nel corso degli anni ed attraverso l’opera di costante adeguamento realizzata dalla giurisprudenza di questa Corte – la Costituzione repubblicana abbia “dimostrato di possedere prudente elasticità e attitudine a ‘comprendere’ con i suoi principi, fenomeni non prevedibili dai costituenti: e tutto ciò senza perdere di significanza”.

Le parole di questi due protagonisti della nostra storia costituzionale ed istituzionale sembrano quasi tracciare l’*incipit*, la perdurante validità e l’evolversi della Carta fondamentale e della “sua” Corte. Da un lato, appare sterile continuare ad interrogarsi, quasi a cadenze fisse, sulla attualità della Costituzione – con il conseguente corollario di polemiche tra quanti auspicano una “riscrittura” della Carta e quanti ritengono invece sufficiente la sua “rilettura” – ove si consideri lo spirito “evolutivo” che, assai opportunamente, i Padri costituenti impressero nei suoi principi fondamentali. Da un altro lato, si registra un diffuso disinteresse, se non addirittura un’ignoranza, per ciò che rappresenta “oggi” la Costituzione della Repubblica e per cosa essa significhi nel sistema delle “regole”, nazionali e sovranazionali. Soltanto “conoscendo” è possibile maturare una consapevole opinione; e solo attraverso una opinione consapevole può determinarsi, attorno ad una determinata norma, principio o disposizione, quella

* Corte costituzionale, udienza straordinaria del 28 gennaio 2009.

generale condivisione per il diritto come valore che va al di là del “rango” della fonte che lo ha espresso.

La sensibilità verso la “storia” della nostra Costituzione e verso l’evolversi della giurisprudenza costituzionale continua a far registrare preoccupanti lacune: quasi si trattasse di tematiche riservate a pochi “addetti ai lavori” o intrise di tecnicismo tale da essere, per i più, sfuggenti o addirittura arcane. La verità è ben diversa: chiunque è in grado di comprendere il significato profondo di ciascuno dei diritti fondamentali enunciati nella prima parte della Costituzione; ma non a tutti è stato fornito un adeguato patrimonio conoscitivo per apprezzare se quei diritti siano stati in concreto realizzati o se, al contrario, qualche frammento di essi sia tuttora inattuato.

Parlo, evidentemente, non soltanto di informazione – il più delle volte adeguatamente soddisfatta dai professionisti del settore – ma, soprattutto, di “formazione”: solo creando una “cultura” della Costituzione è possibile far sì che la Carta – e lo spirito che essa esprime – diano vita a quello che è stato efficacemente definito il “diritto costituzionale vivente”. Allo stesso modo, solo una “cultura” dei diritti e delle libertà fondamentali – ormai da collocare in una dimensione quantomeno europea – può radicare sia la consapevolezza dei riflessi solidaristici che da essi derivano, sia la possibilità di estrapolare “nuove” categorie di valori, in grado di preservare i “nuovi” bisogni che la società civile incessantemente propone; e di individuare, infine, la portata che in tale cornice assume il tema dell’abuso del diritto.

Peraltro, le esperienze maturate dalla Corte durante l’anno appena trascorso e le linee di tendenza che da esse mi sembra possibile desumere, inducono riflessioni orientate a un cauto ottimismo.

*

Un primo dato, senz’altro positivo, riguarda la diminuzione del numero dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, la maggior parte dei quali – come è noto – concentrati sull’immunità riconosciuta ai parlamentari dall’art. 68, 1° co., Cost. In un passato per fortuna non più recentissimo, il contenzioso costituzionale si era a tal punto diffuso, da far correre alla Corte il rischio di trasformarsi in una sorta di improprio giudice “del fatto”; senza apporti di particolare significato alla giurisprudenza, ormai consolidata, sul tema della insindacabilità delle opinioni espresse *extra moenia* dai membri del Parlamento nazionale o delle assemblee regionali.

A questo riguardo, parrebbe ormai superata la fase delle più acute tensioni tra le Assemblee rappresentative e l’autorità giudiziaria, chiamata a celebrare giudizi in sede civile o penale su opinioni manifestate in varie sedi dai loro componenti. Sono diverse, a mio avviso, le concause che hanno determinato questo nuovo corso.

Da un lato, mi sembra giusto richiamare il contributo offerto dalla giurisprudenza di questa Corte, per bilanciare esigenze e garanzie contrapposte, non di rado prospettate dalle parti antagoniste in termini totalmente inconciliabili.

Dall'altro lato – anche per effetto dei “paletti” introdotti da tale giurisprudenza – va registrata una più meditata valutazione dei limiti entro i quali deve operare la garanzia della insindacabilità: limiti – desidero ricordare – sui quali in alcune occasioni si è espressa con particolare incisività anche la Corte europea dei diritti dell'uomo. D'altra parte, è significativa la circostanza che tanto i giudici quanto il Parlamento abbiano dimostrato – in una delicata materia di confine – un apprezzabile *self restraint* delle proprie prerogative costituzionali, dando vita ad un circuito virtuoso di leale collaborazione nei rapporti tra poteri dello Stato.

Un terzo ed ultimo elemento ha utilmente contribuito a ricondurre i conflitti di cui stiamo trattando entro un margine di “fisiologica patologia” (perché tale deve considerarsi, nella prospettiva della Costituzione, qualunque conflitto tra poteri dello Stato): la legge 20 giugno 2003, n. 140, recante, appunto, disposizioni di attuazione dell'art. 68 della Costituzione. La legge, ormai plasmata da una prolungata prassi applicativa e da un'approfondita elaborazione giurisprudenziale, sembra aver ricomposto dubbi e problematiche che in passato avevano contribuito non poco a generare un contenzioso negativo per la stessa immagine delle istituzioni coinvolte.

*

Il tema dei conflitti tra politica e magistratura, tuttavia, non si risolve soltanto nell'ormai numericamente circoscritto ambito dei contrasti sulla applicazione dell'art. 68 della Costituzione. Un certo stato di tensione tra il potere chiamato ad esercitare la funzione legislativa e l'ordine giudiziario chiamato ad applicare le leggi è, per certi aspetti, un dato fisiologico ed ineludibile in qualsiasi democrazia moderna. La complessità dei fenomeni normativi, la pluralità delle fonti e le esigenze, sempre mutevoli, di una società in perenne evoluzione, finiscono per collocare su un crinale talvolta “concorrenziale” la legge positiva e la norma “vivente”. Da qui, i non rari casi di conflitti che il Parlamento o il Governo sollevano nei confronti dell'autorità giudiziaria e viceversa, su temi spesso di estrema rilevanza, quali il segreto di Stato o il diritto alla vita.

Alludo, in particolare, al noto conflitto che le Camere hanno promosso nello scorso anno nei confronti della Corte suprema di cassazione, in riferimento alla drammatica vicenda della famiglia Englaro. Questa Corte, come è a tutti noto, ha risolto il conflitto già in sede di ammissibilità, in base ai consolidati principi della sua giurisprudenza: una soluzione, dunque, che apparentemente ha negato alla radice l'assunto delle Camere di aver subito una lesione della propria funzione da un provvedimento giurisdizionale contestato nel merito e per la sua “creatività”. La risposta della Corte è stata – come sempre – una risposta tecnica: nella specie, infatti, non sono stati ritenuti sussistenti i presupposti “oggettivi” del conflitto, giacché le Camere ricorrenti, più che censurare il modo di esercizio della giurisdizione, ne avevano stigmatizzato il contenuto.

Ho parlato di risposta “tecnica”: ma vorrei essere chiaro sul punto, per evitare fraintendimenti. La Corte costituzionale – dico una ovvietà, ma alcune

polemiche mi inducono a ribadirlo – è essa stessa un giudice, seppur particolare: come tale è (per prima) soggetta (soltanto) alla legge, innanzitutto costituzionale, secondo quanto affermato sin dalla sua prima fondamentale e storica sentenza (la n. 1 del 1956). Ciò significa, evidentemente, che in un processo di parti – quale è il processo per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato – alla Corte non è consentito discostarsi dal tema che le è stato devoluto e dal suo specifico oggetto.

La materia su cui si era innestato il conflitto è di altissimo risalto e tono costituzionale: coinvolge temi come le scelte di autodeterminazione in ordine al diritto alla vita e alla salute, e il consenso ai trattamenti sanitari; la definizione di questi ultimi; le modalità attraverso le quali quel consenso può trovare espressione, nei casi in cui il portatore di tali diritti versi in stato di incapacità, magari irreversibile, ed altri aspetti ancora. La Corte, tuttavia, non ha potuto svolgere alcuna considerazione al riguardo: non per sua scelta elusiva, ma proprio perché “costretta” a circoscrivere il proprio sindacato negli angusti confini “tecnici” di cui ho detto. In altra occasione invece (con la sentenza n. 438) la Corte ha ritenuto che il consenso informato al trattamento sanitario costituisce un principio fondamentale: ciò in quanto è espressione della sintesi di due diritti entrambi fondamentali, quello all’autodeterminazione e quello alla salute.

L’auspicio è, ovviamente, che simili tematiche, proprio perché coesenziali alla visione dei diritti fondamentali, non restino aspetti solo incidentalmente sfiorati dalla Corte – a seguito della “rapsodica” investitura che le può derivare da qualche conflitto o questione di legittimità – ma formino oggetto di chiare opzioni legislative: perché solo con la legge può raggiungersi un ponderato equilibrio dei valori in gioco, soprattutto di fronte alla “esplosione” dei nuovi diritti determinata, in particolare, dalle incessanti conquiste della scienza e della tecnica. Allo stesso modo, solo la enunciazione di un preciso dettato normativo è in grado di circoscrivere l’impiego di un “diritto giurisprudenziale” che altrimenti, secondo alcuni, correrebbe il rischio di spingersi oltre il limite dell’interpretazione; ma che al tempo stesso si giustifica in qualche modo con l’esigenza – fortemente avvertita dalla collettività – di non lasciare aree dell’ordinamento (specie se particolarmente “sensibili”) prive di garanzia e tutela giurisdizionale.

*

Altro tema di particolare risalto – strettamente connesso a quello dei vuoti, presunti o reali, che l’ordinamento presenta rispetto a problematiche difficilmente componibili sul piano ermeneutico – scaturisce dalla esigenza, tutta nuova, di conformare il sistema delle fonti interne a quello derivante dagli obblighi internazionali o sovranazionali.

Già nel 2007, infatti, la Corte ebbe modo di puntualizzare, in due importanti sentenze (n. 348 e n. 349), come l’incidenza della Convenzione europea dei diritti dell’uomo debba, oggi, essere riconsiderata alla luce del nuovo art. 117, 1° co., Cost. Quest’ultimo condiziona l’esercizio della potestà legislativa dello

Stato e delle Regioni al rispetto, fra l'altro, degli obblighi internazionali, tra i quali rientrano, appunto, quelli derivanti dalla Convenzione.

Anche sulla base della Convenzione, quindi, è possibile prospettare questioni di legittimità costituzionale di disposizioni legislative interne, evocando, come parametro di riferimento, proprio l'art. 117. Accanto a ciò, si è altresì osservato che, rispetto agli altri trattati internazionali, la Convenzione europea ha previsto la competenza di un organo giurisdizionale – la Corte europea dei diritti dell'uomo – con il compito di interpretare le norme della Convenzione stessa: con la conseguenza che, tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la ratifica, deve annoverarsi quello di “adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione”.

La Corte europea dei diritti dell'uomo assume, dunque, connotazioni del tutto peculiari: non soltanto sul versante della “riserva”, ad essa attribuita, di procedere alla lettura “autentica” dei principi sanciti nella Convenzione; ma, anche – e, forse, soprattutto – sul versante dell'attuazione di quei principi, in riferimento alle pretese loro violazioni che, in singole vicende, possono essere state commesse dagli Stati aderenti alla Convenzione stessa. Ebbene, proprio rispetto alla esecuzione dei giudicati che scaturiscono dalle pronunce della Corte europea, si assiste ad un perdurante silenzio legislativo, malgrado la riscontrata carenza di uno strumento normativo idoneo all'attuazione interna di quelle pronunce: specie nei casi in cui non si tratti “semplicemente” di un indennizzo economico a favore di coloro che abbiano visto compromessi i propri diritti, ma occorranza rimedi specifici – suscettibili di nascere solo dalla scelta del legislatore – che realizzino un effetto integralmente restitutorio del diritto leso.

È questa la problematica affrontata nella sentenza n. 129, concernente l'art. 630, 1° co., lett. a), c.p.p., censurato nella parte in cui non prevede, fra i casi di revisione, l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza di condanna con la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione. La questione è nata, appunto, dalla mancanza, nel nostro ordinamento, di un rimedio rivolto ad attuare l'obbligo dello Stato di conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, a norma dell'art. 46 della stessa Convenzione.

La Corte – pur dichiarando non fondata tale questione, nei termini in cui era stata proposta – ha sottolineato la improrogabile necessità di misure atte a riparare le conseguenze della violazione della Convenzione in tema di “processo equo”; tenendo conto delle numerose risoluzioni e raccomandazioni con le quali il Comitato dei ministri e l'Assemblea del Consiglio d'Europa hanno ripetutamente stigmatizzato l'inerzia dello Stato italiano sul punto.

Da qui il “pressante invito”, che la Corte ha ritenuto di dover rivolgere al legislatore, “ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art.

6 della CEDU”. Monito – quello di cui ho adesso fatto cenno – rimasto a tutt’oggi inascoltato: con intuibili effetti negativi sia per l’immagine del nostro Paese, sia per gli epiloghi del processo reputato “iniquo”.

Le Carte e le Corti – mi si passi il bisticcio di parole – danno quindi vita ad un sistema “multilivello”: con possibili (e forse inevitabili) aree di frizione tra le diverse fonti (regionali, nazionali, internazionali, sovranazionali e comunitarie) e le ancor più variegate “giurisdizioni”, che non è sempre agevole comporre in un quadro coordinato. Tutto ciò – com’era inevitabile – ha finito per coinvolgere la stessa Corte costituzionale.

Reputo, infatti, di portata davvero storica la decisione che la Corte – chiamata a decidere su una questione di legittimità costituzionale proposta in via principale – ha ritenuto di assumere in occasione della sentenza n. 102. Innovando l’orientamento consolidato si è ritenuto, ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE, di disporre per la prima volta (con la separata ordinanza n. 103) il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE di alcune questioni relative all’interpretazione di norme del Trattato: e ciò “al fine di evitare – ha puntualizzato la Corte – il pericolo di contrasti ermeneutici tra la giurisdizione comunitaria e quella costituzionale nazionale, che non giovano alla certezza e all’uniforme applicazione del diritto comunitario”.

Come, dunque, la potestà legislativa statale e regionale deve conformarsi ai “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario”, a norma dell’art. 117, 1° co., Cost., così il “giudice” della interpretazione del Trattato CE finisce per assumere un ruolo di “nomofilachia esclusiva” anche rispetto alla Corte costituzionale. Quest’ultima, infatti, è chiamata a sospendere la *quaestio* di legittimità costituzionale che le viene devoluta, ove essa coinvolga tematiche che impongano l’attivazione della cosiddetta pregiudiziale comunitaria.

*

Il problema del rapporto tra le fonti e del loro controllo sul piano costituzionale resta, però, questione aperta. Infatti, accanto alla già segnalata pluralità dei “livelli” che caratterizzano i diversi atti di produzione normativa, il relativo scrutinio di costituzionalità può, in concreto, essere reso ancor più arduo ove di quel particolare veicolo di normazione venga fatto un uso per così dire improprio, come talora è accaduto.

Sul punto, la Corte – sottolineato che “la funzione legislativa, anche regionale, può essere condizionata solo con disposizioni che traggono direttamente la loro origine dalla Costituzione” (sentenza n. 241) – ha ritenuto di mantenere ferma una linea improntata a criteri di doverosa rigorosità. Ciò nella consapevolezza che – al di là delle contingenze, più o meno occasionali – i veicoli legislativi tracciati dalla Carta fondamentale sono chiari nei loro presupposti e non plasmabili in funzione di scelte politiche. Queste ultime, quand’anche in sé del tutto plausibili – e quale che sia, ovviamente, il governo in carica in un determinato momento – non possono modificare, in concreto, le attribuzioni ed i poteri

“distribuiti” dal Costituente fra gli organi cui è conferito il *munus* di adottare atti aventi forza di legge.

Intendo riferirmi al delicato problema della sindacabilità dei decreti-legge per evidente carenza dei presupposti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77, 2° co., Cost. La Corte, nella sentenza n. 128, ha fatto applicazione di quanto già detto in precedenti pronunce: e cioè che “la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l’urgenza di provvedere tramite l’utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell’adozione del predetto atto, di modo che l’eventuale mancanza di quel presupposto configura in primo luogo un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge che risulti adottato al di fuori dell’ambito applicativo costituzionalmente previsto”. Ma la Corte ha aggiunto che il difetto dei presupposti – il quale deve risultare “evidente”, in sede di scrutinio di costituzionalità – una volta intervenuta la legge di conversione si traduce in un vizio *in procedendo* di quest’ultima; essa non può avere, perciò, efficacia sanante di tale difetto.

In caso contrario – ha osservato la Corte – si attribuirebbe, in concreto, al legislatore ordinario “il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie”. Si tratta non già di un mero rigorismo formale, dettato da un ossequio “cieco” al testo costituzionale, bensì di una precisa linea di rispetto della *ratio* sostanziale che ha sostenuto la scelta del legislatore costituente: quella di attribuire al Governo un potere legislativo del tutto eccezionale, assoggettato alla conversione dell’atto normativo in legge. La conversione è necessaria per impedire la decadenza del decreto; ma, evidentemente, non può fungere da impropria (e costituzionalmente eccentrica) sanatoria, nelle ipotesi in cui risultino palesemente carenti i presupposti per l’esercizio di quel potere. È ben vero che gli ordinari tempi di trattazione delle iniziative legislative possono non risultare in linea con gli obiettivi di priorità del Governo. Ma è altrettanto evidente che soltanto le forze politiche in Parlamento possono elaborare – attraverso correttivi regolamentari – meccanismi destinati ad accelerare l’*iter* di formazione delle leggi.

Analoga linea di rigorosa verifica della legittimità dell’*agere* normativo del Governo ha guidato gli interventi operati dalla Corte in tema di eccesso di delega legislativa. Nell’anno appena trascorso, in effetti, la Corte ha censurato più volte – con le sentenze n. 44, n. 71 e n. 112 – l’uso dello strumento del decreto legislativo, per esorbitanza della legge delegata rispetto all’“oggetto” definito nell’atto delegante. Questa tematica presenta – come è ovvio – profili di particolare delicatezza: non soltanto per gli effetti di ricaduta che possono scaturire dalle sentenze costituzionali in un settore della legislazione ormai divenuto di enorme rilievo, sia qualitativo che quantitativo (basti pensare al diritto comunitario); ma altresì, e prima ancora, per i margini di obiettiva opinabilità che non di rado presenta il sindacato di conformità della norma delegata ai principi e criteri direttivi enunciati nella norma delegante.

Se dovessi individuare una linea di tendenza nella più recente giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra le varie fonti di normazione, direi che al dato “formale” – il rispetto dei rapporti istituzionali tra gli organi dotati di potere legislativo – si sia venuto gradualmente ad affiancare un elemento nuovo e di sapore tipicamente “sostanziale”. Sembra cioè emergere la consapevolezza che la perturbazione dell’ordine di riparto costituzionale fra le diverse fonti assume uno specifico risalto anche sul piano dei valori che il riparto stesso è chiamato ad esprimere. La originaria scelta del Costituente di assegnare al Parlamento – in quanto organo di rappresentanza della sovranità popolare – un ruolo centrale nelle procedure legislative, va dunque “riletta” anche in una chiave per così dire funzionalistica, finalizzata alla tutela dei diritti dei consociati.

Di ciò costituisce conferma, sotto un diverso aspetto, la sentenza n. 271. In essa si è affermato che “sostituire con un atto legislativo quanto può essere realizzato dalla regione mediante un atto amministrativo” – in violazione di ciò che è previsto dal legislatore statale – incide negativamente anche sul piano dei diritti dei soggetti direttamente interessati. E ciò perché ne risulta frustrata la “possibilità di ricorrere agli ordinari strumenti di tutela giurisdizionale” davanti al giudice amministrativo.

*

I problemi della pluralità delle fonti di normazione e dei rapporti fra loro, un tempo venivano risolti all’interno di un assetto più semplice e sulla base di una rigida (e statica) relazione di mera “gerarchia”. Oggi quei problemi presentano un complesso reticolo di interazioni che possono raggiungere stati di tensione, specie in settori particolarmente sensibili alle dinamiche sociali. Fonti internazionali, comunitarie, statali e regionali possono, infatti, incontrare momenti di difficile convivenza, in presenza di fenomeni che presentino connotazioni di emergenza fra loro diverse, rispetto ai differenti ambiti in cui quelle fonti sono chiamate ad intervenire e operare.

La tematica dei migranti, ad esempio, può porre, in concreto, questioni di livello “differenziato” tra le varie normazioni che vi si dedichino; e rende quindi arduo comporre, secondo una linea coerente, le specifiche istanze che ciascuna delle diverse fonti intende soddisfare. Ma è altrettanto vero che, ove siano coinvolti precetti e diritti fondamentali, il bilanciamento fra i valori in gioco deve necessariamente pendere in favore di questi ultimi.

È quanto accaduto, proprio in materia di stranieri, nella sentenza n. 306. La Corte ha ritenuto che fosse manifestamente irragionevole subordinare l’attribuzione di una prestazione assistenziale – l’indennità di accompagnamento – a favore di un cittadino extracomunitario legittimamente presente nel nostro territorio, al “possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia, che richiede per il suo rilascio, fra l’altro, la titolarità di un reddito”. I presupposti di quella indennità sono la totale disabilità al lavoro, nonché l’incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento dei soli atti quotidiani della vita. La Corte ha puntualizzato che l’irragionevolezza della norma censu-

rata non si rifletteva soltanto sul principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, ma anche sugli articoli 32 e 38 della medesima Carta, nonché sul principio sancito dall'art. 2, in quanto il diritto alla salute è diritto fondamentale della persona.

Ad avvalorare quanto dicevo poc'anzi in tema di interazione fra le varie fonti, la Corte ha ritenuto altresì che la preclusione normativa oggetto di censura fosse in contrasto anche con l'art. 10, 1° co., Cost.: e ciò in quanto fra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute “rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona, indipendentemente dalla appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato”.

Al legislatore italiano è certamente consentito – ha precisato la Corte – dettare norme che regolino, nel rispetto del canone della ragionevolezza e degli obblighi internazionali, l'ingresso e la permanenza di cittadini extracomunitari nel nostro Paese. Ed è anche possibile subordinare l'erogazione di determinate prestazioni – sempre che non siano destinate a fronteggiare situazioni gravi e urgenti – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno in Italia “ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata”. Ma una volta che il diritto di soggiornare nel territorio nazionale a tali condizioni non sia in discussione, “non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini”.

*

La visione solidaristica della nostra Carta – che scaturisce dalla scelta di collocare la persona (e i diritti che valgono a definirla) al centro dell'apparato istituzionale tracciato dal Costituente – esprime, dunque, un limite estremo: il “punto di non ritorno” al di là del quale – ormai, anche per obblighi internazionali – il legislatore (qualsiasi legislatore) non può spingersi, neppure in presenza di particolari o eccezionali circostanze.

Con la sentenza n. 45, ad esempio, la Corte – nello scrutinio di una disposizione di legge statale che destinava alle Regioni meridionali finanziamenti per la diffusione degli *screening* oncologici – ha ritenuto che tale disposizione, sospettata di ledere competenze regionali in materia di tutela della salute, concretizzasse un “intervento speciale”, rispettoso delle condizioni previste dall'art. 119, 5° co., Cost. e poste in chiaro dalla giurisprudenza costituzionale. Nella specie, difatti, venivano in rilievo “il principio di solidarietà sociale e l'obiettivo di favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, indicati, tra gli altri, dalla norma costituzionale citata come condizioni e finalità che giustificano interventi speciali di perequazione in favore di Regioni ritenute dal legislatore meno dotate, per differenti situazioni di reddito e di sviluppo, di strumenti atti a garantire un'adeguata fruizione di servizi indispensabili alla tutela della salute”. Concetto, questo, ribadito con la sentenza n. 216, in occasione della declaratoria di inammissibilità di questioni proposte in via principale da due Regioni le quali

lamentavano, fra l'altro, la lesione della loro autonomia finanziaria, derivante dal ripiano dei disavanzi sanitari di altre Regioni, previsto da disposizioni di legge dello Stato.

Varie "emergenze" di vasto coinvolgimento ed impatto sociale – come è accaduto, nell'anno appena trascorso, nella finanza e nell'economia – possono richiedere e giustificare reazioni di sistema: e ciò per evitare che l'incontrollato andamento delle vicende economico-finanziarie, ormai di dimensioni globali, incida negativamente sui livelli minimi che uno Stato moderno deve assicurare ai consociati e che la nostra Costituzione impone a tutela della dignità dell'uomo. Se, in quest'ottica, la eccezionalità delle situazioni economico-finanziarie può dunque legittimare interventi diretti ad assicurare il mantenimento di livelli essenziali di condizioni di vita, essa non vale, tuttavia, a minare l'esigenza di preservare la concorrenza, come valore intrinseco della economia di mercato.

Questa Corte ha avuto modo di ribadire, in armonia con la giurisprudenza comunitaria, che il riferimento alla "tutela della concorrenza" – quale materia di competenza statale esclusiva, a norma dell'art. 117, 2° co., lett. e), Cost. (sentenza n. 326) – non può giustificare l'intervento del legislatore statale in relazione ad aiuti di Stato, i quali, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla concorrenza. Si è infatti affermato che quella materia comprende sia "le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione"; sia quelle di "promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese" (v. le sentenze n. 1, n. 51 e n. 63).

Il tutto peraltro – mi sembra doveroso rammentarlo, nell'attuale contesto economico-sociale – senza sottovalutare il valore precettivo e di indirizzo desumibile sia dall'art. 41 della Costituzione, a norma del quale la iniziativa economica privata è libera, ma deve essere dalla legge "indirizzata e coordinata a fini sociali"; sia dall'attualissimo art. 47, per il quale "la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme"; "disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito"; favorisce il "diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese", nel quadro di un'opzione (quasi profetica) per l'economia reale.

Principi, questi, ai quali fa eco, sul piano dei doveri civici di solidarietà, l'orientamento di questa Corte in materia tributaria (confermato, da ultimo, con l'ordinanza n. 394): un indice di capacità contributiva può essere considerato adeguato, ai sensi dell'art. 53 della Costituzione, nella misura in cui sia "espressivo di una specifica posizione di vantaggio economicamente rilevante"; e ciò indipendentemente dal fatto che il bene assoggettato a tassazione risulti idoneo a produrre reddito.

*

Il tema della capacità contributiva come misura del vincolo solidaristico evoca, poi, il delicato crinale del cosiddetto federalismo fiscale: problematica su cui si misurano varie “filosofie” attuative, rispetto alle quali la giurisprudenza della Corte ha sempre mantenuto un doveroso atteggiamento di *self restraint*, poiché le scelte spettano soltanto alla politica, che infatti ne sta discutendo e la settimana scorsa è pervenuta all’approvazione di un testo in prima lettura al Senato.

La realizzazione di un sistema tributario che assegni anche alle Regioni a statuto ordinario ed agli enti locali un autonomo potere impositivo è certamente complessa, ma è un intervento che si colloca nel solco della riforma del Titolo V della Carta. In particolare, risulta indilazionabile la emanazione di norme di attuazione dell’art. 119, per dare assetto definitivo al rapporto fra i sistemi tributari, statale e regionali.

Sul punto, merita di essere nuovamente segnalata la sentenza n. 102, secondo la quale lo statuto speciale della Regione Sardegna – analogamente a quelli delle altre Regioni a statuto speciale – riconosce una autonomia maggiore di quella prevista dal riformato Titolo V, Parte II della Costituzione per le Regioni a statuto ordinario. Queste ultime sono assoggettate infatti a un doppio limite: l’obbligo di esercitare il proprio potere di imposizione in coerenza con i principi fondamentali di coordinamento; il divieto di istituire o disciplinare tributi già istituiti da legge statale o di stabilirne altri, aventi lo stesso presupposto (almeno fino alla legge statale di coordinamento). Invece l’unica, ma significativa condizione posta dallo Statuto sardo è “l’armonia con i principi del sistema tributario statale”: armonia che la Corte ha ritenuto non esservi in alcune fra le cosiddette tasse regionali sul lusso, dichiarate incostituzionali.

*

Signor Presidente della Repubblica,

anche a nome dei Colleghi desidero ringraziarLa per aver onorato, con le alte Autorità presenti, questa udienza straordinaria della Corte costituzionale, in cui ho svolto una riflessione sulla sua giurisprudenza nel 2008.

Tra pochi giorni lascerò la Corte, nella quale fui nominato dal Suo predecessore. È quindi naturale rivolgere il pensiero ai nove anni che ho avuto l’onore di trascorrere in questo collegio. Mi riesce impossibile sottrarmi – in questa occasione – ad un affettuoso e grato saluto ai Colleghi, ai quali mi ha accomunato la passione nella lunga attività di lavoro trascorsa assieme; così come conservo dentro di me l’irripetibile e feconda esperienza umana, professionale ed istituzionale vissuta “con” la Corte e “nella” Corte.

In apertura di queste riflessioni ho richiamato la perdurante attualità dei valori iscritti come fondamentali nella Costituzione, che pongono la persona umana al centro di qualsiasi regola di civiltà: “Gli esseri razionali – dice Kant – stanno tutti sotto la legge secondo cui ognuno di essi deve trattare sé stesso e ogni altro mai semplicemente come mezzo, bensì sempre come fine in sé”.

Credo fermamente che la fedeltà a quei valori rappresenti il faro che guida l'attività della Corte costituzionale e, più modestamente, il contributo che ho cercato di portare con il mio lavoro ed il mio impegno istituzionale.

Abstract

Final Considerations on the 2008 Constitutional Law Report

This article focuses on the case-law of the Italian Constitutional Court in 2008. Among the issues considered, of particular importance is the one stemming from the need to bring Italian law into line with the country's international and supranational obligations. In this context there is an absence of legislative action suited to guaranteeing that judgments of the European Court of Human Rights are given effect to. Another important decision concerns the treatment of foreigners with regard to the generally recognised principles of international law. Also of historical significance is the Constitutional Court's decision to seek, for the very first time, a preliminary ruling from the European Court of Justice in relation to some questions concerning the interpretation of European Community law.



Articoli

Obblighi e poteri degli Stati membri nell'Unione europea

SOMMARIO. 1. L'art. 5 del Trattato istitutivo della CEE nel pensiero di Rolando Quadri e nella sentenza *Costa contro ENEL* (15 luglio 1964). – 2. Gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza *AETS* (31 marzo 1971) e *Simmmenthal* (9 marzo 1978). – 3. *Segue*: gli Stati membri visti dalla Corte essenzialmente come destinatari di obblighi. – 4. Valutazione degli orientamenti dottrinali che trascurano il ruolo degli Stati membri in ordine allo sviluppo del processo di integrazione europea. – 5. I poteri spettanti agli Stati membri collettivamente considerati, alla luce della natura giuridica del Consiglio europeo. – 6. Ricostruzione del ruolo effettivamente esercitato dal Consiglio europeo in ordine allo sviluppo e alla modifica dei Trattati istitutivi. – 7. Gli accordi fra due o più Stati membri: valutazione della loro incidenza sull'evoluzione dei Trattati istitutivi. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Nel suo commento dell'art. 5 (ora art. 10) del Trattato istitutivo della CEE¹, Rolando Quadri valutava criticamente una certa dottrina, specialmente tedesca, che faceva discendere dalla prima parte dell'articolo stesso² il sorgere dell'"obbligo di osservare le varie prescrizioni del Trattato aventi carattere materiale, nonché quelle analoghe contenute negli atti degli organi comunitari"³. Dopo aver puntualizzato che gli obblighi di cui gli Stati membri sono destinatari sono da desumere non già dall'art. 5, ma unicamente da quelle prescrizioni del Trattato e degli atti delle istituzioni comunitarie che tali obblighi prevedono, Egli teneva a sottolineare che con la disposizione in parola, e più precisamente nella sua prima parte, gli autori del Trattato avevano voluto "mettere l'accento sulla natura, almeno al momento della fondazione, essenzialmente internazionale ed interstatale della istituzione che conta in tutto e per tutto sul contegno dei membri come soggetti di diritto internazionale". Insisteva, quindi, sul con-

¹ R. QUADRI, *Commento dell'art. 5*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario del Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, I, Milano, 1965, p. 51 ss.

² "Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dalle disposizioni del presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità".

³ R. QUADRI, *op. cit.*, p. 52.

cetto secondo il quale andava riconosciuto agli Stati il ruolo di “protagonisti principali” nel sistema del Trattato⁴.

L’interesse di questa Sua visione, qui pur così sommariamente richiamata, risalta con particolare evidenza ove si consideri che la data di pubblicazione del Commentario sopra citato è di appena un anno successiva all’emanazione, da parte della Corte di giustizia comunitaria, della fondamentale sentenza *Costa contro ENEL* del 15 luglio 1964 (causa 6/64), imperniata su una concezione diametralmente opposta del ruolo degli Stati membri e dei loro rapporti con la Comunità. In questa sentenza, come è noto, la Corte denuncia il rischio che determinate condotte degli Stati possano mettere in pericolo “l’attuazione degli scopi del Trattato contemplata nell’art. 5”, insistendo sul fatto che gli obblighi assunti dagli stessi Stati hanno carattere “assoluto” e nient’affatto “condizionato”. Gli Stati membri, in altri termini, sono visti dalla Corte unicamente come destinatari di obblighi, con una conseguente limitazione della loro libertà di azione. È alla Comunità, attraverso le sue istituzioni, che spetta esclusivamente curare la realizzazione degli scopi del Trattato, a seguito del trasferimento “definitivo” di una serie di competenze effettuato a suo favore dagli Stati membri. Questi ultimi, in ultima analisi, sono chiamati unicamente a dare attuazione alle decisioni della Comunità, e a collaborare con essa. Di un ruolo attivo (e men che meno da protagonisti) degli Stati all’interno del sistema comunitario non è dato cogliere la benché minima traccia in una giurisprudenza che, interpretando l’art. 5, non va oltre l’affermazione del principio di solidarietà e di leale collaborazione⁵. Profonda è, insomma, la differenza fra la concezione del Quadri e quella dei giudici comunitari per quel che attiene al ruolo degli Stati membri. Secondo l’illustre studioso, infatti, da un lato non sarebbe corretto desumere dall’art. 5 obblighi ulteriori rispetto a quelli ricavabili dalle disposizioni del Trattato che prevedono obblighi determinati (l’art. 5, pertanto, non potrebbe essere concepito come fonte autonoma di obblighi per gli Stati membri); dall’altro, gli Stati non dovrebbero più essere considerati unicamente come destinatari di obblighi, tenuto conto delle scelte che gli stessi sono chiamati a compiere nello sviluppo del sistema dei Trattati. La Corte, invece, vede soltanto la questione del rigoroso rispetto degli obblighi, ricavati direttamente anche dai principi posti alla base dell’articolo in parola⁶. Il ruolo che gli Stati membri possono svolgere nello sviluppo del sistema comunitario⁷ non viene in rilievo nella giurisprudenza comunitaria⁸.

⁴ *Ibidem*, p. 53. Nello stesso senso vedi altresì il suo *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, V ed., p. 528.

⁵ Definisce il principio di leale collaborazione una “vera e propria chiave di volta di numerosi e fondamentali passaggi della giurisprudenza”, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, III ed., p. 112.

⁶ Verosimilmente, l’inserimento dell’art. 5 fra i “Principi” del Trattato CE ha favorito la tendenza della Corte, nella sua giurisprudenza, a vedere il rapporto fra la Comunità e gli Stati membri unicamente in termini di obblighi indirzzantisi agli Stati.

⁷ *Infra*, par. 4 ss.

⁸ Nella sentenza del 10 dicembre 1969 (*Commissione c. Repubblica francese*), cause riunite 6 e 11/69, *Raccolta*, p. 523, la Corte sottolinea che la sovranità degli Stati membri deve conciliarsi

2. Il richiamato orientamento della Corte, caratterizzato dal rilievo dato agli obblighi assunti dagli Stati membri in forza del Trattato e, segnatamente, dell'attuale art. 10, acquista contorni sempre più definiti nel corso degli anni '70, con due fondamentali e ben note sentenze: la sentenza *AETS* del 31 marzo 1971 (causa 22/70) e la sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978 (causa 106/77). Riprendendo un punto che la sentenza *Costa contro ENEL*, nel suo generico riferimento agli "Stati membri", aveva lasciato nell'ombra, la prima delle due decisioni chiarisce in modo inequivocabile che gli obblighi si indirizzerebbero sia al singolo Stato, sia agli Stati visti nella loro collettività. Anche questi ultimi, invero, sarebbero tenuti all'adempimento degli obblighi "derivanti dal Trattato, ovvero dagli atti delle istituzioni", in conformità a quanto previsto dall'art. 10 del Trattato⁹. Qualche anno più tardi, con la sentenza *Simmenthal* la Corte teneva a chiarire un altro punto, parimenti di grande rilievo: gli obblighi per gli Stati membri derivanti dal Trattato sarebbero stati assunti "incondizionatamente ed irrevocabilmente". La loro violazione, veniva precisato, avrebbe messo in pericolo "le basi stesse della Comunità"¹⁰.

Una sintesi della successiva giurisprudenza della Corte in materia di obblighi degli Stati membri, e segnatamente di quelli ricavabili dall'attuale art. 10¹¹ permette di constatare come non siano emersi mutamenti di un qualche rilievo rispetto ai punti ora evidenziati. Trova cioè costantemente conferma il principio secondo cui detti obblighi deriverebbero, oltre che dalle singole disposizioni del Trattato, dai principi contenuti nell'art. 10. La Corte ha, in particolare, affermato:

- l'esistenza di un obbligo generale di collaborazione, che tutti gli organi dello Stato, inclusi quelli del potere giudiziario, sarebbero tenuti ad osservare¹²;
- l'insorgere di una responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli per danni causati dall'inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario¹³.

3. La concreta possibilità che la qui richiamata giurisprudenza della Corte relativa all'art. 10 conduca ad un aumento esponenziale degli obblighi gravanti

con un principio, quello di solidarietà, che è alla base del sistema comunitario e degli obblighi che ne derivano, conformemente all'impegno assunto a norma dell'art. 5 del Trattato CE.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. 263 ss., punti 20-22.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro Simmenthal*, *Raccolta*, p. 263 ss., punto 18.

¹¹ L'esistenza di una "crescita esponenziale della giurisprudenza della Corte di giustizia" in merito all'art. 10 è sottolineata da D. RINOLDI, *Commento dell'art. 10*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 118.

¹² Per le numerose decisioni della Corte su questo punto si fa rinvio a C. IANNONE, *Commento dell'art. 10*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 220 ss., nonché alla sentenza della stessa Corte del 12 giugno 1990, causa C-8/88, *Repubblica federale tedesca c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-2321, punto 20.

¹³ Sentenza della Corte del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich contro Repubblica Italiana*, *Raccolta*, p. I-5357, punti 35-36. Altre sentenze a questo riguardo sono richiamate da C. IANNONE, *op. cit.*, p. 224 ss.

sugli Stati membri in virtù dei Trattati non è l'unico motivo che giustifica una certa perplessità riguardo all'orientamento seguito dai giudici di Lussemburgo. Ad alimentare una più che fondata presa di distanza da questa giurisprudenza si aggiunge infatti, se ben si osserva, la constatazione di una pressoché totale assenza di argomenti che sorreggano la fondamentale affermazione del carattere irrevocabile e definitivo degli obblighi che gli Stati membri avrebbero assunto ratificando i Trattati comunitari¹⁴.

L'assenza di una convincente argomentazione si avverte particolarmente nel momento in cui la Corte, come si è rilevato, invoca l'esistenza di obblighi di questo tipo per giungere alla conclusione che anche gli Stati membri nella loro collettività sono tenuti al rispetto degli obblighi stessi. In definitiva, infatti, la Corte, invece di esporre il fondamento di una tesi così "rivoluzionaria", si limita ad affermare puramente e semplicemente che i Trattati comunitari sono da ritenere distinti dai "comuni trattati internazionali"¹⁵, le cui regole non troverebbero applicazione in ambito comunitario, se non in quanto, e nella misura in cui, siano richiamate espressamente dallo stesso diritto dell'Unione.

In precedenti studi, chi scrive non ha mancato di motivare il suo dissenso nei confronti della concezione sostenuta dalla Corte, che condurrebbe a privare gli Stati membri collettivamente considerati del potere di modificare i Trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione e, in ultima analisi, di incidere sugli obblighi originati dall'accordo fra gli stessi in precedenza intervenuto¹⁶. Conviene qui aggiungere che l'adesione all'orientamento giurisprudenziale in discorso implicherebbe un totale "oscuramento" della questione che forma invece oggetto del presente studio, vale a dire quella relativa alla valutazione del ruolo che agli Stati membri va riconosciuto in ordine allo sviluppo del sistema comunitario, anche mediante l'introduzione delle modifiche che a questo fine dovessero rendersi necessarie.

Indubbiamente, la funzione esercitata dalla Corte – quella di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato – aiuta a comprendere perché nella sua giurisprudenza trovi uno spazio trascurabile la questione consistente nel sapere se agli Stati membri spetti il potere di influire sullo sviluppo del sistema creato con i Trattati, una volta che non si ponga un problema di osservanza o meno degli obblighi assunti. Un analogo silenzio sarebbe invece difficilmente comprensibile nel caso della dottrina, considerato il rilievo, sul piano teorico, che la suaccennata questione riveste. Il paragrafo che segue permetterà di accertare quali siano i prevalenti orientamenti dottrinali al riguardo.

¹⁴ In proposito si fa rinvio, anche per i riferimenti bibliografici, al nostro recente scritto *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplessità circa il carattere definitivo del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*. Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 343 ss.

¹⁵ Così la sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa contro ENEL*, *Raccolta*, p. 1129 ss.

¹⁶ Trattasi di una tesi da chi scrive sostenuta in numerose ricerche, a partire dalla monografia *Gli accordi degli Stati membri delle Comunità europee*, Milano, 1968, specialmente p. 119 ss.

4. È generalmente condivisa l'opinione che la giurisprudenza della Corte abbia esercitato una marcata influenza sugli orientamenti della dottrina, ad iniziare dalla definizione dei caratteri del diritto comunitario e dei rapporti fra lo stesso e i diritti interni. Altrettanto può dirsi in merito al più specifico aspetto della posizione degli Stati membri nell'ambito del sistema creato dai Trattati istitutivi: risulta infatti assai diffusa, fra gli studiosi, la tendenza a vedere la questione, in conformità agli insegnamenti della Corte, essenzialmente sotto il profilo della ricostruzione degli obblighi di cui gli Stati membri sono destinatari; per contro, ben poco spazio è riservato ad un secondo profilo, quello della ricerca del ruolo che gli stessi Stati, non più considerati soltanto come destinatari di obblighi, possono svolgere in vista dello sviluppo del sistema nel suo complesso.

Cominciando con il considerare il primo degli aspetti ora considerati, converrà osservare, anzitutto, come una diffusa corrente dottrinale non si discosti, nell'interpretazione dell'art. 10 del Trattato CE, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che si è in precedenza esaminata. Si è, in particolare, condivisa con la Corte la convinzione che il principio di leale collaborazione "non si limita a una mera riaffermazione degli obblighi convenzionali, assunta con la ratifica dei Trattati comunitari", in quanto dall'art. 10 "discendono doveri particolari di azione e di astensione dei Paesi membri nei confronti delle istituzioni"¹⁷.

La tendenza di una parte della dottrina ad estendere oltre misura la rete degli obblighi a carico degli Stati membri è stata assecondata dalla formulazione dell'art. 10, che applica il principio in parola ai soli Stati, e non anche alle istituzioni comunitarie. Un'impostazione, questa, che si era pensato di correggere con la modifica introdotta nell'art. I-5 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, con la precisazione che, "secondo il principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dalla Costituzione".

In definitiva, quando si fa riferimento allo *status* degli Stati membri, è per lo più sugli obblighi di cui gli stessi sono destinatari che si finisce per porre l'accento, trascurando invece quasi totalmente quello dei poteri di cui dispongono nella prospettiva di uno sviluppo dei Trattati¹⁸.

Anche quando, in numerosi scritti, si è affrontato il tema della ripartizione delle competenze fra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie, l'intento pre-

¹⁷ Così N. PARISI, *L'attuale organizzazione dei pubblici poteri nell'Unione europea*, in A. QUADRIO CURZIO (a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna, 2001, p. 156. Per una condivisione della giurisprudenza della Corte relativa all'art. 10 vedi altresì D. RINOLDI, *op. cit.*, p. 10 s.; C. IANNONE, *op. cit.*, p. 219 s. Nel senso che dall'articolo in parola discenderebbero "supplementary obligations", distinte dalle "more specific obligations contained in the EC Treaty" vedi P. G. J. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities. From Maastricht to Amsterdam*, London-The Hague-Boston, 1998, p. 40 ss.

¹⁸ Vede la questione nel senso qui criticamente valutato B. BEUTLER, *La Comunità e gli Stati membri*, in AA.VV., *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998, p. 75 ss.

valente resta sempre quello di evidenziare *i limiti* che gli Stati incontrano nell'esercizio di determinate attribuzioni¹⁹.

Emblematico il caso delle competenze concorrenti: in conformità agli orientamenti della Corte di giustizia, la cui interpretazione estensiva delle norme dei Trattati ha condotto a modificare l'equilibrio iniziale della ripartizione fra la Comunità e gli Stati membri, è largamente accettato il principio che una volta esercitata da parte della Comunità una competenza concorrente, gli Stati potranno intervenire soltanto in quanto la loro azione non pregiudichi l'uniforme applicazione delle norme comunitarie²⁰.

L'influenza esercitata dalla giurisprudenza comunitaria sulla dottrina che qui si richiama spiega, ma non giustifica, il silenzio di molti autori riguardo al ruolo che gli Stati membri possono avere in ordine allo sviluppo del processo di integrazione europea. Come accennato nel precedente paragrafo, è infatti comprensibile che la Corte, il cui compito è essenzialmente di valutare il rispetto, da parte degli Stati membri, degli obblighi derivanti dal Trattato, sorvoli alquanto sul ruolo spettante agli Stati; lo è assai meno, per contro, quando si tratti della dottrina, che oltre ad insistere, di solito, sul possesso, da parte di questi ultimi, di poteri limitati, trascura completamente un aspetto che riveste a nostro giudizio una particolare importanza: la ricerca e la valutazione del ruolo che gli Stati membri hanno *effettivamente* avuto nello sviluppo di detto processo.

Attraverso tale ricerca, che verrà condotta nelle pagine che seguono, ed in particolare nel corso del paragrafo 6, riteniamo sia possibile delineare un quadro più rispondente alla realtà di quello che riconduce essenzialmente alle decisioni delle istituzioni comunitarie uno sviluppo di così grande rilievo.

5. In uno studio volto a mettere in luce il ruolo che gli Stati membri possono svolgere – ed effettivamente svolgono – in vista dello sviluppo del sistema derivante dai Trattati istitutivi, un particolare rilievo deve essere dato, di tutta evidenza, al Consiglio europeo. Sulla natura di questo organismo, molto è stato scritto in numerosi scritti apparsi fin dalla metà degli anni '70 (da quando, cioè, il Consiglio europeo è stato "istituzionalizzato" nel corso del Vertice dei Capi di Stato e di governo svoltosi a Parigi il 9 e 10 dicembre 1974). Circa la sua natura giuridica, varie tesi sono state sostenute: secondo alcuni autori, il Consiglio europeo presenterebbe, specie a partire dal Trattato sull'Unione europea del 1992, i caratteri di una istituzione della Comunità, non diversamente dalle altre istituzioni di cui all'art. 4 (ora art. 7) del Trattato istitutivo della Comunità euro-

¹⁹ Per contro, un limite all'ulteriore espansione delle competenze comunitarie discenderebbe secondo la prevalente dottrina dal principio di sussidiarietà. In questo senso: G. TESAURO, *op. cit.*, 2005, IV ed., p. 102; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 26. A giudizio di U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008, p. 62, se da un lato il principio di sussidiarietà rappresenta "una difesa delle competenze degli Stati membri", va d'altro lato tenuta presente "l'ambivalenza" del principio stesso, in quanto suscettibile di favorire "anche un'espansione dei poteri della Comunità" (spec. p. 60).

²⁰ Vedi la giurisprudenza richiamata da R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 25.

pea²¹; a giudizio di altri studiosi, converrebbe piuttosto mettere l'accento sulla natura "incerta", "ibrida" del Consiglio europeo, che dovrebbe quindi essere qualificato come organismo intergovernativo e al tempo stesso comunitario²². Infine, una terza corrente di pensiero, da noi condivisa, è orientata a riconoscere al Consiglio europeo la natura di una conferenza intergovernativa al massimo livello, giuridicamente estranea al sistema comunitario. Nelle "deliberazioni" che gli Stati membri collettivamente considerati adottano nel quadro di questa conferenza, essi non sono tenuti – sotto un profilo giuridico – al rispetto delle regole alle quali, invece, le istituzioni della Comunità sono sottoposte²³. L'argomento secondo cui il Consiglio europeo sarebbe tenuto al rispetto del diritto comunitario quando agisce come Consiglio dei ministri a livello dei capi di Stato o di governo, e quindi come istituzione comunitaria, in applicazione del Trattato CE²⁴, sarebbe da respingere, in quanto fra il Consiglio europeo e il Consiglio dei ministri "non vi è identità": si tratterebbe infatti di "organi differenti, benché la loro composizione finisca nei fatti per coincidere"²⁵.

La natura di conferenza intergovernativa al massimo livello, propria del Consiglio europeo, si desume in particolare dalle funzioni che dallo stesso sono esercitate, e che mal si concilierebbero con quelle di un organo della Comunità, tenuto al rispetto delle norme dell'ordinamento comunitario e del diritto dell'Unione²⁶. Fin dal citato Vertice di Parigi del 1974, i capi di Stato o di

²¹ In questo senso: W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international*, in *RCADI*, 1975, V, 148, p. 8; C. BLUMANN, *Le Conseil européen*, in *RTDE*, 1976, p. 4 ss.; R. H. LAUWAARS, *The European Council*, in *CML Rev.*, 1977, p. 25 ss.; P. PESCATORE, *L'exécutif communautaire: justification du quadripartitisme institué par les Traités de Paris et de Rome*, in *CDE*, 1978, p. 387 ss.

²² In proposito: B. TAULÈGNE, *Le Conseil européen*, Paris, 1993, p. 91 ss.; S. WEATHERILL, P. BEAUMONT, *EU Law*, London, 1999, p. 95. Più sfumata la posizione di U. VILLANI, *op. cit.*, p. 102 s.: se da un lato afferma che "con il Trattato di Maastricht del 1992 il Consiglio europeo è stato formalmente inserito nell'Unione europea, per cui ci sembra che oggi vada qualificato come organo dell'Unione", dall'altro precisa che "il Consiglio resta al di fuori della struttura comunitaria, in quanto è estraneo alle procedure, agli atti, ai controlli politici e giudiziari propri del diritto comunitario".

²³ Per questa tesi: P. FOIS, *Le conferenze al vertice dei paesi della CEE e il diritto comunitario*, in *RDIPP*, 1982, p. 694 ss.; F. CAPOTORTI, *Lo status giuridico del Consiglio europeo alla luce dell'Atto unico*, in *RDI*, 1988, p. 11 ss.; J. WERTS, *The European Council*, Amsterdam-Bruxelles, 1992, p. 111; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 27 ss.

²⁴ Si vedano in proposito: articoli 99, par. 2, 121, par. 2 e 128, par. 1 TCE.

²⁵ Così R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 43. Nel condividere questa affermazione, ci sembra opportuno sottolineare come sia da tutti condivisa la tesi che coglie nell'esigenza che ha dato vita al Consiglio europeo (quella di poter ricorrere a un meccanismo in grado di operare scelte di fondamentale importanza ai fini dello sviluppo del processo di integrazione europea) un elemento che contraddistingue il Consiglio europeo. Appare quindi inaccettabile che si pervenga, poi, a confondere quest'ultimo con il Consiglio dei ministri.

²⁶ Secondo L. CARTOU, *Communautés européennes*, Paris, 1979, p. 136, i numerosi e nuovi problemi posti agli Stati membri dalla vita della Comunità hanno condotto "à mettre en place de nouveaux mécanismes que ne connaissent pas les Traités": tra questi, l'autore include "les sommets européens et les conseils européens".

governo avevano concordato che il Consiglio europeo avrebbe dovuto “assicurare lo sviluppo e la coerenza generale delle attività della Comunità”. Una simile formula, ed ancor più quella concordata a Maastricht nel 1992 (nell’art. 4 del Trattato UE si stabilisce che “il Consiglio europeo dà all’Unione l’impulso necessario al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti politici generali”) appare altamente indicativa della volontà degli Stati membri, guardando al futuro dell’Unione, di operare tutte quelle scelte che il suo sviluppo dovesse rendere necessarie²⁷ e non già di attenersi ad una scrupolosa osservanza delle norme in vigore, comprese quelle contenute nei Trattati istitutivi.

La circostanza che il Consiglio europeo non sia da far rientrare fra le istituzioni della Comunità (e dell’Unione) conduce, di tutta evidenza, ad escludere che la sue “deliberazioni” possano essere sottoposte al controllo di legittimità della Corte di giustizia comunitaria. Su questo punto si registra in dottrina un’ampia convergenza di punti di vista, considerato che anche autori propensi a qualificare il Consiglio europeo come una istituzione della Comunità e dell’Unione sono orientati ad escludere una competenza della Corte al riguardo²⁸.

Ad ulteriore conferma di quanto in precedenza affermato circa la natura giuridica del Consiglio europeo, sono da considerare i diversi effetti delle “deliberazioni” dallo stesso adottate. È di particolare interesse il fatto che, non di rado, tali deliberazioni si concretano nella conclusione di accordi fra gli Stati mem-

²⁷ Sottolineano la funzione di impulso propria del Consiglio: P. FOIS, *Le conferenze al vertice*, cit., p. 699; F. CAPOTORTI, *op. cit.*, p. 12.; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 28. Considera “un errore” una sua eventuale trasformazione in un organo comunitario, in quanto “the European Council should preserve its role of impulsion and arbitrator in important matters” J. V. LOUIS, *L’ordinamento istituzionale dell’Unione europea e la sua evoluzione*, in *2004 Quaderni europei*, dossier novembre 2003, p. 124.

Sotto questo profilo, desta vive perplessità la scelta operata a Lisbona nel 2007 con il Trattato sull’Unione europea, considerata la difficoltà di conciliare l’art. 13 (che, facendo rientrare il Consiglio europeo fra le istituzioni dell’Unione, applica conseguentemente allo stesso il principio delle competenze di attribuzione) con l’art. 15 (nel quale si riafferma che “il Consiglio europeo dà all’Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali”).

²⁸ In questo senso: I. PERNICE, *Leadership in Europa: il Consiglio europeo e il Presidente dell’Unione*, in *2004 Quaderni europei*, dossier novembre 2003, p. 63; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 278: “non è invece impugnabile un atto che, sebbene adottato nel Consiglio, debba qualificarsi come atto collettivo degli Stati membri”. Ritengono che, “quando agiscono nel quadro del Consiglio europeo”, le deliberazioni dei capi di Stato o di governo “sfuggono al sindacato giurisdizionale” R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 43. Lo stesso Tribunale di primo grado, con ordinanza del 14 luglio 1994, causa T-584/93, *Roujansky c. Consiglio*, *Raccolta*, p. II-585, ha affermato che “les actes du Conseil européen ne sont pas inclus par l’article 173, premier alinéa, du traité parmi ceux dont la légalité est susceptible d’être contrôlée par le juge communautaire”. Con ordinanza del 13 gennaio 1995, causa C-264/94 P, *Roujansky c. Consiglio*, *ivi*, p. I-7, a seguito di ricorso proposto contro la decisione del Tribunale, la Corte di giustizia ha confermato il principio formulato da quest’ultimo.

Tiene a precisare che la legittimità delle deliberazioni del Consiglio europeo “verrebbe meno soltanto se questa riunione di organi statali pretendesse di emanare atti giuridici comunitari, riservati alle competenze delle istituzioni”, F. CAPOTORTI, *op. cit.*, p. 13.

bri²⁹. In ogni caso, indipendentemente dall'esistenza o meno di un accordo, va tenuto presente che le deliberazioni del Consiglio europeo si traducono di norma (anche se non "automaticamente"³⁰) in atti comunitari adottati dalle istituzioni, in esecuzione delle direttive politiche definite dal Consiglio europeo e nel rispetto delle regole di procedura stabilite dai Trattati istitutivi. Questa circostanza, che correttamente è considerata un indice della "sovrapposizione" del Consiglio europeo alla struttura comunitaria³¹, non può far trascurare il fatto che gli Stati membri, a seguito degli accordi intervenuti in seno al Consiglio europeo, restano in ogni caso vincolati – giuridicamente o politicamente, a seconda dei casi – all'osservanza degli accordi stessi³².

Si tratta di accordi che, sul piano dell'ordinamento internazionale, non potrebbero certo essere considerati irrilevanti, e ciò indipendentemente dal "seguito" che agli stessi sia stato dato, con le procedure e nelle forme appropriate, nell'ambito dell'ordinamento comunitario. In definitiva, gli atti normativi adottati dalle istituzioni della Comunità ben possono essere messi in relazione all'esistenza di obblighi, "giuridici" o "politici", che gli Stati membri hanno, in una prospettiva di sviluppo del processo di integrazione europea, fra loro convenzionalmente assunti³³.

6. Di particolare interesse, per meglio valutare il ruolo svolto dal Consiglio europeo ai fini dello sviluppo del processo di integrazione, sono quelle parti delle sue "conclusioni" che più da vicino riguardano il procedimento di revisione dei Trattati istitutivi³⁴. L'esistenza di un nesso più o meno marcato fra le

²⁹ Quali esempi di accordi conclusi fra la totalità degli Stati membri *inter se* possono ricordarsi, in anni relativamente recenti: l'Accordo su i principi e gli elementi principali del Patto di stabilità e di crescita volti a garantire la disciplina di bilancio nell'UEM (Consiglio europeo di Dublino del dicembre 1996, Conclusioni della Presidenza); l'Accordo sulle necessarie risoluzioni del Consiglio europeo e su altri testi pertinenti volti ad agevolare il passaggio senza difficoltà alla terza fase dell'Unione economica e monetaria e il buon funzionamento della stessa (Consiglio europeo di Amsterdam del giugno 1997, Conclusioni della Presidenza); la "risoluzione" che "sancisce il fermo impegno degli Stati membri (...) per quanto concerne l'attuazione del Patto di stabilità e di crescita" (Consiglio europeo di Amsterdam del giugno 1977, Conclusioni della Presidenza). Sugli accordi intervenuti fra gli Stati membri nel corso del Consiglio europeo di Bruxelles del giugno 2007 vedi *infra*, par. 6.

³⁰ Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 44.

³¹ F. CAPOTORTI, *op. cit.*, p. 17

³² Sugli accordi che, pur non obbligando sul piano giuridico gli Stati contraenti, implicano comunque il rispetto della "parola data" vedi il nostro recente scritto *Gli accordi non vincolanti e il diritto dei trattati*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 281 ss.

³³ Nel senso che lo sviluppo del processo possa comportare anche "un'alterazione degli equilibri comunitari iniziali" vedi F. CAPOTORTI, *op. cit.*, pp. 13, 14, 23. Cfr. J. WERTS, *op. cit.*, specialmente p. 140 ss. e p. 160 ss. Osserva che il Consiglio europeo "ha determinato una erosione di poteri di tutte le istituzioni comunitarie, ad esso, in fatto, politicamente subordinate", U. VILLANI, *op. cit.*, p. 106.

³⁴ Più in generale, per un quadro d'insieme dei "risultati" raggiunti dal Consiglio europeo negli anni 1975-1991, si veda J. WERTS, *op. cit.*, p. 177 ss. Si fa rinvio anche al nostro scritto *Le Conferenze al Vertice*, cit., p. 705 ss.

deliberazioni adottate dal Consiglio europeo e quanto convenuto in sede di accordi di revisione si rivela infatti altamente indicativo della misura in cui le scelte operate dai capi di Stato o di governo hanno influito sulla formulazione di accordi in virtù dei quali le norme in precedenza contenute nei Trattati hanno subito modifiche anche profonde³⁵.

Nel passare in rassegna i Consigli europei più recenti, ad iniziare da quelli che hanno preceduto la firma, il 2 ottobre 1997, del Trattato di Amsterdam, è possibile anzitutto constatare la precisa formulazione di alcuni obiettivi per i lavori della Conferenza intergovernativa convocata a seguito del Vertice di Torino del 29 marzo 1996. A Firenze, nel giugno di quello stesso anno, i capi di Stato o di governo fissavano già una data (“la metà del 1997”) per la conclusione dei lavori della Conferenza, sollecitando la preparazione di un progetto di revisione dei Trattati che tenesse conto di una serie di obiettivi, fra i quali spiccavano la costruzione di un’Europa più vicina ai cittadini e più attenta alla tutela dell’ambiente³⁶. Nel successivo Consiglio europeo di Dublino (13-14 dicembre 1996), i progressi conseguiti nel corso della Conferenza intergovernativa venivano “rilevati” ed “approvati”. Nel ribadire che la Conferenza intergovernativa avrebbe dovuto terminare i suoi lavori “nel giugno 1997 ad Amsterdam”, il Consiglio europeo inseriva, fra gli obiettivi da perseguire, due altri punti che rivestiranno un grande rilievo nel Trattato di Amsterdam: il rafforzamento della politica in materia di visto, asilo e immigrazione; il riconoscimento, negli stessi Trattati istitutivi, della specificità delle regioni periferiche dell’Unione³⁷.

Quanto al Consiglio europeo di Amsterdam (giugno 1997), questo riveste notevole rilievo anche sotto un altro aspetto, quello della “piena approvazione” del progetto definito dalla Conferenza intergovernativa. Nell’ottica della presente indagine, è da evidenziare soprattutto la formula utilizzata a questo riguardo: i capi di Stato o di governo, riuniti in qualità di rappresentanti degli Stati membri in seno alla Conferenza, “pervengono ad un accordo sul progetto di Trattato di Amsterdam”, precisando che “l’ultima necessaria armonizzazione e messa a punto giuridica dei testi sarà completata in modo che la firma dei Trattati abbia luogo ad Amsterdam nell’ottobre 1997”³⁸. L’avvenuta conclusione di un accordo di principio fra gli Stati membri sulle modifiche del nuovo

³⁵ Risalendo a fatti non più recenti, qualche interrogativo potrebbe a prima vista sollevare il noto “Rapporto Tindemans”, del 28 dicembre 1975: nella lettera inviata in quella data ai suoi colleghi del Consiglio europeo, Léo Tindemans affermava invero che l’Unione europea “non raggiungerà i suoi obiettivi che in virtù di istituzioni adattate alle sue nuove necessità” (in *Boll. CE*, Suppl. 1/76, p. 6). In realtà, il pensiero dell’uomo politico belga è più articolato, in quanto il Rapporto sottolinea che “se vogliamo salvaguardare ciò che si è conseguito con i trattati ed impegnarci in nuove realizzazioni, *gli Stati membri devono concordare nuovi obiettivi*” (p. 5; corsivo aggiunto), precisando successivamente che il processo dinamico di realizzazione dell’Unione “è compito dei nostri governi e delle istituzioni europee” (p. 16).

³⁶ Vedi in proposito il punto V delle Conclusioni della Presidenza.

³⁷ Punto IV delle Conclusioni della Presidenza.

³⁸ Conclusioni della Presidenza, deliberazioni riguardanti la Conferenza intergovernativa.

Trattato, e ciò anche prima della firma del testo, non avrebbe potuto essere indicata con maggiore chiarezza.

I Consigli europei che hanno preceduto e preparato la firma del Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 hanno affrontato in modo non dissimile la questione figurante all'ordine del giorno della Conferenza intergovernativa convocata, secondo quanto convenuto al Vertice di Helsinki del 10-11 dicembre 1999, per il febbraio 2000. Alcuni mesi prima di questa riunione, comunque, il Consiglio europeo di Colonia (3-4 giugno 1999) si era espresso in tal senso, precisando che la Conferenza avrebbe dovuto "risolvere prima dell'allargamento le questioni istituzionali lasciate in sospeso nel Trattato di Amsterdam", e dando alla stessa il mandato di concludere i lavori "per la fine del 2000", con il raggiungimento di un'intesa su una serie di punti espressamente indicati³⁹. Come ad Amsterdam, il Consiglio europeo di Nizza (7-8 dicembre 2000) approvava il testo del Trattato, che avrebbe peraltro richiesto una complessa e delicata messa a punto sotto il profilo redazionale, rendendo necessario il rinvio della firma del Trattato al 26 febbraio 2001. Rispetto al Consiglio europeo di Nizza, quello di Laeken (14-15 dicembre 2001) presenta indubbi elementi di novità, rilevabili soprattutto nella "Dichiarazione sul futuro dell'Unione europea", allegata alle Conclusioni della Presidenza. Tali novità vanno individuate soprattutto nel fatto che nella richiamata Dichiarazione il Consiglio, più che adottare decisioni, formula una serie di interrogativi sul futuro dell'Europa, demandando alla "Convenzione sul futuro dell'Europa" il compito di formulare una proposta di revisione dei Trattati istitutivi suscettibile di dare una risposta a tali interrogativi. Occorre però anche considerare che i capi di Stato o di governo, nel definire la composizione della "Convenzione" e le regole di funzionamento, non soltanto fissano ad un anno la durata dei lavori, ma altresì introducono di fatto una significativa deroga rispetto alla fase preparatoria del procedimento di revisione, come disciplinato nell'art. 48 del Trattato UE. Detto articolo, invero, si limita a prevedere che le proposte di revisione saranno sottoposte dal governo di qualsiasi Stato membro o dalla Commissione. A giudizio del Consiglio europeo, in definitiva, soltanto un organismo altamente qualificato e rappresentativo come la "Convenzione" avrebbe potuto risolvere i complessi e delicati problemi che condizionavano l'avvenire stesso dell'Unione.

Come è noto, questa innovativa procedura di revisione doveva essere abbandonata dal Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007, quando i capi di Stato o di governo, dopo una "pausa di riflessione" durata due anni (a seguito dei risultati delle consultazioni referendarie svoltesi in Francia e Olanda alla metà del 2005), convenivano sul fatto che "era giunto il momento" di risolvere la questione della riforma del Trattato dell'Unione.

Abbandonato il ricorso alla "Convenzione", il Consiglio europeo decideva di procedere senza indugi a convocare la Conferenza intergovernativa di cui al 2°

³⁹ Il mandato doveva essere integrato nel Consiglio europeo di Santa Maria da Feira (19-20 giugno 2000), con un preciso riferimento alla riforma della cooperazione rafforzata.

co. dell'art. 48 del Trattato UE. Questa volta, peraltro, la Conferenza risultava del tutto “depotenziata”, e non più soltanto per il fatto che le era stato assegnato, come in precedenti occasioni, un termine per ultimare i lavori (“il più presto possibile, e in ogni caso entro il 2007”)⁴⁰.

La vera novità – di particolare importanza nell’ottica della presente indagine – era, da un lato, che la Conferenza si sarebbe svolta “sotto la responsabilità generale dei Capi di Stato o di governo”; dall’altro, che il “mandato” impartito alla Conferenza, lungi dal risultare ragionevolmente ampio, risultava estremamente circoscritto, concretandosi nell’elaborazione di un testo che traducesse in articoli soluzioni già concordate in seno al Consiglio europeo. Se ben si osserva, infatti, in questo Consiglio europeo le Conclusioni della Presidenza si risolvevano in una serie di accordi che toccano la stessa struttura di quello che sarà il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007. Accordi in larga parte estremamente precisi e dettagliati, in cui ben poco o nessun margine di apprezzamento è lasciato alla Conferenza intergovernativa. L’essenziale è frutto di intese intervenute in seno al Consiglio, che in taluni casi ha addirittura formulato il testo delle norme che la Conferenza avrebbe dovuto soltanto “trascrivere” nel testo⁴¹. Sotto il profilo del diritto internazionale, quello raggiunto in seno al Consiglio europeo è da considerare un accordo giuridicamente vincolante, e non soltanto “di principio” o “politico”.

7. Conviene, a questo punto, passare ad interrogarsi sul ruolo che due o più Stati membri possono svolgere in vista di uno sviluppo del sistema facente capo ai Trattati istitutivi, precisando le condizioni e le modalità richieste perché questo ruolo possa essere esercitato. La questione si pone evidentemente in termini differenti rispetto al caso in cui sia l’azione degli Stati membri collettivamente considerati ad essere valutata sotto il profilo che qui interessa. Mentre infatti questi ultimi non incontrano limiti, sul piano giuridico, quando si tratti di apportare modifiche dagli stessi ritenute necessarie per assicurare il rafforzamento del processo di integrazione, precise condizioni devono sussistere perché una simile funzione possa essere riconosciuta a due o più Stati membri. Condizioni che si desumono dai Trattati istitutivi e dalle altre norme dell’ordinamento comunitario, ma che in ogni caso sostanzialmente non si differenziano dai principi generali del diritto dei trattati in tema di inefficacia dell’accordo nei confronti dei terzi.

Per altro verso, il ruolo che può essere svolto da un gruppo di Stati membri va tenuto distinto da quello attribuibile ad un singolo Stato. Deve infatti essere scartata la tesi che decisioni adottate individualmente da uno Stato membro siano realmente finalizzate allo sviluppo del processo di integrazione europea: è

⁴⁰ Conclusioni della Presidenza, punto 11.

⁴¹ L’allegato 1 del “Mandato della CIG”, facente parte delle Conclusioni della Presidenza del Vertice in discorso, prevede una redazione già definita delle seguenti disposizioni: del 2° “considerando” del Preambolo; dell’art. 2; dell’art. 3; dell’art. 11; dell’art. 49; di un nuovo articolo relativo al ruolo dei Parlamenti nazionali nell’Unione europea.

piuttosto l'eventualità che queste decisioni siano in contrasto con gli obblighi comunitari che conviene considerare, tenuto conto di una giurisprudenza della Corte di giustizia che ha costruito il principio di leale collaborazione facendo riferimento quasi esclusivamente alla condotta tenuta da un singolo Stato.

Ciò premesso, conviene esaminare il ruolo svolto da due o più Stati membri distinguendo fra due diverse ipotesi: quella di un'azione concertata contemplata e disciplinata dagli stessi Trattati e quella che si prospetta come frutto di scelte operate dagli Stati coinvolti, senza che i Trattati la abbiano in qualche modo prevista. Questa seconda ipotesi ha trovato significative realizzazioni ben prima che i Trattati prevedessero lo sviluppo di azioni da una parte soltanto degli Stati membri. L'esempio più rappresentativo è costituito sicuramente dall'"asse" franco-tedesco, concordato con il Trattato di cooperazione firmato a Parigi il 22 gennaio 1963. Negli oltre 40 anni che hanno fatto seguito a questo evento, molti altri analoghi rapporti, di natura bi- o multilaterale, sono intercorsi fra gli Stati membri⁴²: va menzionato, da ultimo, il Vertice straordinario di quattro Stati dell'Unione europea, membri anche del G8 (Francia, Germania, Italia, Regno Unito), tenuto a Parigi il 4 ottobre 2008 per concordare misure atte a fronteggiare la crisi finanziaria scoppiata a livello mondiale. Constatata l'indubbia incidenza che simili riunioni hanno esercitato sulle scelte successivamente operate a livello dell'intera Unione, conviene osservare come non risulti che le conclusioni degli incontri, ed il fatto stesso che venissero tenuti, siano stati giudicati in contrasto con il principio di leale collaborazione di cui all'art. 10 del Trattato CE. Ben difficilmente, in ogni caso, eventi consimili potrebbero essere oggetto di controllo da parte degli organi giudiziari dell'Unione, considerata in particolare l'assenza di effetti giuridici nell'ordinamento comunitario che possano essere fatti discendere dalla conclusione di accordi il più delle volte soltanto politici, e quindi privi di obbligatorietà sul piano giuridico⁴³.

Su un piano più squisitamente politico, divergenti sono i giudizi formulati nei confronti di iniziative riconducibili ad alcuni soltanto degli Stati membri: le polemiche sviluppatesi intorno ai progetti di un'Europa "a due velocità" o "a geometria variabile" sono particolarmente indicative in questo senso. Il ricorso alla cooperazione rafforzata, definita e regolata nel Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, risponde chiaramente all'intento di trovare uno sviluppo equilibrato che faccia salvo, da un lato, l'interesse di alcuni Stati a procedere sulla via dell'integrazione europea e, dall'altro, l'esigenza dei residui Paesi membri – che non intendano, o non possano, adottare le stesse scelte – a non vedere ostacolata

⁴² Quali altri precedenti significativi possono essere ricordati l'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni e la successiva Convenzione di applicazione del 19 giugno 1990: entrambi gli atti sono stati inizialmente firmati dalla Francia, dalla Germania e dai tre Paesi del Benelux.

⁴³ "È da ritenere che non sia vietato agli Stati membri di perseguire una più accelerata e approfondita attuazione degli obiettivi europei anche al di fuori del quadro dell'Unione (...); per esempio, mediante la conclusione di accordi internazionali tra alcuni soltanto di tali Stati" così U. VILLANI, *op. cit.*, p. 83.

l'applicazione delle norme in precedenza concordate. La dottrina, che dell'istituto in parola si è diffusamente occupata⁴⁴ ha analizzato in modo approfondito le norme introdotte ad Amsterdam e a Nizza nel Trattato UE (art. 43 ss.) e nel Trattato CE (art. 11 ss.), chiarendo le condizioni richieste per il corso alla cooperazione rafforzata e le regole di procedura da osservare in proposito.

Mentre su questi aspetti le posizioni dottrinali non fanno registrare differenze degne di nota, un quadro senz'altro più articolato si delinea per quanto riguarda gli effetti che una cooperazione che si sviluppi fra alcuni soltanto degli Stati membri può esercitare sul processo di integrazione europea. Una parte degli studiosi, nel rilevare l'esistenza di aspetti sia negativi che positivi, mettono l'accento su questi ultimi, in una prospettiva di sviluppo di tale processo⁴⁵; altri autori, per contro, nel denunciare il rischio che “gli Stati che hanno avviato la cooperazione rafforzata possano imporre agli altri la direzione del percorso”⁴⁶, sottolineano che l'esistenza di un diverso grado di integrazione è visto nel sistema del Trattato come “un fatto eccezionale e temporaneo”, risultando altrimenti problematica “la ricomposizione dell'azione comunitaria”⁴⁷.

A nostro giudizio, l'esistenza di qualche motivo di perplessità non può far dimenticare, in primo luogo, come sia una valutazione sostanzialmente positiva quella che nei Trattati istitutivi complessivamente prevale: a tale riguardo, va in particolare tenuta presente la circostanza che nel Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 sia stata integrata la disciplina concordata ad Amsterdam nel 1997, sottolineando (art. 43, 1° co., lett. a) che la cooperazione rafforzata deve essere “diretta a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione e della Comunità, a proteggere e servire i loro interessi e a rafforzare il loro processo di integrazione”. Ancora più significativo è il Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen” nell'ambito dell'Unione europea, allegato al Trattato di Amsterdam: ad un accordo circa una tale integrazione si perviene sulla base della rilevazione che “gli accordi firmati da alcuni Stati membri dell'Unione europea a Schengen il 14 giugno 1985 e il 19 giugno 1990 (...) *mirano a promuovere l'integrazione europea* e, in particolare, a consentire all'Unione europea di trasformarsi più rapidamente in uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia”⁴⁸.

Se ben si osserva, la cooperazione rafforzata che, in virtù dell'art. 1 del Protocollo, gli Stati parte degli Accordi di Schengen sono “autorizzati ad instaurare” (così l'art. 1 del citato Protocollo) è quella stessa cooperazione che, in assenza di qualsiasi autorizzazione, alcuni Stati avevano comunque avviato a partire dal 1985, con un processo che aveva visto la progressiva adesione di altri

⁴⁴ G. GAJA, *La cooperazione rafforzata*, in AA. VV., *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 61 ss.; E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra il sistema della cooperazione rafforzata e il sistema delle relazioni esterne della Comunità*, *ivi*, p. 49 ss.

⁴⁵ G. GAJA, *op. cit.*, spec. pp. 61, 63 e 67; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁶ E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 82.

⁴⁸ Corsivo aggiunto.

Stati che, a quella data, non figuravano fra le Parti contraenti. Si è quindi in presenza di una sorta di “riconoscimento *ex post*” del contributo che, con una decisione innegabilmente di parte, un certo numero di Stati avevano dato allo sviluppo del processo di integrazione.

Una conferma, in definitiva, delle conclusioni raggiunte nella prima parte del presente paragrafo circa il ruolo che, indipendentemente dall’esistenza di previsioni contenute nei Trattati istitutivi, una parte degli Stati membri può effettivamente svolgere.

8. A partire dalla metà degli anni ’60 – a datare, cioè, dallo scritto di Rolando Quadri dal quale la presente indagine ha preso le mosse –, molti cambiamenti sono intervenuti all’interno del sistema creato con i Trattati istitutivi, e di questi cambiamenti il giurista non potrebbe che prendere doverosamente atto. In particolare, sono sicuramente da tener presenti, da un lato, la determinante influenza esercitata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine al tipo di evoluzione che il sistema comunitario ha fatto registrare negli ultimi 40 anni; dall’altro, la conseguente espansione delle competenze della Comunità e dell’Unione, con un progressivo “trasferimento” di attribuzioni dagli Stati alle istituzioni comunitarie.

Sarebbe tuttavia privo di fondamento, alla luce di quanto ora richiamato, giungere all’affrettata conclusione che di poteri degli Stati membri, in ordine ad un progressivo sviluppo del sistema, non sia oggi più il caso di parlare, dovendo gli Stati essere visti essenzialmente come destinatari di obblighi al cui rigoroso rispetto gli stessi sarebbero definitivamente tenuti.

L’indagine qui condotta ha infatti consentito di raggiungere alcune conclusioni, che conviene di seguito evidenziare:

- in primo luogo, è da respingere la tesi secondo la quale gli Stati membri, solo perché giungono a concludere *inter se* un numero di accordi innegabilmente inferiore rispetto a quelli registrati fino alla metà degli anni ’60⁴⁹, sarebbero ormai privi del potere di influire sullo sviluppo dell’intero sistema, condizionato essenzialmente dalle decisioni delle istituzioni comunitarie;

- in realtà (e questo è il secondo punto che va sottolineato), gli Stati membri continuano a svolgere un ruolo di particolare rilievo nello sviluppo del processo di integrazione europea, sia pur con modalità in larga misura diverse. Con la dottrina prevalente, riteniamo che l’attività del Consiglio europeo debba essere ricondotta alla volontà degli Stati membri collettivamente considerati, i quali intervengono quando si tratti di rimuovere i maggiori ostacoli sulla via di una progressiva integrazione e di definire le grandi scelte che, in questa prospettiva, devono essere fatte. È per risolvere problemi di questo tipo che si è fatto ricorso prima ai Vertici e poi al Consiglio europeo: i tentativi di far rientrare quest’ultimo fra le istituzioni, rendendo così problematico l’esercizio di quelle funzioni

⁴⁹ Ipotizza che gli accordi fra gli Stati membri possano risultare “uno strumento in via di estinzione”, L. S. Rossi, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell’Unione europea*, Milano, 2000, p. 275 ss.

per lo svolgimento delle quali è stato previsto, sono da considerare con grande perplessità;

- i cambiamenti che si sono prodotti durante gli ultimi 40 anni non potrebbero essere del tutto compresi senza far riferimento alle decisioni assunte dagli Stati membri, attraverso accordi conclusi all'unanimità, o in taluni casi con l'acquiescenza degli Stati che, contrari a determinate scelte, non sono tenuti all'osservanza delle decisioni stesse. La circostanza che le "deliberazioni" del Consiglio europeo aventi la natura di accordi giuridicamente o politicamente rilevanti non possano direttamente incidere sulle norme dell'ordinamento comunitario non ne riduce affatto la particolare rilevanza. L'abituale rispetto di queste deliberazioni è, come si è potuto constatare, un aspetto che caratterizza il processo di integrazione europea durante l'arco di tempo qui preso in esame, e che non sarebbe realistico continuare, secondo una diffusa tendenza, a sottovalutare.

Abstract

Duties and Powers of Member States in the EU

The article is an attempt to provide a critical assessment of the tendency of the European Court of Justice and the majority of legal writers to consider Member States almost exclusively as addressees of obligations within the framework of the Community's legal system. According to the Author this is not a correct view because it fails to acknowledge both the powers that the Member States enjoy in accordance with the fundamental principles of international law and the positive role that they have effectively played since the beginning of the process of the European integration in connection with the development of the system created by the founding Treaties. In particular, the role played by the Member States considered as a whole is highlighted through a precise reconstruction of the "decisions" that were adopted, initially at Meetings of the Heads of State or Government and later by the European Council, and whose importance cannot be overestimated especially in relation to the changes that have been made to the Treaties down through the years.

Mario Sarcinelli

UEM ed Euro: i successi del passato e le sfide del futuro*

SOMMARIO: 1. Euro, un successo non percepito. – 2. UEM, la mancanza della “gamba” economica. – 3. Prospettive di bassa crescita. – 4. Un esercizio econometrico per l’Italia. – 5. La Strategia di Lisbona. – 6. *Segue*: sua ridefinizione dopo il 2010. – 7. Idee per la parte economica dell’UEM. – 8. Successi dell’Euro e integrazione dei mercati finanziari. – 9. Ragioni per un ruolo internazionale dell’Euro. – 10. Ampliamento dell’Eurozona. – 11. Prospettive per gli *outsiders*. – 12. Possibili uscite dall’Eurozona. – 13. Quali conseguenze dalla crisi in corso per l’Europa? – 14. Sfide per il prossimo decennio.

1. L’Unione economica e monetaria (UEM) è un’esperienza storicamente straordinaria, sostenuta dalla fede di quanti hanno condiviso l’intuizione di Jean Monnet, dall’impegno di politici e funzionari nel disegnare, prima, e far funzionare, poi, la nuova istituzione monetaria pluristatale, dall’entusiasmo per l’Euro di molta parte della popolazione europea al momento del suo lancio come moneta prevalentemente per le transazioni finanziarie nel 1999, divenuta tre anni dopo moneta a corso legale ad ogni effetto. Nacque anche circondata dallo scetticismo di economisti soprattutto anglosassoni o di scuola monetarista che nel tempo hanno in parte rivisto le loro posizioni⁵⁰.

Tuttavia, la percezione del pubblico in vari Paesi, compreso il nostro, è diventata sempre più critica dell’Euro, addebitando alla sua introduzione ogni sorta di mali, ma in particolare la scarsa crescita del reddito disponibile e un aumento dei prezzi ben maggiore di quello incorporato negli indici ufficiali. Quello che è stato sul piano economico e su quello politico un chiaro successo ha innescato percezioni negative nel corpo sociale che hanno portato ad addebitare al nuovo metro monetario responsabilità che appartengono, invece, all’invecchiamento della popolazione, al mancato aumento della produttività, all’insufficienza degli investimenti in istruzione, ricerca e sviluppo, all’abbandono di un disegno riformatore nel campo istituzionale come in quello gestionale. Si è

* Sono grato al prof. Alessandro Roncaglia per aver letto e commentato una precedente versione di questo lavoro, di cui resto l’unico responsabile.

⁵⁰ L. JONUNG, E. DREA, *The Euro: It Can’t Happen, It’s a Bad Idea, It Won’t Last. US Economists on the EMU, 1989-2002*, paper prepared for the AEA (American Economic Association) meeting, San Francisco, 3 gennaio 2009 (www.aeaweb.org, reperibile *on line*).

trattato di aspettative eccessive riposte nell'avvento dell'Euro quasi fosse un *deus ex machina*? O di insufficiente comunicazione, sempre più chiamata in causa per giustificare il successo o l'insuccesso di qualsiasi decisione o evento? O come si è a lungo argomentato di inadeguata organizzazione e/o gestione della fase di transizione?

A dieci anni di distanza conviene passare in rassegna gli indubbi successi che l'Euro ha fatto segnare sia sotto il profilo economico come sotto quello politico e chiedersi quali sfide si porranno ad esso nel prossimo decennio⁵¹, anche se sono andate deluse alcune aspettative, ad esempio in tema di crescita. Per questa analisi mi avvarrò quasi esclusivamente di pubbliche valutazioni maturate negli uffici della Commissione⁵² e attraverso la penna di un autorevole membro⁵³ del Comitato esecutivo della BCE.

2. “Il mancato sviluppo del ramo economico dell'UEM, nel confronto con quello monetario, ha anche alimentato la preoccupazione che l'Eurozona sia incapace di affrontare le sfide fondamentali che le si parano dinanzi”⁵⁴. Il vanto di essere vecchio è di avere ricordi. Quelli personali mi permettono di riandare con la memoria alla fase di preparazione dell'UEM, vale a dire al Vertice di Madrid del 1989, che partorì l'accordo di assumere come base il Rapporto Delors e di iniziare la preparazione per una Conferenza inter-governativa (CIG)⁵⁵. La mancanza di una data per quest'ultima rendeva palpabile il rischio di declassamento del Rapporto Delors a una “buona” base per il proseguimento dei lavori, invece di essere “la” base della futura Unione economica e monetaria.

Nel luglio 1989, fu lanciata dall'allora Ministro degli esteri francese, Dumas, un'iniziativa per mantenere alta la pressione politica, tenere a bada i ministeri delle finanze che erano rimasti fuori dal Gruppo Delors ed evitare che evaporasse il consenso che era stato ottenuto a Madrid. Essa si sostanziò nella costituzione di un gruppo ad alto livello, formato da due alti funzionari, uno degli esteri e uno delle finanze, per ciascun Paese membro e presieduto dalla Francia per preparare i temi che la CIG avrebbe dovuto affrontare. La Presidenza fu affidata a Elisabeth Guigou, che nominò Tommaso Padoa Schioppa consigliere speciale, per assicurare la continuità col Gruppo Delors, di cui questi era stato *rappporteur*.

Durante i lavori del Gruppo Guigou, cui partecipai come rappresentante del Ministero del Tesoro, feci almeno un intervento sullo scarso peso che all'unione

⁵¹ M. WOLF, *EMU's Second 10 Years May Be Tougher*, in *FT.com*, 27 maggio 2008 (www.ft.com, reperibile *on line*).

⁵² Cfr. l'ampio studio condotto dalla Direzione generale per le questioni economiche e finanziarie della Commissione europea e intitolato *EMU@10: Successes and Challenges after 10 Years of Economic and Monetary Union*, pubblicata nel 2008 (ec.europa.eu, reperibile *on line*).

⁵³ L. BINI SMAGHI, *Il paradosso dell'euro. Luci ed ombre dieci anni dopo*, Milano, 2008.

⁵⁴ *Communication from the Commission*, in *EMU@10*, cit., p. 7.

⁵⁵ Per la ricostruzione di queste vicende si rinvia a: K. DYSON, K. FEATHERSTONE, *The Road to Maastricht: Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford, 1999.

economica veniva assegnato nell'ambito dell'UEM, ma senza ottenere appoggio alcuno per ampliarne la dimensione e i compiti. Ero pienamente consapevole: a) che se avessi trovato alleati, rischiavo di allontanare la fissazione della data per la CIG e di rimettere in discussione il Rapporto Delors facendolo diventare una "buona" base per delinearne l'UEM; b) che quest'ultima nascendo sbilanciata sul fianco monetario avrebbe avuto qualche problema di funzionamento e di accettazione in più nel tempo. Feci buon viso a cattivo gioco, sperando che l'esperienza si sarebbe incaricata di consigliare un migliore equilibrio tra le due branche. Il timore espresso dal Commissario Almunia, perciò, non mi ha trovato impreparato...

3. Secondo il citato studio degli uffici della Commissione, una crescita potenziale intorno al 2% l'anno è obiettivamente troppo bassa, ma nella proiezione al 2050 ne è prevista, a cominciare dal 2012, una progressiva discesa all'1% circa a causa: a) della produttività totale dei fattori particolarmente bassa per la scarsa diffusione di nuova tecnologia, nonostante si ipotizzi un ritorno dell'efficienza verso valori più normali; b) soprattutto, della flettente offerta di lavoro implicita nelle più recenti proiezioni demografiche dell'Eurostat, che può essere attenuata dall'aumento dei tassi di attività e dall'immigrazione. A minare la coesione dell'UEM, oltre all'insufficiente crescita, contribuiscono differenze rilevanti e durevoli tra i Paesi membri con riferimento all'inflazione, ai costi unitari del lavoro, ai conti pubblici.

Il secondo decennio dell'UEM si troverà di fronte all'invecchiamento della popolazione nei Paesi membri con effetti: a) sul rapporto tra la popolazione attiva e quella inattiva; b) sulla quota del Pil assorbita dal pagamento delle pensioni a una popolazione anziana, per giunta con aspettative di vita in aumento; c) sulle spese sanitarie destinate ad espandersi per la crescente domanda terapeutica e di prevenzione da parte dell'intera popolazione, per le necessità di cura degli anziani, talvolta lungodegenti, per il progresso nella diagnostica in generale e nella terapia di molte malattie in particolare.

A queste sfide che si originano nella demografia l'Eurozona non sembra essere nelle migliori condizioni per rispondere adeguatamente, come esplicitamente afferma lo studio⁵⁶. Si può cercare, però, di reagire aumentando la partecipazione delle donne al mercato del lavoro, riducendo la disoccupazione, accrescendo le ore di lavoro, incentivando la produttività, azioni che in gran parte restano affidate ai singoli Paesi. Una spinta potrebbe derivare dal coordinamento delle azioni degli Stati membri o dall'attuazione della Strategia di Lisbona così come essa è stata concepita (vedi *infra*, paragrafi 4 e 5).

4. Indugiando ancora un po' sul tema della crescita, se la prognosi è preoccupante per l'Europa, quella per l'Italia è veramente allarmante e la Strategia di Lisbona non appare essere una terapia sufficiente. La progressiva perdita di

⁵⁶ EMU@10, cit., p. 161.

velocità dell'economia italiana dai lontani anni del "miracolo economico" a questo primo decennio del nuovo secolo è ben nota e deriva fundamentalmente da politiche economiche inappropriate⁵⁷. Quasi tutta l'indagine empirica sul tema, com'era da attendersi, non ha identificato una causa unica o prevalente, ma un insieme di fattori. Una ricerca da me condotta con la determinante collaborazione di due giovani studiosi⁵⁸ ha cercato di contribuire a chiarire l'affievolimento del tasso di crescita e di avanzare qualche suggerimento per rafforzarlo analizzando l'andamento dei *drivers* individuati dai moderni modelli di crescita endogena, nei quali è sempre presente l'*investment ratio*, cioè il volume di investimenti rispetto al Pil.

Il fattore più importante, oggetto di molte critiche e dibattiti in Italia, è il capitale umano, una variabile in verità multidimensionale che comprende anche il grado di civismo. A causa della scarsa "produttività" del sistema dell'istruzione, il Paese non riesce a dotarsi di un adeguato capitale umano, inteso come insieme delle conoscenze e delle competenze incorporate in ogni individuo. Sotto questo aspetto l'Italia si colloca al di sotto della media dei Paesi industrializzati. Ciò emerge in termini sia quantitativi (basso numero medio di anni di studio per abitante), sia qualitativi (insufficienti capacità nella comprensione e nell'apprendimento).

Un'altra variabile rilevante per la crescita è presumibilmente il grado di apertura al commercio estero, misurato come media di *import* ed *export* rispetto al Pil. Nel confronto con gli altri Paesi, il nostro rapporto appare modesto, traducendosi in un'insufficiente pressione competitiva sulle imprese nazionali e in un'inadeguata circolazione di idee, tecnologie, novità nelle strutture organizzative.

Infine, la tendenza all'invecchiamento della popolazione italiana, riflessa nell'indice di dipendenza strutturale – ovvero il rapporto tra la parte della popolazione non attiva e quella totale – implica una disponibilità sempre minore di forza lavoro e una maggiore incidenza delle spese sociali e per la sanità, con conseguente riduzione delle risorse da utilizzare in investimenti.

Utilizzando il modello teorico della crescita endogena e mediante la stima di un modello econometrico sui *drivers* della crescita, si sono delineati gli scenari prospettici e illustrate le riforme per rilanciare la crescita, per rimettere in moto l'economia italiana. Identificando le politiche e i valori degli strumenti che consentono di passare a uno scenario obiettivo da quello inerziale – che incorpora un ciclo vizioso tra contenimento del debito pubblico, tagli a fondamentali capitoli di spesa e progressiva riduzione del tasso di crescita di lungo periodo – si

⁵⁷ R. FAINI, A. SAPIR, *Un modello obsoleto? Crescita e specializzazione dell'economia italiana*, in T. BOERI e al., *Oltre il declino*, Bologna, 2005, ripubblicato in inglese in M. BUTI (ed.), *Italy in EMU*, Basingstoke, 2008, p. 1 ss.; v. anche M. BUTI (ed.), *op. cit.*, p. XXI; L. BARDONE, V. E. REITANO, *Italy in the Euro Area: The Adjustment Challenge*, e i commenti di V. GRILLI e di D. GROS, *ivi*, p. 37 ss.

⁵⁸ P. CASADIO, A. PARADISO, M. SARCINELLI, *La politica economica: quale aiuto allo sviluppo in Italia?*, in corso di revisione finale per la pubblicazione su *Economia italiana*.

riesce a stabilizzare il *trend* della crescita intorno all'1% *pro capite* e si alleggerisce parallelamente il peso del debito rispetto al Pil.

Perché vi sia il ritorno a condizioni “vitali” dell’economia italiana, un’esigenza primaria non solo economica ma anche sociale, si richiedono interventi incisivi in molti campi. Ad esempio, una politica volta a chiudere il *gap* del livello di istruzione, misurato in termini di anni medi di studio e in termini qualitativi (indagine PISA dell’OCSE) rispetto agli altri Paesi, può favorire una crescita più vivace, alla luce del modello di crescita studiato. Altri investimenti sono quelli in ricerca e sviluppo ed infrastrutture che vedono l’Italia sempre come fanalino di coda rispetto alla media dei maggiori Paesi industrializzati (e non solo...). Questa politica economica richiede, però, un aumento della spesa per investimenti difficilmente ottenibile attraverso la compressione di quella corrente e quindi incompatibile con i vincoli che derivano dal Trattato di Maastricht e dal più volte re-interpretato Patto di stabilità e crescita. D’altra parte, il rispetto di questi ultimi finirebbe col mandare in crisi il sistema pensionistico e quello sanitario. Se la crisi finanziaria in corso, che ha già visto un allentamento della politica di bilancio e di quella in tema di aiuti di Stato, non porterà a una revisione di quei vincoli anche per il lungo periodo, l’Italia sarà posta dinanzi a scelte drammatiche.

5. Per fronteggiare le sfide della globalizzazione, nel 2000 fu definita a Lisbona una Strategia decennale con l’intento di far divenire quella europea l’economia della conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, capace di generare una crescita economica durevole, migliorare qualitativamente e quantitativamente l’occupazione, sviluppare una più forte coesione sociale⁵⁹. Salvo inversioni di tendenza che nessuno si augura, anche negli anni ’10 di questo secolo la globalizzazione continuerà, con la concorrenza delle economie emergenti nei confronti di quelle industrialmente mature, con benefici per consumatori e produttori, ma con danno per i lavoratori a bassa specializzazione e per i Paesi con struttura produttiva incentrata su beni tradizionali. La prospettiva di disoccupazione e di ancor più bassi salari per i primi è alla base di un certo risentimento degli strati più bassi della popolazione e delle organizzazioni sindacali che li rappresentano; la necessità di adattamento e di riconversione per le seconde è un imperativo che le classi politiche e quelle imprenditoriali spesso non colgono con tempestività. Anche se nello studio della Commissione è visto come un fattore a se stante, è sempre un portato della globalizzazione l’affacciarsi di grandi Paesi come la Cina e l’India allo stadio della civiltà dei consumi, il che ovviamente tenderà a spingere verso l’alto i prezzi delle derrate alimentari e dell’energia.

Poiché la Strategia di Lisbona risulta più invocata che praticata, è bene ripercorrerne il non esaltante cammino. Furono fissati, a più riprese, gli obiettivi da

⁵⁹ Per questa parte sulla Strategia di Lisbona, riprendo quanto da me scritto in *L’Europa tra realtà effettuale, volontà popolare e opzioni politiche*, in questa *Rivista*, 2008, p. 495 ss., partic. p. 507 s.

raggiungere, entro la fine del decennio, per il tasso di crescita, per quelli di occupazione distinta per sesso ed età, per la riduzione dei gas serra, in applicazione del Protocollo di Kyoto, e per altri ancora. I risultati di questa Strategia sono stati sino ad oggi, a dir poco, ineguali tra i vari membri dell'Unione; il colpevole è stato individuato soprattutto nel metodo di coordinamento aperto che lascia all'iniziativa dei singoli Stati e delle parti interessate il raggiungimento degli obiettivi fissati. I primi quattro anni non produssero molto e solo grazie al Rapporto Kok vi fu un rilancio nel 2005 con una ridefinizione degli obiettivi, più coerente e ristretta. Un terzo ciclo è stato lanciato per il 2008-10.

6. Nell'Europa a 27 quella di Lisbona è divenuta la Strategia centrale per le problematiche economiche, sociali e ambientali, da affrontare soprattutto con riforme strutturali. Se nel breve termine è difficile non continuare lungo il cammino intrapreso, nel medio e nel lungo periodo essa sembra non costituire più una risposta sufficiente alla globalizzazione: quest'ultima non viene più spinta soltanto dagli Stati Uniti, ma anche dai nuovi giganti come i BRICs (Brasile, Russia, India e Cina); la problematica energetica e quella ambientale – sempre che venga smentita la recente tesi avanzata dai climatologi dell'Università dell'Illinois sul ritorno dei ghiacciai al livello del 1979⁶⁰ – stanno assumendo un'urgenza e una dimensione eccezionali; il rischio di geo-politicizzazione dei flussi di capitale e di quelli energetici sta diventando sempre più acuto. Mentre scrivo è ancora in corso il braccio di ferro tra Russia e Ucraina sul prezzo del gas, del quale sta facendo le spese l'Europa attraverso la riduzione dei rifornimenti e che presumibilmente si risolverà ancora una volta con un compromesso destinato a non durare, salvo che l'Ucraina non decida di rimanere politicamente equidistante tra la Russia e l'Unione europea

Dopo il 2010, perciò, sarà opportuno ridefinire la Strategia di Lisbona per imprimerle un ritmo più incalzante ed una intensità più forte lungo gli assi centrali della competitività e dell'innovazione, avendo riguardo agli aspetti sociali e ambientali e traendo beneficio da un migliore coordinamento e da un più efficace utilizzo degli strumenti comunitari. Per sottolinearne la continuità questa Strategia rafforzata potrebbe continuare ad essere denominata di Lisbona o Lisbona-*plus*. In assenza, però, di qualche mutamento al livello delle istituzioni, del metodo di coordinamento e/o delle condizioni economiche dell'UE è difficile ipotizzare un cambiamento di ritmo nell'attuazione della Strategia.

A questa componente interna, però, se ne dovrebbe affiancare una esterna, organizzata principalmente attraverso un insieme di politiche comuni integrate, da mettere in azione in modo coerente da parte di istituzioni dotate di un'effettiva capacità di decisione nell'ambito di una visione strategica globale. Questa dimensione, completamente assente nel 2000 quando la Strategia di Lisbona

⁶⁰ Si veda F. FORESTA MARTIN, *E i ghiacciai non si ritirano più: «L'effetto serra sembra svanito»*, in *Corriere della Sera*, 6 gennaio 2009, p. 21.

venne inizialmente lanciata, diventa assolutamente necessaria con l'approfondirsi e il generalizzarsi della globalizzazione.

D'altra parte, l'Unione europea è divenuta un attore nell'economia globalizzata in quelle materie in cui si è dotata di competenze e di politiche comuni, tra cui quella commerciale, quella agricola, quella di cooperazione, la dimensione internazionale, infine, del mercato interno e della politica monetaria. A queste politiche, se ne dovrebbero aggiungere altre con forte rilevanza esterna, ad esempio nel settore energetico e ambientale, in quello dell'immigrazione e del co-sviluppo, nella sorveglianza comunitaria sull'acquisizione di imprese nei settori sensibili da parte di interessi extra-comunitari⁶¹; se la globalizzazione tendesse a geo-politicizzarsi ancor più, sarebbe difficile confidare completamente nella mano invisibile del mercato⁶². Questo sviluppo della dimensione e della presenza dell'Unione nel mondo giustifica pienamente gli sforzi per istituire la figura dell'Alto Rappresentante per gli affari esteri e il servizio congiunto per l'azione esterna, previsti nel Trattato di riforma.

7. Per la mancanza di una vera "gamba" economica che la Strategia di Lisbona non è stata in grado di costruire attraverso l'esempio dei più virtuosi, la percezione dell'UEM è che essa costituisca una struttura di vincoli e di obblighi che serva soltanto a permettere alla BCE di onorare il suo mandato, cioè la stabilità dei prezzi, e che tutti gli altri attori, dai governi ai singoli ministri, si muovano o siano costretti a muoversi in funzione di quell'obiettivo. Ne consegue che allo stesso Euro venga addebitata nelle indagini demoscopiche la scarsa crescita come pure un'inflazione percepita ben più elevata di quella statisticamente registrata.⁶³ È tempo di affrontare il tema di un ri-equilibrio tra la dimensione monetaria e quella economica dell'UEM? A mio avviso, no o almeno non ancora, considerato lo stato di incertezza che ancora circonda il Trattato di riforma che ha sostituito l'abortito Trattato costituzionale. Nell'ultimo Consiglio europeo sotto Presidenza francese si è convenuto di dare le necessarie garanzie per rispondere alle preoccupazioni irlandesi a proposito di tassazione, famiglia, questioni sociali e problematiche di sicurezza e difesa. Nel presupposto che questo lavoro sia completato per la metà del 2009, il Governo irlandese si è impegnato a richiedere la ratifica del Trattato di Lisbona entro la fine del mandato della Commissione in carica.

Comunque, non mancano coloro, come Targetti⁶⁴, che caldeggiavano una maggiore integrazione europea attraverso una compiuta dimensione politica e una

⁶¹ Sul rilancio e sull'arricchimento sul fronte interno come su quello esterno della Strategia di Lisbona si veda L. COHEN-TANUGI, *Une stratégie européenne pour la mondialisation. Rapport en vue de la présidence française du Conseil de l'Union européenne*, aprile 2008 (www.euromonde2015.eu, reperibile *on line*).

⁶² Il Governo tedesco ha già annunciato di volersi riservare il diritto di bloccare ogni acquisizione per oltre un quarto di un'impresa nazionale da parte di investitori extra-europei per ragioni di sicurezza; si veda A. MALAN, *La Germania alza il muro contro i fondi sovrani*, in *Il Sole-24 Ore*, 21 agosto 2008, p. 1 e p. 6.

⁶³ Su questa problematica, si veda L. BINI SMAGHI, *op. cit.*, p. 25 ss.

⁶⁴ F. TARGETTI, *Governance europea*, dattiloscritto del 18 giugno 2008, p. 1 ss.

serie di riforme economiche che implichino ulteriori cessioni di sovranità da parte degli Stati membri; tra di esse, la più importante è la costituzione del Tesoro della Federazione europea. In un riservato incontro con l'autore per queste coraggiose proposte non ho mancato di manifestare ammirazione, ma anche grandi perplessità per la loro realizzazione in un futuro prevedibile. Ulteriori cessioni di sovranità oggi sembrano ancora improponibili, anche se non escludo che la crisi finanziaria ed economica che stiamo vivendo possa indurre, invece che a un protezionismo su base nazionale, a un ampliamento della collaborazione intergovernativa e auspicabilmente anche della dimensione comunitaria.

Un'idea lanciata per ampliare il contesto intergovernativo è quella di coordinare le emissioni di debito pubblico, destinate ad aumentare tra l'altro per ricapitalizzare banche e, forse, anche imprese produttive degli Stati membri. È un'operazione possibile, che non abbisogna di modifiche ai Trattati, ma necessita di una volontà politica ben precisa. Infatti, nelle trattative per il Trattato di Maastricht venne stabilito che l'UEM non avrebbe comportato alcun impegno al *bail-out* di uno Stato da parte degli altri. La predisposizione e l'osservanza di un comune calendario nelle emissioni può essere interpretato come un iniziale *vulnus* a quel principio? È difficile dirlo, anche se un accademico italiano⁶⁵ e lo stesso Commissario Almunia vi ha fatto riferimento di recente⁶⁶. Gli incentivi di fare ricorso a un tale strumento per il coordinato ricorso al mercato aumentano se ne derivano apprezzabili vantaggi economici, come di recente è stato sostenuto attraverso esercizi econometrici⁶⁷.

Se per la branca economica l'agenda del secondo decennio appare suscettibile soltanto di marginali estensioni, secondo lo studio degli uffici della Commissione essa dovrebbe, comunque, prevedere un più efficace sistema di governo economico. Questo dovrebbe comportare un approfondimento del coordinamento e della sorveglianza, vale a dire: a) un allargamento della vigilanza macroeconomica ben al di là della politica fiscale come è stata tradizionalmente intesa; b) una migliore integrazione delle riforme strutturali nel coordinamento delle politiche.

Che le intenzioni siano buone e condivisibili, non v'è dubbio. Tuttavia, viene da chiedersi: a) come mai ciò che non è stato fatto sinora diventerebbe possibile nel prossimo futuro; b) quali sono le *chances* che nel secondo decennio si realizzi ciò che nel primo è mancato; c) se non sia necessario migliorare il quadro istituzionale per rendere possibile una più completa sorveglianza macroeconomica. Infatti, nel secondo decennio per poter allargare il coordinamento macroeconomico e far rientrare in quest'ultimo anche la politica strutturale i ministri delle finanze dovrebbero entrare in rotta di collisione con i loro colleghi di settore; al tempo stesso dovrebbero perdere ogni competenza a livello internazio-

⁶⁵ G. MAGNIFICO, *Euro: squilibri finanziari e spiragli di soluzione*, Roma, 2008.

⁶⁶ J. CROSBIE, *Almunia: Eurozone Debt Agency Back on Agenda*, in *European Voice*, 15 gennaio 2009, p. 1.

⁶⁷ A. COPPOLA, G. PIGA, *Serve la regia di un'Agenzia europea*, in *Il Sole-24 Ore*, 8 gennaio 2009, p. 5.

nale in materia monetaria, se si concretizzerà l'auspicato disegno di far parlare l'Euro con una sola voce (vedi *infra*, par. 9). È possibile tutto ciò senza fondamentali modifiche nella struttura istituzionale degli Stati membri e/o dell'Unione europea?

8. Nonostante la sbilanciata struttura dell'UEM, notevolissimi, per qualcuno inattesi, sono stati comunque i successi conseguiti nei primi dieci anni sul fronte monetario in un ambiente "benigno", che negli Stati Uniti, sino alla crisi recente, è stato definito della *great moderation*. Infatti, con l'imbrigliamento delle pubbliche finanze i temuti *shock* asimmetrici da domanda hanno lasciato il campo a quelli comuni all'intera area per effetto di fluttuazioni nel tasso di cambio, alternanze nei prezzi delle materie prime e dell'energia, spostamento dei vantaggi comparati. Inoltre, la gestione monetaria è stata in grado di ancorare le aspettative inflazionistiche, salvaguardando il potere d'acquisto della nuova moneta, anche se i consumatori hanno spesso percepito un'inflazione maggiore di quella statisticamente registrata⁶⁸. La dimensione dell'area in cui l'Euro ha assunto corso legale ha, infine, contribuito a diffonderne l'uso come moneta in cui fatturare, effettuare pagamenti, denominare le attività finanziarie e accumulare riserve⁶⁹.

Anche se la globalizzazione finanziaria non è esplicitamente annoverata tra le sfide, ben presente nello studio è la sua dimensione intra-europea. Infatti, viene riconosciuto come fondamentale e pervasivo il legame tra la moneta unica e l'integrazione dei mercati finanziari. In un'area valutaria formata da più Stati, per l'assenza del tasso di cambio e per giunta, nel caso dell'Eurozona, di un sostanziale potere fiscale a livello centrale, l'aggiustamento deve procedere attraverso il flusso dei fattori e/o la variazione dei loro prezzi. L'onere ricade quindi sul lavoro e sul capitale. Il primo, però, è caratterizzato da un livello dei salari piuttosto rigido verso il basso e da una migrazione all'interno dell'area costosa e difficile per ragioni sociali. Al contrario, il capitale e in particolare quello finanziario: a) è altamente mobile; b) permette la condivisione del rischio; c) consente la redistribuzione intertemporale dei consumi, che si rivela essenziale dove la dimensione e il ruolo del bilancio federale non permettono una funzione compensatrice; d) rende più efficace la politica monetaria migliorandone i meccanismi di trasmissione; e) riduce il ruolo della politica fiscale quale strumento di stabilizzazione a causa dell'integrazione dei mercati e della maggiore probabilità di *shock* di offerta, da affidare di preferenza al mercato, non a una politica fiscale discrezionale; f) incoraggia le riforme strutturali facendo affluire i fondi dove sono più produttivi in un'area valutaria al cui interno non esiste più rischio di cambio, non è più avvertito quello della bilancia dei pagamenti, risulta in diminuzione la preferenza per gli emittenti locali⁷⁰.

⁶⁸ Si veda nota 9.

⁶⁹ L. BINI SMAGHI, *op. cit.*, p. 77 ss.

⁷⁰ I timori sulla permanenza della Grecia e di altri Paesi dell'Europa meridionale nell'Eurozona a causa dell'attuale crisi finanziaria derivano dal forte squilibrio della bilancia dei pagamenti; si

Il lato spiacevole della finanza è rappresentato, come si è già ampiamente accennato, dalla formazione di bolle, da cicli di *boom and bust*, da un accresciuto rischio di contagio, da un andamento pro-ciclico dei flussi finanziari. Tutto ciò richiede un'adeguata risposta di regolazione prudenziale e di supervisione a livello nazionale o, meglio, sopranazionale: "La globalizzazione finanziaria sembra avere aumentato il potenziale per crisi finanziarie di grande ampiezza, con importanti rotture nel processo di crescita"⁷¹.

Infatti, l'impalcatura della supervisione resta statica e in misura prevalente ancorata al livello nazionale. Attualmente l'impostazione è fondata sulla decentralizzazione con tentativi di collaborazione istituzionalizzata, principalmente attraverso: a) i comitati di livello 3 nelle procedure Lamfalussy; b) il supervisore principale per i gruppi transnazionali⁷². Questa problematica non è solo istituzionale, ma anche amministrativa, cioè di procedure, prassi e attribuzione di responsabilità tra Paese e Paese. Le politiche prudenziali sono, invece, vincolate alla convergenza in tema di regolazione e supervisione, e caratterizzate dall'*home country principle*, in base al quale istituzioni straniere sono assoggettate alla vigilanza del Paese in cui ha sede legale la capogruppo.

Il futuro ha in grembo l'istituzione di un singolo supervisore a livello dell'UE? È questa una soluzione alla quale mi sono dichiarato favorevole sin dalla firma del Trattato di Maastricht⁷³ e innumerevoli volte successivamente⁷⁴. Su impulso della Commissione un gruppo di lavoro, cui ha partecipato per l'Italia Rainer Masera, sotto la Presidenza di Jacques de Larosière ha prodotto sulle problematiche che la crisi in corso ha sollevato 31 raccomandazioni formulate all'unanimità e quasi tutte articolate in diversi suggerimenti⁷⁵. Sul regolatore europeo il Gruppo de Larosière ha formulato proposte abbastanza interessanti, distinguendo una supervisione a livello sistemico sotto la presidenza della BCE da quelle microprudenziali affidate a tre agenzie, rispettivamente per banche, assicurazioni e mercati. Tuttavia, esse sono state giudicate troppo caute da alcuni addetti ai lavori e niente affatto innovative da Lorenzo Bini Smaghi, interprete del disappunto della BCE⁷⁶.

veda L. THOMAS JR., *Once a Boon, Euro Now Burdens Some Nations*, in *New York Times*, 24 gennaio 2009.

⁷¹ *EMU@10*, cit., p. 162.

⁷² M. SARCINELLI, *La riforma dell'architettura di vigilanza europea*, introduzione al convegno ABI "La riforma dell'architettura di vigilanza europea. Opportunità e rischi nell'ottica del mercato unico dei servizi finanziari" tenutosi a Roma il 17 ottobre 2008, in *Bancaria*, 2009, n. 1, p. 25 ss.

⁷³ M. SARCINELLI, *La banca centrale europea: istituzione concettualmente 'evoluita' o all'inizio della sua 'evoluzione'?*, in *Moneta e credito*, 1992, n. 178, p. 143 ss.

⁷⁴ Tra le tante riaffermazioni, si veda M. SARCINELLI, *La vigilanza sul sistema finanziario. Una, nessuna o centomila?* "Lectio doctoralis" presso l'Università degli Studi di Bari, Facoltà di Economia, Bari, 4 giugno 2004, nonché in *Notiziario della Banca Popolare di Sondrio*, 2004, n. 95, p. 37 ss. e in *Bancaria*, 2004, n. 9, p. 2 ss.

⁷⁵ *The de Larosière Group Report* (ec.europa.eu, reperibile on line).

⁷⁶ L. BINI SMAGHI, *Il rapporto de Larosière ci ha deluso*, intervista a cura di B. ROMANO, in *Il Sole-24 Ore*, 13 marzo 2009, p. 3.

Infatti, lo stesso Presidente della BCE, Jean Claude Trichet, aveva ricordato pubblicamente che esiste nel Trattato di Maastricht una disposizione che prevede col voto unanime del Consiglio l'attribuzione alla Banca centrale di specifici compiti di vigilanza, con l'esclusione delle assicurazioni. Sembra che nelle mire della Banca centrale ci sia la vigilanza sui gruppi bancari multinazionali con sede centrale in un Paese dell'Eurozona. Se non si riesce ad attivare quella clausola concordata a Maastricht mentre imperversa una bufera finanziaria che rischia di far piombare l'economia reale in una profonda e lunga recessione⁷⁷ vuol dire che bisognerà attendere una revisione istituzionale che non sappiamo se e quando verrà. D'altra parte, se per i gruppi multinazionali la responsabilità della supervisione passa alla BCE, come potranno gli Stati membri in cui esse sono costituite, oppure operano continuare ad esserne gli assicuratori di ultima istanza, i salvatori dal dissesto? Inoltre, se non si restringe all'Eurozona il perimetro per la vigilanza della BCE, come può il Regno Unito accettarne la giurisdizione sul proprio territorio? Eppure, nonostante le difficoltà, qualche soluzione, un'intesa vincolante anche se provvisoria dovrà pur essere trovata, se si vuole essere presi sul serio dai mercati.

9. Accanto alla sub-agenda per l'interno di cui si è a lungo trattato, lo studio degli uffici della Commissione illustra quella per l'esterno che prevede: a) un ampliamento della zona Euro ai Paesi che oggi fruiscono di una deroga; b) un rafforzamento, soprattutto, del ruolo dell'Euro a livello mondiale. Affrontando dapprima questo secondo aspetto, per il ruolo internazionale dell'Euro si preconizza un brillante futuro. Le ambizioni sono basate su fondamenta come: a) la grandezza dell'economia; b) l'importanza del commercio estero; c) la fiducia nella moneta; d) l'ampiezza, la liquidità e l'efficienza dei mercati dei capitali. Alla realizzazione del disegno di un Euro come principale moneta internazionale fanno da freno: a) la difesa dei vantaggi che il dollaro trae dallo svolgimento di questo ruolo; b) dall'inerzia ad abbandonarlo che mostrano gli utilizzatori della moneta internazionale *pro tempore* più utilizzata, come la storia del XX secolo insegna; c) dal fatto che nella scelta della moneta internazionale alla quale agganciare la propria o nella quale accumulare le riserve valutarie rivestono un ruolo critico i legami e gli obiettivi di politica estera e di sicurezza nazionale⁷⁸. Si sostiene anche che nel caso il dollaro perdesse, per propri errori, il ruolo dominante di cui oggi gode, quest'ultimo non verrebbe ad essere ereditato da alcun'altra moneta, ma si disperderebbe tra più valute, come fu vero nell'Ottocento. A suo tempo, ciò fu causa di una maggiore instabilità macroeconomica⁷⁹.

Un ruolo internazionale comporta benefici e costi economici. Per una moneta con forte ruolo internazionale i primi sono dati: a) dal signoraggio; b) dalla pos-

⁷⁷ K. ROGOFF, C. M. REINHART, *The Aftermath of Financial Crises*, paper presented at the AEA meeting in San Francisco, cit.

⁷⁸ A. S. POSEN, *Why the Euro Will Not Rival the Dollar*, in *International Finance*, 2008, p. 75 ss.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 96.

sibilità di indebitarsi all'estero nella moneta nazionale; c) dal vantaggio competitivo di cui vengono a godere imprese e istituzioni finanziarie nelle loro operazioni all'estero. "Privilegio esorbitante" ebbe a dichiararlo il Generale De Gaulle.

I secondi, o costi, risiedono principalmente: a) nella complicazione per la conduzione della politica monetaria, soprattutto se basata sul controllo di obiettivi intermedi come gli aggregati monetari; b) nell'accresciuta sostituibilità tra monete e quindi in un possibile aumento dell'instabilità del cambio; c) in conseguenze negative da un lato sulla competitività e sulla bilancia corrente in caso di un apprezzamento significativo, dall'altro sull'inflazione se il deprezzamento è rilevante. I benefici, soprattutto se se ne amplia la definizione al di là dell'ambito economico, sembrano essere superiori ai costi; se così non fosse il titolare del privilegio esorbitante cercherebbe di toglierselo di dosso! Comunque, senza un potere europeo effettivo è difficile immaginare che l'Euro possa diventare la principale moneta internazionale⁸⁰; tuttavia, può continuare ad incrementare il suo ruolo nelle relazioni con l'estero⁸¹.

L'affermazione e la visibilità di un ruolo internazionale per l'Euro impone che si parli con una sola voce là dove si gestisce il sistema monetario internazionale, cioè nei fori come il FMI, il G7, ecc. Per quanto questa evoluzione possa apparire desiderabile, cioè efficiente sotto il profilo dei costi ed efficace nel conseguimento degli obiettivi, essa contribuisce: a) a ridurre ulteriormente il ruolo dei ministeri delle finanze; b) a concentrare in un'autorità sopranazionale, indipendente e non eletta le responsabilità e la visibilità in tema di moneta e di cambio. Va ricordato che il Trattato di Maastricht riserva ai ministri la scelta del regime di cambio, il che è un potere più nominale che reale se l'obiettivo della politica monetaria resta la stabilità dei prezzi incompatibile con il cambio fisso e affida una non specificata politica del cambio a un condominio tra ministri e Banca centrale.

In una struttura complessa come l'Unione europea, l'Eurogruppo, composto dai ministri delle finanze dei Paesi che hanno adottato l'Euro come propria moneta, si riunisce il giorno prima dell'Ecofin al quale partecipano tutti e 27 i membri dell'UE. Ad ambedue gli organi partecipano senza diritto di voto il Presidente della BCE e il rappresentante della Commissione; alle riunioni del

⁸⁰ Una visione molto sanguigna al riguardo è presa da M. BOBBA, G. DELLA CORTE, A. POWELL, *On the Determinants of International Currency Choice: Will the Euro Dominate the World?*, in *IADB Research Department Working Paper Series*, 2007, n. 611 (www.iadb.org, reperibile *on line*); M. CHINN, J. FRANKEL, *The Euro May over the Next 15 Years Surpass the Dollar as Leading International Currency*, in *KSG Faculty Research Working Paper Series*, 2008 (ksgnotes1.harvard.edu, reperibile *on line*).

⁸¹ Su questa tematica, si veda da ultimo, E. PAPAIOANNOU, R. PORTES, *The International Role of the Euro: A Status Report*, in *European Economy*, Economic Papers n. 317, aprile 2008; F. BREUSS, W. ROEGER, J. 'T VELD, *Global Impact of a Shift in Foreign Reserves to Euros*, *ivi*, Economic Papers n. 345, novembre 2008; E. PAPAIOANNOU, R. PORTES, *Costs and Benefits of Running an International Currency*, *ivi*, Economic Papers n. 348, novembre 2008 (ec.europa.eu, tutti reperibili *on line*).

Consiglio direttivo della BCE intervengono il Presidente dell'Eurogruppo e il rappresentante della Commissione. In generale, il coordinamento delle politiche tra gli Stati che appartengono all'Eurozona è giustificato: a) se vi sono beni di *club* la cui produzione da parte di un Paese apporta benefici o danni ad altri membri del medesimo gruppo; b) se vi sono effetti di apprendimento o necessità di pressione dei pari da parte di uno o più Paesi nei confronti di altri, il che può servire anche a costoro per ridurre l'opposizione a certe misure al loro interno.

Quid se il coordinamento è condizionato *ex ante* dall'attribuzione di competenze ad organi con diverso *status*, cioè con garanzia di indipendenza per uno e responsabilità politiche verso gli elettori per l'altro? Si può fare appello puramente e semplicemente a TINA (*There is no alternative*)? Ci si può scandalizzare se di tempo in tempo alcuni politici, anche in posizioni altissime, si scagliano contro la BCE e la sua politica? Se si vuole evitare ciò, è possibile aggiungere forme di collaborazione che vadano al di là di un sistematico scambio di informazioni? A mio avviso no, poiché il coordinamento comporta un qualche grado di compromesso, vietato formalmente a chi ha avuto la garanzia dell'indipendenza. Il dialogo, perciò, rischia di aver luogo tra sordi; anche quando è fruttuoso, assume forme tutt'altro che trasparenti...

10. Nella sub-agenda per l'esterno figura, ovviamente, l'ingresso nell'Eurozona dei nuovi Stati membri (NSM) per i quali: a) è in corso il processo di convergenza reale nei confronti dell'Eurozona; b) si registra un rapido raggiungimento dei livelli cui si erano portati, a parità di tempo dall'ingresso nell'UE, i Paesi che in precedenza avevano sperimentato un processo di avvicinamento. Secondo lo studio degli uffici della Commissione, non sembra emergere alcun problema per l'Eurozona in conseguenza del loro ingresso, poiché il Pil totale degli 8 NSM (la Slovacchia è entrata il 1° gennaio) è pari a meno del 10 % di quello dell'area. Ovviamente il loro ingresso determinerà un aumento nell'eterogeneità di quest'ultima; ciò renderà in qualche misura più probabili gli *shock* asimmetrici e richiederà necessariamente che il coordinamento e la sorveglianza delle politiche siano aumentati. L'allargamento dell'Eurozona non sembra sollevare apprensioni per la sua stabilità...

Dall'interno della BCE, la voce di un autorevole membro del Comitato esecutivo, nell'invocare un Euro per tutti (gli europei)⁸², suona più articolata, forse anche un po' preoccupata. La convergenza, secondo il Trattato di Maastricht, è basata su variabili nominali (inflazione, tasso di interesse, ecc.). La convergenza reale, invece, risulta essere la priorità dei nuovi Stati membri, il che si traduce nella necessità di una maggiore crescita rispetto al resto dell'UE. La domanda che Bini Smaghi si pone è se sono compatibili i due tipi di convergenza. Ad essa risponde che è possibile, ma difficile.

Vengono citati alcuni casi. La Lituania, ad esempio, nel 2006 non fu ammessa nell'Eurozona per non avere rispettato la soglia dell'inflazione per uno 0,1%; in

⁸² L. BINI SMAGHI, *Il paradosso*, cit., p. 150 ss.

effetti, l'ottimo risultato ottenuto su questo fronte non era ritenuto sostenibile. Un altro caso degno di menzione è quello della Slovacchia che tra il 2004 e il 2007, se fosse stata già membro dell'UEM, o avrebbe dovuto frenare la crescita con politiche di bilancio e dei redditi molto restrittive o non avrebbe potuto lasciare apprezzare il cambio per combattere l'inflazione. Conseguentemente, si sarebbero sprecate le critiche all'Euro come causa della mancata crescita o dell'aumento dell'inflazione. Nella Slovenia nel 2007 si ebbe proprio quest'ultimo fenomeno.

La credibilità della moneta unica è a rischio se ad essa viene ricondotta la maggiore inflazione; d'altra parte, quest'ultima consegue all'adeguamento del livello dei prezzi a quello dell'area di cui si viene a fare parte. Quindi, almeno un membro del Comitato esecutivo della BCE nutre preoccupazioni per le ripercussioni che il ciclo economico dei nuovi Stati membri può avere per la stabilità dei prezzi nell'Eurozona, il che contraddice l'ottimismo degli uffici della Commissione.

Chi ha ragione? In verità, la bilancia sembra pendere a favore di Bini Smaghi, poiché in uno studio molto analitico⁸³ della situazione di ciascuno dei NSM si afferma che tutti i criteri a suo tempo fissati per l'ammissione all'Eurozona sono validi, ad eccezione di quello relativo all'inflazione (aumento dei prezzi non superiore di oltre 1,5 punti percentuali all'inflazione dei tre Paesi più virtuosi dell'UE in termini di stabilità dei prezzi). Per quest'ultimo sarebbe venuta meno la giustificazione della sua definizione, che dovrebbe essere sostituita dal tasso di inflazione dell'Eurozona, cioè dal parametro che la BCE cerca di controllare, aumentato di 1,5 punti percentuali. Altrimenti v'è il rischio di accrescere la spinta a politiche di soppressione temporanea dell'inflazione, come fanno i pugili che si affamano prima della cerimonia della pesa, per poter passare l'esame di ammissione, ma con conseguenze nefaste successivamente in termini di inflazione e perdita di competitività. Secondo quello studio⁸⁴, quindi, è cruciale la valutazione del grado e della velocità nel *catching up* di un NSM perché il suo governo decida se spingere o no per un ingresso accelerato nell'area valutaria, mantenendo al tempo stesso il controllo dell'inflazione.

11. La partecipazione all'Eurozona dei tre vecchi membri che ne sono ancora fuori merita qualche attenzione. La Danimarca, che ha esercitato al pari del Regno Unito il diritto di *opting out*, ha legato la corona all'Euro con un accordo di SME-2 con oscillazione di $\pm 2,25\%$ soltanto, a causa della forte integrazione economica tra Danimarca e Germania. È una situazione senza grandi inconvenienti in tempi normali, ma non in quelli segnati dalle turbolenze attuali. Nell'ottobre 2008, ad una diminuzione del tasso di *policy* da parte della BCE ha fatto seguito l'innalzamento di quello danese, anche se in dicembre gli afflussi di valuta hanno indotto la Banca centrale danese a ridurlo. Per la prima volta, si è sentito parlare di un ingresso della Danimarca nell'Eurozona senza ricorso al *referendum*.

⁸³ Z. DARVAS, G. SZAPÀRY, *Euro Area Enlargement and Euro Adoption Strategies*, in *European Economy*, Economic Papers n. 304, febbraio 2008 (ec.europa.eu, reperibile *on line*).

⁸⁴ *Ibidem*, p. 65.

La Svezia non gode di *opting out*, ma anch'essa è rimasta fuori dall'Eurozona per un *referendum* popolare avverso e per la mancata conformità ad alcuni criteri di Maastricht. In primo luogo, manca un ancoraggio della corona all'Euro attraverso lo SME-2; inoltre, sembra che sia imperfetta l'indipendenza della Riksbank. Non è da escludere che anche la Svezia possa essere indotta dalla recente bufera finanziaria a entrare nell'Eurozona se a questo passo si decidesse la Danimarca; la stampa vi ha accennato e anche il Commissario europeo Almunia.

Il Regno Unito è certamente l'osso più duro, anche perché Gordon Brown da sempre euroscettico ha riaffermato, nell'ottobre 2008 in occasione del Vertice parigino dei capi di Stato o di governo dell'Eurozona, di volere mantenere fuori la sterlina dall'Eurozona, nonostante la rovinosa caduta del cambio. D'altra parte, Tony Blair stabilì autonomamente cinque criteri per l'*opting in*: a) convergenza dei cicli economici nel Regno Unito e nell'Eurozona, con attenzione all'inflazione, ai tassi dell'interesse, al differenziale tra la produzione effettiva e quella potenziale, alla competitività espressa dal tasso di cambio effettivo reale; b) flessibilità nel mercato del lavoro e nella politica fiscale in grado di controbilanciare *shock* asimmetrici; c) alta propensione all'investimento nel lungo termine; d) miglioramento da parte dell'UEM della posizione competitiva dell'industria finanziaria del Regno Unito e di Londra in particolare; e) effetti positivi, sempre da parte dell'UEM, su occupazione e crescita da misurarsi in termini di commercio estero, differenziali di prezzo e stabilità macroeconomica del Regno Unito. Una prima valutazione nel 2003, da parte di Gordon Brown in veste di Cancelliere dello Scacchiere, si concluse con un giudizio di insufficienza per i requisiti *sub* a) e b).

Le turbolenze create dalla crisi sono state serie per tutti i Paesi che non fanno parte dell'Eurozona. L'Islanda, il cui sistema bancario è crollato, sembra intenzionata a entrare nell'UE e nell'UEM. Il cosiddetto "G9 del credito" si è appellato all'Europa e alla BCE perché si eviti il naufragio dell'Est europeo che è fuori dall'una o soltanto dall'altra.⁸⁵ Non va dimenticato, però, che gli stessi Paesi periferici di Eurolandia, come Grecia, Irlanda, Italia⁸⁶, Portogallo e Spagna, non sono in grado di seguire i maggiori partner nel sostegno dell'economia per non avere messo in ordine le proprie finanze a tempo debito; l'ipotesi di un abbandono della moneta unica, ad esempio, da parte della Grecia è fuori luogo⁸⁷.

12. Nei prossimi dieci anni, è possibile che vi sia, oltre agli ingressi, anche qualche uscita dall'Eurozona? Dopo il Trattato di riforma l'abbandono dell'Euro non è più una provocazione, ma una possibilità prevista da un atto internazionale

⁸⁵ V. DA ROLD, *Le turbolenze finanziarie a Est preoccupano i Paesi della UE*, in *Il Sole-24 Ore*, 28 gennaio 2009, p. 10.

⁸⁶ La piuttosto diffusa convinzione che il nostro Paese possa essere tra i primi ad uscire dall'Eurozona è respinta da E. CHANEY, *The Italian Conundrum: Pundits Condemn, Capital Markets Nod*, in M. BUTI (ed.), *op. cit.*, p. 220 ss.

⁸⁷ L. THOMAS JR., *op. cit.*

(quando sarà in vigore). Per quale ragione un Paese dovrebbe decidere di riprendere la propria moneta nazionale? Per nostalgia della vecchia unità monetaria o perché gli anziani continuano a contare, almeno in certi casi, secondo il vecchio metro? È altamente improbabile. Per superare gravi difficoltà dovute a) a un forte *shock* asimmetrico? b) a un grave squilibrio nelle pubbliche finanze? c) a una crisi molto grave dalla quale non si pensa di poter uscire senza violare gravemente gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Eurozona? È certamente possibile, anche se la decisione non potrà essere presa soltanto sulla base di considerazioni di politica economica, ma anche e soprattutto di politica estera. Vi sarebbero conseguenze nelle relazioni con gli altri membri del mercato unico e all'interno del Paese per regolare i rapporti economici e finanziari nel passaggio da un regime a un altro. Tanto per richiamare alla mente un esempio, si pensi all'Argentina dopo l'abbandono del *currency board*.

Negli anni '10 di questo secolo vi saranno eventi meno traumatici di quello appena richiamato, ma di forte rilevanza per la gestione della moneta unica. Dopo il Trattato di Nizza e l'ampliamento a 27, i movimenti di allargamento e approfondimento da complementari sono, di fatto, diventati alternativi. L'inflazione globale si è di recente svegliata, anche se la crisi finanziaria e il rischio di una profonda recessione la stanno temporaneamente ricacciando indietro. Una volta superata questa fase, le popolazioni di Cina, India, Brasile, Russia, ecc. torneranno a premere con la loro domanda sulle risorse mondiali. Ci si può chiedere: a) sarà possibile per la BCE continuare a mantenere lo stesso obiettivo di inflazione? b) se lo cambierà, la sua capacità di controllo rimarrà immutata o l'ancoraggio delle aspettative diventerà più difficile con conseguenze per credibilità e reputazione? c) quale compatibilità vi sarà tra una Banca centrale dedita alla lotta all'inflazione con il modello sociale che emergerà da questa crisi, se questo si orienterà nuovamente verso un'economia sociale di mercato con accento su sicurezza e garanzie?

13. Su un piano più generale, v'è da attendersi che dopo la perdita di controllo dovuta alla deregolamentazione, alla globalizzazione e alla tecnologia delle comunicazioni lo Stato riprenda almeno in parte una funzione di indirizzo, regolazione e redistribuzione. Al riguardo, non mancano i quesiti: a) fino a che punto? b) con quali conseguenze in termini di incentivi, di innovazione, di auto-realizzazione per l'individuo?

Il modello di partecipazione democratica nella costruzione dell'Europa ha percorso i tempi⁸⁸.

I popoli chiamati ad approvare i Trattati con i quali si dà forma e sostanza al futuro della nostra Europa mostrano un crescente scetticismo; alla bocciatura di francesi e olandesi per il Trattato costituzionale, si è aggiunta da ultimo quella degli irlandesi per il Trattato di riforma. Viene da chiedersi: a) si dovrà tornare agli accordi delle sole cancellerie, all'approccio funzionalista e tecnocratico per

⁸⁸ M. SARCINELLI, *L'Europa tra realtà effettuale*, cit., p. 495 ss.

mantenere viva la fiamma dell'unione del Vecchio Continente? b) come si potrà rispondere alla ricorrente accusa di non avere una "legittimazione democratica"? c) potrà reggere l'Unione monetaria, che di questo approccio funzionalista e tecnocratico è figlia, all'usura del tempo, agli eventuali *shock* asimmetrici, al disallineamento dei meccanismi decisionali (BCE ed Eurogruppo), alla crescente resistenza che il mercato unico e la politica di concorrenza incontrano soprattutto in una fase negativa del ciclo quando protezionismo e nazionalismo rialzano il capo⁸⁹?

Forse, fu un errore rinunciare a sviluppare una più articolata Unione economica quando il Trattato di Maastricht fu negoziato e soprattutto un coerente sistema di pesi e contrappesi nel governo dell'Unione. Si invoca di solito la politica per risolvere vuoti di potere, situazioni sbilanciate, contraddizioni o ambiguità, ma in mancanza di un disegno ideale, ispiratore dell'azione di pochi ma convinti leader, la politica si acconcerà a vivere per il breve periodo, senza curarsi di chiarire a se stessa e agli altri la direzione di marcia, la meta da raggiungere. D'altra parte, si può immaginare: a) che nel lunghissimo periodo l'UEM sopravviva senza che si realizzi una parallela Federazione degli Stati Europei? b) che si possa definire un percorso innovativo per il futuro senza una grande tragedia alle spalle?

14. Ricordando l'aforisma di Keynes sul lungo termine, è bene concentrarsi sul periodo che ci sta dinanzi e chiedersi: qual è la principale, più urgente sfida che UEM ed Euro si trovano ad affrontare, insieme con le altre potenze mondiali, allo scadere del primo decennio e che caratterizzerà parte del secondo? A mio avviso, è triplice: a) la salvaguardia del sistema bancario e finanziario che ancora soffre di una crisi di liquidità e che ha bisogno di fondi pubblici per ricapitalizzarsi; b) la lotta contro la recessione mondiale che bisogna evitare si prolunghi e si approfondisca troppo; c) la ridefinizione delle regole per la globalizzazione finanziaria, che si è diffusa sull'intero pianeta grazie all'innovazione tecnologica e che si è sviluppata grazie all'introduzione accelerata di nuovi prodotti e di nuovi modelli di *business*.

La risposta alla problematica *sub a)*, a mio avviso, è stata tempestiva da parte della BCE e delle banche centrali nazionali: hanno fornito tutta la liquidità richiesta a un tasso fisso; quest'ultimo, forse con qualche ritardo, è stato manovrato al ribasso; la gamma delle attività stanziabili a garanzia è stata fortemente ampliata. Con riferimento alla problematica sfida indicata *sub b)*, non v'è stata una vera risposta europea, ma i contatti tra i ministri delle finanze e tra le cancellerie hanno determinato progressivamente un comune sentire, pur rimanendo ciascuno Stato arbitro di decidere, tenuto conto anche del proprio debito pubblico, la misura dell'impulso da impartire all'economia con la propria domanda; dinanzi alla minaccia di una crescente caduta della produzione, anche Paesi pru-

⁸⁹ Queste preoccupazioni cominciano ad essere espresse anche dai giornalisti più avvertiti; si veda A. CERRETELLI, *Poca voglia di concorrenza*, in *Il Sole-24 Ore*, 8 febbraio 2009, p. 5.

denti come le Germania stanno allentando i cordoni del pubblico bilancio. È la finanza, l'argomento sub c), quello che non solo ha forti connessioni con i punti precedenti della liquidità e della recessione, ma che maggiormente si pone all'attenzione dei banchieri, dei regolatori, dei governi in Europa e negli altri continenti.

L'esplosione della finanza ha dato luogo: a) a sequenze di *boom and bust* (ricordo le recenti bolle *dot.com*, *subprime*) che hanno interessato non solo i mercati finanziari, ma anche quelli immobiliari, come era già accaduto in Giappone negli anni '90; b) a un eccesso di *leverage* che ha reso il rischio di liquidità sempre più elevato; c) all'invenzione di prodotti derivati sempre più complessi che, in mancanza di alcuni dati di mercato, nemmeno i modelli sono in grado di valutare; d) al materializzarsi del rischio sistemico con crisi di importanti istituzioni bancarie e assicurative il cui salvataggio, che si pensava di affidare all'intervento dei fondi sovrani in un primo tempo, ben presto ha dovuto fare assegnamento sul danaro dei contribuenti. Negli Stati Uniti si sono avuti, tra gli altri, il salvataggio di Bear Stearns, il commissariamento di Fannie Mae e Freddie Mac, il fallimento di Lehman Brothers, l'assorbimento di importanti banche per evitarne l'insolvenza, la scomparsa delle *investment banks*, l'ingresso del Tesoro nel capitale delle principali banche in sostituzione dell'iniziale disegno di acquistare i loro *toxic asset*. In Europa sono degni di menzione i salvataggi di Fortis, Dexia, UBS, ecc., la nazionalizzazione di Northern Rock, di Bradford and Bingley, la ricapitalizzazione pubblica delle otto principali banche britanniche, il possibile ricorso all'espropriazione di Hypo Re e il soccorso ad altre banche tedesche da parte delle autorità germaniche, ecc.

I timori per la stabilità sistemica spinsero, dopo un'infruttuosa riunione di un G4 europeo, sottoinsieme del G7, il francese Sarkozy come Presidente del Consiglio europeo a convocare a Parigi un inedito vertice dei capi di Stato o di governo dell'Eurozona al quale venne anche invitato il Primo Ministro britannico, sebbene la sterlina abbia a suo tempo optato per rimanere fuori dall'Euro... Nella riunione fu affermata la volontà politica di non permettere il fallimento di alcuna banca e fu concordata un'agenda da portare alla riunione di Washington del G20, convocata da George W. Bush, su istanza dell'Europa, per il 15 novembre. Per il passaggio delle responsabilità presidenziali a Barack Obama il 20 gennaio, sarà la seconda riunione, quella di Londra sotto Presidenza britannica, ad avviare veramente la discussione sul futuro del sistema finanziario mondiale. Durante quest'ultima, tenutasi il 2 aprile 2009, hanno discusso ulteriori misure per fronteggiare la crisi e riformare il sistema finanziario internazionale. È stata ribadita la volontà di sostenere domanda e occupazione, assicurare la ripresa delle concessione di credito con adeguate immissioni di liquidità e ricapitalizzazioni di istituzioni finanziarie, senza compromettere la sostenibilità delle finanze pubbliche, né la stabilità dei prezzi nel lungo termine. Per assistere i paesi emergenti le cui difficoltà si stanno aggravando si è raccomandata la triplicazione delle risorse del FMI, ma a parte gli Stati Uniti e l'Europa, non pare che i BRICS siano disposti a intervenire senza essersi prima assicurati un maggior ruolo nel governo del Fondo monetario, nonché l'emissione di diritti speciali di prelievo

per 250 miliardi di dollari. Sul fronte della riforma del sistema finanziario internazionale, sul quale sono apparsi numerosi e anche pregevoli studi⁹⁰, si è istituzionalizzato e ampliato l'FSF, ridenominandolo Financial Stability Board. Nel suo vasto mandato vi è anche il compito di collaborare con il FMI nella conduzione di esercizi di *early warning*. Purtroppo, le crisi finanziarie, come i terremoti, si sono rivelate sinora restie alla previsione scientifica...

Abstract

EMU and the Euro: Past Successes and Future Challenges

Despite the initial scepticism of some and the misperception of most Europeans today, the Euro has successfully completed its first ten years. While ensuring monetary stability, it has not brought along a higher rate of growth. For the lack of an EMU economic leg, responsibility for growth rests almost entirely within national Member States. The Lisbon strategy was devised to make European economies more efficient, so far with partial and uneven results. It needs revamping. The Euro external agenda is rather full, with developing its international role and enlarging the Eurozone to derogation states as well as to the three outsiders. Is the current crisis going to affect the fundamentals of the European Union? This is one of the many challenges the Euro has to face in the next decade.

⁹⁰ Per una perspicua analisi che ha dato luogo a 18 raccomandazioni si veda: Group of Thirty, *Financial Reform – A Framework for Financial Stability*, Washington, D.C., gennaio 2009. Ha prodotto raccomandazioni in cinque campi (squilibri globali e flussi di capitali, sfide per la politica macroeconomica nella crisi, regolamentazione macroprudenziale, riforme di mercato, supervisione delle istituzioni finanziarie) la ricerca accademica di M. DEWATRIPOINT, X. FREIXAS, R. PORTES (eds.), *Macroeconomic Stability and Financial Regulation: Key Issues for the G20*, CEPR, London, gennaio 2009 (www.voxeu.org, reperibile *on line*). Si vedano anche: M. BRUNNERMEIER, A. CROCKETT, C. GOODHART, A. D. PERSAUD, H. SHIN, *The Fundamental Principles of Financial Regulation* (preliminary conference draft), ICMB-Geneva, CEPR-London, gennaio 2009; Financial Services Authority, *The Turner Review – A Regulatory Response to the Global Banking Crisis*, London, marzo 2009 (www.fsa.gov.uk, reperibile *on line*).

Con particolare riguardo alla problematica europea in tema di supervisione, si veda: F. SACCOMANNI, *Nuove regole e mercati finanziari*, intervento presso la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Roma, 19 gennaio 2009; M. SARCINELLI, *La riforma dell'architettura di vigilanza europea*, cit.

Giuseppe Tesauro

Il contributo di Antonio La Pergola all'affermazione e allo sviluppo del diritto comunitario*

SOMMARIO: 1. Il primo incontro con Antonio La Pergola. – 2. I prodromi della sentenza *Granital*. – 3. La sentenza *Granital*. – 4. La legge “La Pergola”. – 5. Il contributo alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

1. Ho incontrato Antonio La Pergola in un lontano pomeriggio a metà degli anni '60, nel salotto napoletano di Rolando Quadri. Aspettavamo il Maestro e dunque, conoscendolo entrambi, eravamo sereni nell'attesa, che sapevamo di incerta durata, anche di ore. Ero da poco laureato ed uno dei libri che Quadri mi aveva dato da leggere “a freddo” era quello di La Pergola su *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, del 1961, 400 e dispari pagine. Subito dopo le presentazioni della signora Mariuccia, mi chiese, secondo tradizione accademica, di quale argomento mi stessi occupando. Non feci in tempo a rispondergli a tono e per intero, forse emozionato dal materializzarsi di fronte a me di chi aveva accompagnato le mie serate per settimane, con un argomento diciamo pure delicato per gli allievi di Quadri, come l'adattamento. Per giunta La Pergola aveva apprezzato al giusto e comunque non osteggiato il monismo strutturale, il realismo modello Alf Ross e la lettura quadriana dell'art. 10, 1° co., della nostra Costituzione, di cui si discuteva con favore e fervore nella scuola napoletana di diritto internazionale.

Mi incalzò, compensando i miei silenzi, e mi cominciò a parlare di un caso recente, approvato sia alla Corte costituzionale che alla Corte di giustizia. Pensai subito che fosse *Costa/Enel*, ma mi sbagliavo, perché lo aveva colpito di più il caso, quasi ignorato dai più, delle *Acciaierie San Michele*. Fu, questa, la sentenza (dicembre 1965) in cui la Corte costituzionale cominciò a ridurre i punti di maggiore distanza dall'approccio comunitario, dando così una prima risposta alla severa affermazione che veniva dal Lussemburgo (giugno 1965) della contrarietà all'ordine pubblico comunitario del semplicistico primato della legge nazionale successiva a quella di adattamento al Trattato CEE, ribadito l'anno precedente in *Costa/Enel* dalla Consulta in coerenza con la versione formale e, dunque, normativa della tradizione dualista.

* Discorso pronunciato il 17 dicembre 2008 presso la Corte costituzionale.

Fu una lezione ricchissima, quella che ebbi da Antonio La Pergola durante quella lunga attesa del Maestro. Abituato all'idea che i costituzionalisti non si occupavano granché, all'epoca, dei rapporti con il diritto internazionale ed il diritto comunitario, mi colpì il suo entusiasmo, oltre che la conoscenza di dettagli della giurisprudenza e della letteratura che ai più erano sembrati di minore rilievo, come per l'appunto quella sentenza. Era del resto già un costituzionalista anomalo. Mi colpì anche, nonostante il luogo in cui eravamo, il suo scarso interesse per la discussione in dottrina sull'art. 10, 1° co., della Costituzione, se cioè il meccanismo di adattamento automatico comprendesse o no anche i trattati. In realtà, era una tenzone molto accademica e poco scientifica (all'epoca le lotte tra scuole appassionavano), tanto che Lagrange, primo e grande Avvocato generale francese, sottolineò quanto l'Italia fosse vittima dei suoi professori. La Pergola era interessato di più all'aspetto pratico, e il senno di oggi ci dice quanto avesse ragione, che cioè la soluzione negativa sposata dalla stragrande maggioranza della dottrina italiana e dalla giurisprudenza poneva ed ancor più avrebbe posto al nostro Paese, soprattutto nell'ambito comunitario, un problema che andava assolutamente risolto nella direzione opposta, scolpita da sempre in un fondamentale principio del diritto internazionale.

2. Non ebbi molte occasioni di incontro negli anni successivi con Antonio (nel frattempo ero diventato ordinario e dunque ci davamo del tu). Qualche volta me ne parlava Quadri, con stima e affetto. Negli anni, il problema dei rapporti con il diritto comunitario si raffreddò alquanto, con le sentenze *Frontini* e *Industrie Chimiche* della Corte costituzionale, siamo alla metà degli anni '70, in cui fu superato il problema della riserva di legge in materia tributaria (con lo scetticismo di maniera sul preteso *deficit* democratico) e quello dell'ancoraggio costituzionale del diritto comunitario, individuato nell'art. 11.

Ma i nodi maggiori sono stati sciolti con il contributo fondamentale di Antonio negli anni '80, caratterizzati da un suo impegno particolarmente intenso sia nella Corte costituzionale, sia in Parlamento e nel Governo. È del giugno 1984 la sentenza *Granital*, Antonio relatore e redattore, svolta radicale dell'approccio del nostro giudice costituzionale al rapporto con il diritto comunitario.

La sentenza ebbe invero un prologo significativo: la causa *Comavicola*, dell'ottobre 1981, in cui il Tribunale di Milano aveva posto in modo diretto e chiaro all'attenzione della Corte costituzionale la portata e le implicazioni di sistema della sentenza *Simmenthal* emanata dal giudice comunitario nel 1978. Il quesito era diretto: se l'aver quest'ultimo affermato l'obbligo del giudice comune di mettere da parte la norma nazionale in conflitto con la norma comunitaria provvista di effetto diretto, senza attivare il previo scrutinio di costituzionalità, fosse una deviazione dai poteri riservati dal Trattato alla Corte di giustizia o se comunque vulnerasse i principi fondamentali del nostro ordinamento sotto il profilo del riparto di competenze tra giudice comune e giudice costituzionale; e, in secondo luogo, se fosse costituzionalmente legittima una legge in contrasto con previgenti regolamenti comunitari. Era dunque l'occasione per affrontare il nodo della competenza della competenza, invero già adombrato e risolto senza clamori in

Acciaierie San Michele e che poi sarà oggetto del ben più gridato e contestato *Maastricht Urteil* della Corte costituzionale tedesca dell'ottobre 1993.

La pronuncia fu di inammissibilità, fin troppo vestita, anzi imbacuccata, e non importa per quale motivo, ciò che evitò la risposta al quesito più rilevante. Restano alcune affermazioni di principio perfettamente coerenti – se lette in trasparenza – almeno con le implicazioni pratiche della successiva sentenza *Granital*. Siamo ancora soltanto al livello di interpretazione delle norme a confronto, ma si parla anche ed emblematicamente di rispetto dei “principi del nostro stesso ordinamento, che garantiscono la osservanza del Trattato, e delle norme da esso derivate” (par. 6). La Pergola definì la sentenza *Comavicola* come “un momento transitorio e di passaggio” tra la contrapposizione con la Corte di giustizia e il nuovo approccio, quello di *Granital*.

3. Quest'ultima fu senza dubbio la svolta: la conferma dell'ancoraggio all'art. 11, la valenza sostanziale delle norme comunitarie provviste di effetto diretto ed il loro primato sulle norme nazionali anche successive, con il potere del giudice comune di disapplicare le seconde che fossero in contrasto insanabile con le prime, lo scrutinio di costituzionalità lasciato solo per i conflitti con le norme sprovviste di effetto diretto e beninteso per i giudizi principali, la conferma dei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e i diritti dell'uomo come limiti (perché mai controlimiti?) all'ingresso delle norme comunitarie. Precisamente su questi limiti Antonio ebbe l'onore, ben raro, di un richiamo espresso di un suo articolo, pubblicato sull'*American Journal of International Law* del 1985, da parte della Corte costituzionale tedesca nella sentenza *Wunsche*, poi passata alla storia del diritto per quel secondo *solange* (fino a quando) sulla tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia.

Si disse che fu il compromesso tra il monismo della Corte di giustizia e il dualismo italiano. È una lettura possibile, ma non la sola. Ricordiamoci che la soluzione del problema consegnata in *Granital* da una Corte dualista ha preceduto di ben 6 anni quella raggiunta dal Consiglio di Stato francese, che si dice di tradizione fermamente monista, nel caso *Nicolo*. La Pergola stesso, d'altra parte, che partiva da un premessa di fatto dualista, scrisse due anni dopo *Granital*, ma in un contesto più generale: “Le soluzioni da me utilizzate in materia di adattamento corrispondono ad altre, con le quali, nell'opposto sistema del monismo, si definisce, mutando solo l'ottica dell'interprete, lo stesso fenomeno. Non è quindi un caso che, sebbene divergano le premesse teoriche, i risultati delle due scuole vengano, nella costruzione del diritto positivo, per quel che qui interessa a coincidere: l'opzione tra dualismo e monismo, rimane, in questo senso, neutrale, di fronte alla risposta che scienza e tecnica della costituzione possono dare al nostro problema” (*Introduzione in Costituzione dello Stato e norme internazionali, Atti Tavola Rotonda Castelgandolfo 1986*, Milano, 1988, p. 8 s.).

Non è sicuro che *Granital* fosse la migliore soluzione possibile, come fu sottolineato da molte parti. Ma Antonio non era il dogmatico a tutti i costi, amava la traduzione dei modelli teorici in esiti pratici: questa era in definitiva anche la chiave di redazione e di lettura di *Granital* e la ragione di una motiva-

zione che ai più e a me stesso era apparsa e appare ancor oggi almeno disinvolta. Non piacque ai nostalgici dello scrutinio di costituzionalità sempre e comunque, in nome del mito della certezza e della assoluta *primauté* della Costituzione. Leopoldo Elia, in un “ricordo di Corte” recentemente diffuso (*Intervento* al Convegno “La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive”, Università Roma Tre, 14-15 giugno 2006), ha parlato di “riuscita conciliazione tra immediata entrata in vigore delle norme comunitarie anche in Italia e insieme il mantenimento di quella dualità degli ordinamenti che tanto stava a cuore ai giudici più sospettosi, mossi dalla giusta preoccupazione che la stessa Costituzione nazionale potesse diventare un complesso di norme cedevoli di fronte a quelle della Comunità”. Sta di fatto che la soluzione pratica del problema si ebbe ed ha resistito egregiamente almeno fino ad oggi, con poche ulteriori precisazioni di contorno.

Nessuno dei critici, peraltro, è riuscito ad ottenere un consenso maggiore su un’alternativa teorica e pratica insieme. Forse resta ancora qualche punto su cui riflettere; ma i nodi, si sa, emergono e vanno sciolti uno per volta. Ad esempio: i conflitti con tutte le norme comunitarie sprovviste di effetto diretto devono approdare tutti, sempre e comunque, al giudizio di costituzionalità, anche quelli già risolti nel senso della incompatibilità della norma nazionale da una sentenza della Corte di giustizia all’esito di una procedura d’infrazione? E quale ruolo residuo ma utile rimarrebbe in questa ipotesi alla Corte costituzionale oltre all’eliminazione definitiva della norma illegittima dall’ordinamento? E che dire quando ad eliminare quella norma sia già intervenuto il Parlamento? In breve, c’è niente da aggiungere alla bella sentenza 389 dell’89 relativa agli effetti di una sentenza della Corte di giustizia precisamente di condanna di una nostra normativa?

4. Non contento abbastanza di avere lasciato una traccia indelebile nella giurisprudenza costituzionale relativa al rapporto con il diritto comunitario, Antonio, chiamato da “tecnico” alla funzione di Ministro per le Politiche Comunitarie, colse l’occasione per lasciarne un’altra: la legge annuale comunitaria, che porta il suo nome ed il cui impianto resiste ancora, pur con qualche aggiustamento. Anche questo passaggio non rappresentò la soluzione ottimale, ma senza dubbio cominciò a dare un po’ di luce ad una immagine del nostro sistema Paese a dir poco sfocata, con pesanti e troppo spesso colpevoli ritardi nell’adeguamento ai vincoli sottoscritti, normalmente anche con zelo, che ci ponevano a volte in situazioni a dir poco imbarazzanti. Antonio La Pergola, tra l’altro, ebbe il merito, che non molti ministri hanno avuto, di cogliere esattamente la natura della funzione governativa attribuitagli ed i contenuti dell’attività richiesti a quel dicastero, in perfetta sintonia con la sua natura ed i suoi interessi scientifico-istituzionali. Il rapporto tra diritto interno e diritto comunitario occupò per intero, infatti, la sua giornata governativa, in cui importante fu la collaborazione del compianto Pier Giorgio Ferri.

Ero alla Corte di giustizia quando la legge fu approvata, ricordo bene l’apprezzamento dell’ambiente nel suo complesso e il sospiro di sollievo di Federico

Mancini e mio. La legge, poi, non solo creava un percorso di adeguamento più rapido e con cadenza prestabilita, ma prefigurava un coinvolgimento ed una informativa del Parlamento di più congrua consistenza rispetto ai processi decisionali comunitari, nonché una migliore definizione del rapporto tra Stato e Regioni rispetto a tali processi. Si superò così la prassi delle deleghe al governo per singole direttive, il più delle volte a termini scaduti, con una legge annuale dedicata, che voleva assicurare tempestività e completezza dell'adeguamento ai vincoli comunitari. Era ed è pur sempre una legge ordinaria, con le possibili patologie che ciò può comportare, ma tant'è: fu comunque un passaggio importante.

5. E poi Antonio venne alla Corte di giustizia. Venne ad ottobre del 1994 come giudice, perché era giunto – prima e ultima volta – il turno italiano per il giudice dispari. Con il nuovo anno e la Comunità a quindici, fu nominato Avvocato generale. Gli dissi che sarebbe stato un uomo più felice, perché avrebbe dato un contributo di idee maggiore e più visibile, confermando quanto Alberto Trabucchi aveva saggiamente detto a me sei anni prima; e avrebbe sofferto meno, un po' individualista com'era e come tutti siamo, la dialettica della camera di consiglio.

Sono stato con lui quattro anni. Non so se l'Antonio del Lussemburgo sia stato lo stesso Antonio di Roma. Conservo immutate alcune sensazioni di un colloquio vivo, sugli argomenti più vari, non solo giuridici, spesso dei monologhi: ad esempio su S. Antonio, uno dei suoi cavalli di battaglia, mentre io, prima, non sapevo neppure dell'origine portoghese e del suo approdo a Padova solo più in là negli anni; a stento sapevo di S. Giuseppe in terra di Palestina.

Antonio non era solo uno dei tanti eruditi, era colto. La sua cultura era ricca, con mille curiosità, aperta all'arricchimento permanente che viene soprattutto dal confronto con gli altri. Aperto al dialogo con chi la pensava diversamente, amava la discussione, quasi cercava la contraddizione, per tastare la forza delle sue idee.

Ma, come solo i Grandi veri, non soffriva quando si lasciava convincere; ripeto, non era un dogmatico chiuso. Aveva una straordinaria capacità di concentrazione, che lo portava spesso ad isolarsi dal mondo circostante per inseguire ed elaborare i pensieri e le idee, fino a dare l'impressione, e non solo, di essere distratto. Sui pensieri del momento riusciva anche a modulare la sua voce, quasi recitava; a volte li accompagnava con gestualità da musicista, anzi da direttore d'orchestra.

Non era un comunitarista, forse neppure un internazionalista nel senso del diritto internazionale. Eppure il diritto comunitario, almeno nei suoi aspetti istituzionali, lo intrigava molto e gli metteva allegria. È un ordinamento giovane, commentavamo spesso, in cui la giurisprudenza è parte rilevante ed ha pertanto non solo un ruolo trainante ma strutturale; e con la giurisprudenza nazionale, in particolare costituzionale, fa sistema. Da sempre profondo conoscitore e studioso dei sistemi federali, con una forte e trasparente influenza della letteratura nord-americana e della frequentazione di quelle Università, Antonio pensava al

sistema comunitario in termini di *federalismo per analogia*: per ora non di più. Non era tra quelli che hanno tentato, con cognizione solo superficiale, di riprodurre a Bruxelles il modello di Stato e i suoi connotati tipici; gli stessi che, sia detto sommessamente, hanno contribuito non poco ai salti in avanti che hanno finito con lo spaventare piccini e grandi. Dunque non disdegnava, al contrario dei molti che si fermano – e di sfuggita – al quadro istituzionale, di approfondire anche il diritto comunitario materiale, ciò che è certo più complicato ed impegnativo, ma è necessario per prendere sul serio e capire la specificità del resto.

Questo Antonio lo aveva capito. Andava nei dettagli dei problemi e dei fascicoli. Aveva, tuttavia, pur sempre il gusto di risalire ai principi, alle categorie generali. Ricordo un caso sotto questo profilo emblematico: *Garonor* (conclusioni del 18 maggio 1995, causa C-16/94, sentenza dell'11 agosto 1995). La Cassazione francese aveva posto alla Corte un quesito pregiudiziale sull'applicabilità del divieto di tasse di effetto equivalente sancito dal Trattato ad una prestazione pecuniaria richiesta al passaggio di merci alla frontiera, che trovava la sua fonte non in un atto impositivo pubblico ma in una convenzione tra privati, pur avendo tuttavia lo scopo di coprire i costi di un servizio pubblico (doganale e veterinario). Non soddisfatto dal facile suggerimento alla Corte di una mera risposta negativa, l'Avvocato generale La Pergola ritenne di dover ampliare la prospettiva del quesito rispetto al più generale parametro del principio, anzi del "valore", della libera circolazione delle merci.

Chiamò in causa l'obbligo di leale cooperazione sancito dall'allora art. 5 (oggi art. 10) del Trattato, nel senso, precisato al 2° co., che gli Stati membri hanno l'obbligo di astenersi dal compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato.

Tale obbligo, diceva La Pergola, va soddisfatto dagli Stati membri non solo osservando puntualmente lo specifico divieto loro imposto di istituire tasse di effetto equivalente, ma anche assicurando che il libero e gratuito transito delle merci attraverso le frontiere non venga pregiudicato dal comportamento dei privati.

E ricordo la sua lettura dell'art. 5 come "obbligo generale degli Stati membri, il cui contenuto concreto dipende, in ciascun caso particolare, dalle disposizioni del Trattato o dai principi generali in esso impliciti" (punto 11 delle conclusioni). Mi sia consentito di rilevare quanto più interessante fosse questa lettura, contributo significativo all'interpretazione, non importa se condivisa, di una norma-chiave dell'intero sistema giuridico comunitario, rispetto alla striminzita pronuncia resa poi dalla Corte, che viceversa si limitò semplicisticamente a comprendere quella tassa di passaggio direttamente tra le tasse di effetto equivalente vietate.

Sui grandi principi del mercato comune sono poi costruite le bellissime conclusioni del caso *Centros* (del 16 luglio 1998, causa C-212/97, sentenza del 9 marzo 1999), dove l'analisi profonda e capillare di Antonio La Pergola è un modello di approccio alla funzione dell'Avvocato generale.

L'intreccio tra la dimensione internazionalprivatistica del tema della nazionalità delle società, con il rispetto dovuto alla sua complessità, con i fondamen-

tali del diritto comunitario e l'abuso del diritto, fino all'elegante spunto sulla concorrenza tra ordinamenti, trova in quelle conclusioni una lucidità ed una chiarezza argomentative tali da rendere la lettura facile ed al contempo appassionante anche ai non addetti ai lavori: e sono i più. E fu su quelle basi, ancorate ai grandi principi, che è stata costruita la linea giurisprudenziale attuale sul diritto di stabilimento delle società, inaugurata con *Centros* e proseguita con *Uberseering* (causa C-208/00, sentenza del 5 novembre 2002) e *Inspire Art* (causa C-167/01, sentenza del 30 settembre 2003), e che ha individuato l'ordinamento competente (in materia di capitale minimo, di garanzie per i creditori, ad esempio) in quello del Paese della costituzione della società, indipendentemente da quello in cui la società coltiverà i suoi principali interessi ed affari a mezzo di una sede secondaria.

Ricordo poi le conclusioni in tema di cittadinanza, con l'affermazione dell'essere cittadino dell'Unione come qualità che discende direttamente dal Trattato, che schiuse la strada all'affermazione della Corte, superata la prima cautela, della cittadinanza dell'Unione come *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (conclusioni del 1° luglio 1997, causa C-86/96, *Martinez Sala contro Freistaat Bayern*; sentenza del 12 maggio 1998); e quelle in materia di eguaglianza tra uomo e donna ai fini dell'assunzione in impieghi nelle forze armate (conclusioni del 18 maggio 1999, causa C-273/97, *Sirdar contro The Army Board and Secretary of State for Defence*, sentenza del 26 ottobre 1999; conclusioni del 26 ottobre 1999, causa C-285/98, *Kreil contro Germania*, sentenza dell'11 gennaio 2000). Il punto centrale è sempre la ricerca di un ancoraggio del caso di specie, con le sue tecnicità e i suoi limiti, ai principi del sistema giuridico comunitario complessivamente considerato.

Da giudice, negli anni successivi e fino al rientro in Italia, ha forse sofferto l'ordinario e la semplificazione inevitabile della sentenza rispetto alle articolazioni degli argomenti anche scientifici che un Avvocato generale si può consentire. Ma ha continuato nel suo sforzo di capitalizzare la sua formazione e la sua cultura nell'interesse dell'Istituzione e dello sviluppo della giurisprudenza, offrendo un contributo intelligente e sempre rilevante.

Ha lasciato una traccia significativa a Lussemburgo. Anche nella città, che aveva imparato a conoscerlo ed a coglierne il senso dell'umorismo e lo spessore dei suoi rilievi sui tanti profili di un Paese un po' scolorito che spesso sfuggono all'osservatore rapido. Quando sono tornato lassù, ed ancora dieci giorni or sono, molti mi hanno chiesto di lui e della signora Anna Rosa. Anche nei luoghi ameni dove spesso si fermava a chiacchierare dopo cena, in allegria e con l'umiltà che pure si intravedeva dietro la sua cultura e la sua scienza giuridica.

Per me, quello con Antonio La Pergola è stato un incontro importante, di cui serbo ricordo e insieme riconoscenza.

Abstract

Antonio La Pergola's Contribution to the Development of Community Law

The Author dwells on the important role played by Antonio La Pergola as a Judge and President of the Italian Constitutional Court, especially in the *Granital* case, which represented a decisive turning point in the field of relations with the European Court of Justice. The Author then examines La Pergola's contribution as Minister of European Community Affairs and the Law that bears his name. Finally, the main opinions that he gave as an Advocate general at the European Court of Justice are recalled.

Ricardo Sebastián Piana

¿UNASUR u otro intento fallido? Sobre las políticas de (no) integración en Sudamérica

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La última integración comercial del siglo XX: CAN y MERCOSUR. – 3. La UNASUR. – 4. Conclusiones.

1. A pesar de la existencia de conductas dispares entre los Estados de Sudamérica respecto a las principales tendencias del sistema internacional (globalización, internacionalización del capital y hegemonía de los Estados Unidos de Norteamérica), sus líderes se han comprometido a impulsar “la concertación política y diplomática” de la Región a través de la integración y convergencia de los actuales bloques MERCOSUR-CAN y Chile para lograr una zona de libre comercio, propuesta a las que se sumarán las Repúblicas de Suriname y Guyana.

Dicho compromiso, asumido por medio de la Declaración del Cuzco del 8 de diciembre de 2004 y ratificado en la Declaración de su Primera Cumbre del 30 de septiembre de 2005, tuvo un nombre: Comunidad Sudamericana de Naciones. Pero luego, en el marco de la Cumbre Presidencial sobre Energía celebrada en la Isla Margarita, Venezuela, en abril de 2007 y a instancias del presidente del país anfitrión, los jefes de Estado subscribieron una Declaración del Diálogo Político acordando denominar “Unión de Naciones Suramericanas” (UNASUR) al esfuerzo integrador.

Por fin, en la Reunión Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno en la ciudad de Brasilia, Brasil, el 23 de mayo de 2008, se suscribió su Tratado Constitutivo y se eligió a la Presidente de Chile, Michelle Bachelet, en la presidencia *pro tempore*.

El nuevo proyecto de integración y convergencia representa el tercer bloque económico de importancia en el mundo: un área de más de 17 millones de km², más de 381 millones de habitantes y un PBI de 1,5 billones de dólares norteamericanos.

Sin embargo, existen varios condicionantes y grandes diferencias en materia política, económica y social que obstaculizan y han obstaculizados estos procesos. Se pretende integrar países con fuertes desequilibrios socioeconómicos; existen conflictos territoriales no resueltos entre ellos (Chile y Bolivia, Perú y Ecuador); algunos ya han preferido o prefieren un relacionamiento comercial directo con EE.UU. (Chile, Colombia, Perú y Ecuador) mientras que otros lo consideran como

un proyecto peligroso por lo que han frenado las negociaciones en el marco del Área de Libre Comercio de las Américas (Argentina, Brasil y Venezuela).

Ese ideario integracionista tiene fuerte sustentos en los lazos de fraternidad existentes, producto de un mismo origen y una gesta independentista compartida, una lengua, cultura y religión casi uniforme en todo el subcontinente y sobre todo, una conciencia de pertenencia y destino común que hacen de Sudamérica una Nación en potencia.

Sostendremos en este trabajo que si bien el proceso de nacionalismo continental o de unión entre los pueblos americanos, que aquí identificamos como “americanismo”, supone la integración económica, política y social, los llamados procesos de integración llevados adelante por los presidentes de los Estados latinoamericanos en la segunda mitad del siglo XX y que se continúan en el presente, han basado sus estrategias en el comercio, relegando aspectos políticos, culturales y sociales y, por ende, los propios resultados de la integración.

El estudio de la UNASUR como nuevo intento integracionista, será el foco central de análisis de este artículo sin perjuicio de repasar los resultados de los otros procesos hasta aquí intentados, el surgimiento del americanismo y sus presupuestos, así como los aspectos teóricos involucrados.

2. Si bien el ideario de la integración latinoamericana se encuentra ligado a la emancipación de nuestros pueblos, es sólo en los últimos años que se advierte la multiplicación de acuerdos y negociaciones fundamentalmente asentados en la proximidad geográfica y predominantemente asociados con el establecimiento o la profundización de acuerdos de libre comercio entre diversos países vecinos, lo que para algunos representa una reacción, una etapa o bien un complemento al proceso del proceso de globalización¹.

Se advierten en el bloque, sin embargo, diversas tendencias: por un lado, se multiplican los acuerdos de libre comercio y se declara el propósito de profundizar la integración entre los países de América Latina; por otro lado, esos acuerdos se resienten, sus socios cambian de acuerdos o bien se crean nuevos acuerdos que replican, en términos generales, las experiencias anteriores. Los objetivos son muy distintos: para muchos, la integración es un complemento al mercado local y un ejercicio para su inserción en la economía global (los casos más evidentes son Chile, Perú y Colombia); para otros, es una oportunidad para establecer, acentuar o confirmar su liderazgo en la Región (Argentina, Brasil y Venezuela cuadran en este caso). Por último, estos mismos países mantienen relaciones contradictorias respecto de los Estados Unidos de Norteamérica.

No es nuestra intención hacer un “racconto” de todas las experiencias en materia de integración regional en el siglo XX, pero es de notar en su gran mayoría, el núcleo central de estos acuerdos reside en la liberalización del comercio y, en

¹ A. SERBIN, *Globalización, integración regional y sociedad civil*, en C. OLIVA, A. SERBIN (comp.) *América Latina, el Caribe y Cuba en el contexto global*, Sao Paulo, 2002; A. SERBIN, *Entre UNASUR y ALBA: ¿Otra integración (ciudadana) es posible?*, en *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, 2007, n. 6, pp. 7 a 36.

segundo grado, en emprendimientos comunes en infraestructura con una notoria ausencia de políticas de armonización en lo social, cultural y político. En estas experiencias, se revela que no hay creación de un espacio económico, político y social por la interpenetración estructural, voluntaria y solidaria de los Estados-Parte, a partir de intereses comunes que tienen como objetivo el desarrollo².

La historia de los sucesivos fracasos de los proyectos de integración económica pone en evidencia que, por un lado, ella no se construye sólo con la voluntad de los líderes políticos, y por otro, que el comercio no puede ser su único sustento.

Al solo fin de comprobar la preeminencia económica de los procesos de integración hasta aquí intentados, haremos una breve descripción de los dos procesos más importantes del último período en Sudamérica.

La Comunidad Andina de Naciones (CAN) nace en el marco de las diferencias existentes intrabloque. En efecto, sintiéndose discriminadas con los resultados de la ALALC, se inicia un proceso entre los países de la región andina con el fin de constituir un espacio económico más homogéneo y un marco de negociación equilibrada con los países de mayor desarrollo relativo.

Ese proceso se inicia en 1966 con la Declaración de Bogotá y culmina el 26 de mayo de 1969 con la suscripción del Acuerdo de Cartagena. Participan Bolivia, Chile³, Colombia, Ecuador y Perú; más tarde, se suma Venezuela⁴.

Pero los objetivos y las metas son económicas: la liberalización arancelaria, automática y lineal acompañada por la constitución progresiva de un arancel externo común para lograr primero una zona de libre comercio, en 1983, y luego la unión aduanera; la programación conjunta y asignación industrial, mediante programas sectoriales de desarrollo industrial (automotriz, metal-mecánica y petroquímica); coordinación de políticas económicas y sociales; la constitución de un sistema de instituciones fuertes para dirigir el proceso; un programa para acelerar el desarrollo del sector agropecuario; la integración física; el tratamiento preferencial para Bolivia y Ecuador y la canalización de recursos para facilitar la financiación de las inversiones que el propio proceso requería.

En comparación con lo que posteriormente alcanzara el MERCOSUR, se estableció un sistema institucional fuerte: la Comisión, conformada por representantes plenipotenciarios de los países miembros, titulares y suplentes, que toma Decisiones; la Junta, integrada por tres miembros designados por la Comisión como órgano técnico para elaborar estudios y propuestas a la Comisión y que además debía velar por el cumplimiento de las Decisiones⁵; el Parlamento Andino, constituido en octubre de 1979 en La Paz, como órgano deliberante integrado por representantes de los Parlamentos de cada uno de los países y el Tribunal Andino, creado en 1979 y constituido en 1983.

² N. MELLADO, R. GAJATE, *La Inclusión de las regiones en el MERCOSUR*, en *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, 1998, n. 4.

³ Chile se retira del subgrupo, en 1976, con la caída del régimen democrático y en desacuerdo con la decisión XXIV de regulación al capital extranjero.

⁴ Venezuela se incorpora en 1973.

⁵ Luego del Protocolo de Trujillo se sustituyó por la Secretaria General.

Ese marco institucional fuerte permitió que se establecieran acuerdos en diferentes dimensiones de la integración (económica, laboral, educativa y en materia de salud)⁶. Sin embargo, la preponderancia del comercio en el proyecto inhibió la profundización del modelo. En este caso, no sólo la desafección de Chile, golpe de Estado mediante, debilitó el avance del proceso; como se ha sostenido, por un lado, las asimetrías entre los niveles de desarrollo de los países integrantes fueron un obstáculo para la puesta en marcha del arancel externo común y por otro, las economías internas de los países tendientes a impulsar su crecimiento a través del proteccionismo y la industrialización frenaron la liberalización del comercio subregional⁷.

A fines de los '80, se emprendieron distintas acciones tendientes a revitalizar la integración pero, nuevamente, los objetivos fueron comerciales: un programa de liberalización lineal y automático que debía culminar con la zona de libre comercio para 1995, y al mismo tiempo, tenía que definir el arancel externo común para constituir a más tardar en 1999 la unión aduanera⁸.

Si bien en 1990 los Presidentes deciden acelerar los plazos⁹, el grupo comienza a resentirse: entre 1992 y 1995 no se realizan reuniones presidenciales¹⁰ y comienzan a tejerse otros acuerdos que perforan la unión aduanera de la CAN¹¹. De todas formas, y al compás de los tiempos de fuerte impronta liberal de la economía mundial, el sistema (Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela) tuvo en 1993 su zona de libre comercio en funcionamiento y en 1994 aprobado el arancel externo común. Un año después se logra aprobar un proceso para la incorporación gradual de Perú. Así se llega a marzo de 1996 en el que el Grupo Andino deviene en CAN.

⁶ Corporación Andina de Fomento, 7 de febrero de 1968; Fondo Andino de Reserva, noviembre de 1976, que en 1991 cambia su nombre por Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) al que se ha adherido Costa Rica, pese a no pertenecer al proceso subregional; Convenio Andrés Bello, 31 de enero de 1970, que integran los Ministros de Educación de los países Andinos más los de Chile, España y Panamá; Convenio Simón Rodríguez, integrado por los Ministros de Trabajo como el Foro de Debate, Participación y Coordinación para los temas sociolaborales de la Comunidad Andina; y el Convenio Hipólito Unanue, 18 de diciembre de 1981, en materia de Salud.

⁷ V. RONDON, X. URBINA, *Negociaciones entre la Comunidad Andina (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para establecer una zona de libre comercio. Avances y obstáculos*, en R. GIACALONE (ed.), *CAN-MERCOSUR a la sombra del ALCA*, Mérida, 2003, pp. 21 a 64.

⁸ A dicho objetivo se llegó, una vez suscripto el Protocolo de Quito de 1987 tendiente a flexibilizar y ampliar los mecanismos de integración y creado el sistema de reunión de presidentes, en el marco de la Segunda Reunión del Consejo Presidencial Andino, 1989, donde se instrumentan herramientas para lograr un espacio económico ampliado, en un contexto competitivo de mercado.

⁹ Zona de Libre Comercio para el 31 de diciembre de 1991 y Unión Aduanera para 1995.

¹⁰ Otra vez más el quiebre institucional tiene que ver en ello. Luego del autogolpe, Fujimori desconoció los compromisos asumidos y suspende temporalmente su membresía bajo el programa de Liberación.

¹¹ Por un lado, Perú suscribe un tratado bilateral con Bolivia y por otro, Colombia y Venezuela, junto con México se incorporan al G3 firmando un tratado de libre comercio.

Ese mismo período, se define, mediante protocolo, una nueva estructura institucional que da origen al Sistema Andino de Integración a fin de permitir una coordinación efectiva de los miembros para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración. Así, la CAN cuenta hoy con el Consejo Presidencial Andino como máximo órgano de integración, en funcionamiento desde 1989¹²; la Junta de tres miembros por la Secretaría de la Comunidad Andina; el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, órgano de dirección política¹³; los Consejos Consultivos Laboral y Empresarial que sólo proponen políticas sectoriales¹⁴.

Ya a fines de los noventa, se decide establecer un nuevo diseño estratégico que establece, entre sus objetivos, profundizar la integración con Panamá y con el MERCOSUR¹⁵. En 1998 se firma un Acuerdo Marco para la creación de una zona de libre comercio con el bloque subregional y en mayo de 1999 se firma el Acta de Cartagena cuyo objetivo fundamental es crear un Mercado Común a más tardar en el año 2005.

Pero el proceso de la CAN no está libre de obstáculos. Como consecuencia de la inexistencia de reales mecanismos e instituciones que permitan adoptar políticas uniformes en los temas claves del relacionamiento continental, como lo fue el de patentes en medicamentos, el 6 de abril de 2006, en una reunión entre los cancilleres de Ecuador, Perú y Colombia, sin la participación de Bolivia y Venezuela, se acordó modificar el Artículo 266 sobre los medicamentos para cumplir con los requerimientos de los Tratados de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos. Más aún, Perú firmó un TLC con los Estados Unidos semejante a los suscriptos por Chile, Colombia y México.

Si bien en 20 de septiembre de 2006, se aprobó la reincorporación de Chile a la CAN como miembro asociado, ello no pudo opacar la crítica retirada, meses antes, de Venezuela denunciando que los tratados firmados con Estados Unidos le habían causado un daño irreparable a las instituciones andinas. Por su parte, el presidente boliviano Evo Morales se sumó junto a Cuba y Venezuela en la Alternativa Bolivariana de las Américas (ALBA) firmando en la Habana, en 2006, el Tratado de Comercio de los Pueblos como contraposición a los TLCs¹⁶.

¹² Este Consejo se reúne una vez cada año y su presidencia es rotativa.

¹³ Emite declaraciones y decisiones (obligatorias).

¹⁴ Por su parte, la reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores con la Comisión, da lugar al Consejo Andino Ampliado.

¹⁵ Como veremos más adelante, a inicios del 2002 el proceso de convergencia de la CAN-MERCOSUR en un área de libre comercio es muy fuerte.

¹⁶ Forman parte también del ALBA, Nicaragua, Dominica, Honduras, Antigua y Barbuda y San Vicente y las Granadinas. El ALBA se fundamenta en la creación de mecanismos para crear ventajas cooperativas entre las naciones que permitan compensar las asimetrías existentes entre los países del hemisferio. Se basa en la cooperación de fondos compensatorios para corregir las disparidades que colocan en desventaja a los países débiles frente a las primeras potencias. Se reconocen obstáculos a la integración, tales como la pobreza, desigualdades y asimetrías entre países, un intercambio desigual y condiciones inequitativas de las relaciones internacionales y una deuda

A lo largo de toda su historia, las relaciones entre los dos grandes espacios de Sudamérica, Argentina y Brasil, estuvieron caracterizadas por una tensión que fue desde la rivalidad geopolítica hasta la necesidad de asociación por motivos estratégicos o comerciales. Estimulada por las dictaduras militares, la desconfianza y esa rivalidad histórica impidió que ambos implementasen, de forma más temprana, procesos de integración destinados a producir sinergias comerciales, económicas y políticas que les permitiesen adoptar estrategias comunes de desarrollo. Sólo con el retorno de la democracia en los '80 se pudo superar la tesis de disputa hegemónica en la cuenca del Plata en torno al uso de los recursos naturales y la industrialización de la economía¹⁷.

Fue a partir de la mitad de esa década, con los acuerdos de los presidentes Alfonsín y Sarney, que se dio el impulso inicial a la integración entre Argentina y Brasil. Establecer la integración no era sólo una conveniencia del mercado sino una necesidad política. Tales acuerdos tenían una estrategia implícita, no siempre recordada: crear condiciones para enfrentar juntos los problemas de la deuda, la vulnerabilidad de las economías a los factores internacionales y el estancamiento del crecimiento por la inflación cíclica. En la complementariedad económica, en la creación de un gran mercado interno, ambos Estados veían una solución política para un problema económico que afectaba la legitimidad de las renacientes democracias.

El Programa de Integración y Cooperación Económica de 1986 es el antecedente más cercano y también se inscribe en el contexto de los acuerdos de integración comercial¹⁸. Años más tarde en un contexto de gravísimos problemas macroeconómicos, los países acuerdan el Tratado de Integración Cooperación y Desarrollo de 1988 cuyo objetivo es lograr, en un plazo de diez años, una zona de libre comercio de alcance general para conformar, en una segunda etapa, el mercado común.

Coincidente con los cambios en las Presidencias, los gobiernos de Argentina (Menem) y de Brasil (Collor de Mello) suscriben el Acta de Buenos Aires en

externa impagable. El propio acuerdo es innovador, no sólo en cuanto a los objetivos propuestos, sino también en su agenda de acción ya que se impulsan proyectos mixtos entre empresas estatales o que permiten emprendimientos conjuntos de extracción de hidrocarburos en su propio territorio.

¹⁷ El abandono de los planes y programas nucleares fue también otro importante factor que contribuyó a abandonar una política armamentística y de hipótesis de conflicto sostenida por los militares, importantes factores de poder en ambos Estados por aquel entonces. R. S. PIANA, *Técnicas de negociación*, en *MERCOSUR-ALCA. Articulación de las negociaciones internas y externas*, La Plata, 2007, pp. 87 a 118.

¹⁸ N. B. MELLADO, *Componente teórico de la Integración Latinoamericana*, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, 2007, n. 37, pp. 587 a 596. Según Porta y Fontanals ello generó una base de apoyo para la integración bilateral, aunque, sin embargo, la falta de articulación de la política industrial con la de integración no produjo efectos dinámicos en cuanto a cambios cualitativos en la estructura del comercio, pese al aumento del mismo entre los dos países. F. PORTA, J. FONTANALS, *La integración intraindustrial: el caso del Acuerdo Argentino-Brasileño*, en *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, 1989, n. 152, pp. 14 a 25.

julio de 1990 para reducir a cinco años los plazos para la concreción del mercado común mediante un programa de liberalización comercial (rebajas arancelarias lineales y automáticas, la eliminación de toda restricción no arancelaria que debía concluir el 31 de diciembre de 1994) y, el establecimiento de una arancel externo común¹⁹. Finalmente con la incorporación de Uruguay y Paraguay se arriba al Tratado de Asunción el 26 de marzo de 1991 que originó al Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

En 1994 se definió su funcionalidad jurídico-institucional y se acordó avanzar hacia Unión Aduanera a partir del 1° de enero de 1995. Por el Protocolo de Ouro Preto, se establecieron los siguientes órganos: el Consejo del Mercado Común (CMC), que tiene a su cargo la dirección política; el Grupo Mercado Común (GMC) desarrolla funciones ejecutivas he incluye a los Grupos de Trabajo y las Reuniones Especializadas; la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), órgano de aplicación de los instrumentos comerciales; la Secretaría Administrativa, de carácter permanente; el Foro Consultivo Económico y Social (FCES), con funciones consultivas; la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), integrada por representantes parlamentarios de los países miembros; y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) a partir del Protocolo de Olivos, 2002.

El diseño institucional del MERCOSUR otorgó un énfasis excesivo a la liberalización comercial, en desmedro de otras dimensiones más sociales, políticas y culturales que también formaban parte del proyecto originario. Como consecuencia de esa lógica liberal, de ese nuevo esquema, la armonización legislativa, educativa, social y cultural vendría por añadidura junto con el crecimiento comercial²⁰.

Esta estrategia comercial tuvo sus frutos: gracias al crecimiento en Brasil y Argentina durante la primera mitad de los '90, el comercio intrazona se multiplicó. Pero la ganancia que se dio con la apertura de los mercados, en la primera mitad de esos años, fue consecuencia del contexto internacional y de una armonización de hecho. En efecto, los países del MERCOSUR tuvieron políticas macroeconómicas muy similares: tipo de cambio fijo, dólar barato, apertura comercial y subsidios a las inversiones, pero no como consecuencia de decisiones acordadas²¹. La política de ese MERCOSUR de eliminar aranceles para favorecer la integración, en el contexto de apertura comercial irrestricta, fue funcional y tuvo éxitos en tanto persistieron esos presupuestos. Ello hasta fines de esa década.

Justamente, la ausencia de políticas convergentes y consensuadas hicieron que ante la crisis cada uno adoptara una estrategia individual. La primera econo-

¹⁹ Estos acuerdos se inscribieron en la ALADI como Acuerdos de Complementación Económica n. 14 y entraron en vigor a partir del 1 de enero de 1991.

²⁰ Lo cierto es que ese paradigma fue más acentuado en Argentina que en Brasil, donde un nacionalismo más acentuado que en el primero fue una barrera a la aceptación ciega de los postulados de lo que dio en llamarse "Consenso de Washington".

²¹ Justamente, como consecuencia de ello, las rivalidades comerciales continuaron entre ambos países.

mía en sucumbir fue la de Brasil, que en enero de 1999 devaluó su moneda sin previo aviso a sus socios. Pero más temprano que tarde, los otros tres Estados socios plenos devaluaron sus monedas; tuvieron una espectacular suba de la tasa de riesgo país y achicaron sus economías, sin evitar el dramático retroceso social²².

También el MERCOSUR ha firmado en los últimos años numerosos acuerdos comerciales y mantiene actualmente una múltiple agenda externa orientada en diversas direcciones. Por un lado, se ha ampliado como consecuencia de los acuerdos de libre comercio con Estados en calidad de asociados: Chile²³; Bolivia²⁴; México²⁵; Perú²⁶; Venezuela, Ecuador y Colombia²⁷, ingresando Venezuela desde 2006 como miembro pleno²⁸. También, como vimos, se da el proceso de convergencia MERCOSUR-CAN que tuvo su máxima concreción en el Acuerdo de Complementación Económica de 2002, sin contar con el proceso de la Comunidad Sudamericana de Naciones, hoy UNASUR²⁹.

La evolución institucional del MERCOSUR desde el Tratado de Asunción, pasando por los Protocolos de Ouro Preto (1994) y Olivos (2002), ha sido ardua y lenta. Por ello, el fortalecimiento institucional y político del MERCOSUR, con la creación del cargo de Presidente de la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR (2003), el Parlamento Comunitario (2005), y la incorporación de nuevos Estados son signos de una evolución necesaria y largamente esperada.

Sin embargo, y pese a los objetivos fijados, el MERCOSUR no logró aún perfeccionar la Zona de Libre Comercio ni la Unión Aduanera y el fortaleci-

²² La decisión de Argentina de mantener su política cambiaría en un mercado interno altamente inestable, tanto por la devaluación brasileña como por la volatilidad financiera, derivó en la crisis política, económica y social de diciembre de 2001. El derrumbe del comercio intrazona fue una consecuencia necesaria: en 1998 el comercio dentro del MERCOSUR había sumado casi 41.000 millones de dólares; en 2002 apenas alcanzó los 25.000 millones, esto es, un 40% menos. Todo el bloque, pasó de sumar en 1998 un PBI de más de 1 billón de dólares, a sumar en 2002 apenas 650.000 millones de dólares, un 35% menos.

²³ Inscripto en el marco de ALADI como Acuerdo de Complementación Económica (ACE) 35/96.

²⁴ ACE 36/96; CMC/Dec. 18/04. Bolivia solicitó su ingreso pleno a fines de 2006.

²⁵ ACE 54/02 y 55/03.

²⁶ ACE 58/03.

²⁷ ACE 59/04.

²⁸ Protocolo de Adhesión al MERCOSUR del 4 de julio de 2006. Para un seguimiento del proceso de convergencia ver R. GAJATE, *El ALCA y los escenarios del MERCOSUR*, en *MERCOSUR-ALCA*, cit., pp. 39 a 66.

²⁹ En efecto, si bien el proceso de convergencia MERCOSUR-CAN se remonta a 1996, sólo tiene su primera formalización en 1998 con el Acuerdo Marco para la creación de una zona de libre comercio, registrado en ALADI como AAPA n. 11. Los objetivos allí planteados (lograr un Acuerdo de Preferencias Arancelarias antes del 30 de septiembre de 1998) sufrieron dilaciones, pero las negociaciones continuaron hasta firmar en el 2002 el referido Acuerdo de Complementación Económica en virtud del cual se prorroga la vigencia del acuerdo anterior hasta el 31 de diciembre de 2003, fecha en la que se conformaría una Área de Libre Comercio. Este Acuerdo se registró como ACE 56/02.

miento institucional parece estar condicionados por factores externos, como los fueron los intentos norteamericanos de firmar el Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA), primero y TLC, Estado por Estado, luego.

A pesar de definirse como una Unión Aduanera, no existe en el MERCOSUR una política comercial externa común ni de reducción de asimetrías ni de disparidades estructurales entre los Estados miembros. Sin esas políticas, los propios socios compiten entre sí por introducir sus productos en los mercados de los otros y por la localización de las inversiones³⁰. Una consecuencia de ello es que los socios mayores del MERCOSUR no logran aglutinar a los más pequeños porque tienen pocos incentivos y se sienten desplazados. Así, causó mucho malestar el anuncio de Argentina, Brasil y Venezuela de la construcción de un megagasoducto “sin convocar ni informar” a los otros dos socios³¹. Y es sobre esa grieta que Estados Unidos de Norteamérica ha impulsado acuerdos de cooperación con Paraguay y Uruguay³².

Por supuesto, no podemos cerrar este acápite sin recordar el conflicto entre Argentina y Uruguay a raíz de la instalación de papeleras en la margen del río Uruguay, conflicto que no pudo (ni puede aún) resolverse ni bilateralmente ni en el ámbito del MERCOSUR y que aún hoy se encuentra a la espera de una resolución en la Corte Internacional de La Haya³³.

3. Inicialmente presentada como Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), la asociación se remonta en realidad a 1993 cuando Brasil propone la constitución de un Área de Libre Comercio Sudamericana (ALCSA) ante la propuesta del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, más conocido por sus siglas en inglés, NAFTA, de acoger a países sudamericanos.

³⁰ En efecto, una Unión Aduanera no se agota en un Arancel Externo Común. Las Uniones Aduaneras exigen estructuras institucionales complejas aptas para la elaboración, interpretación y aplicación de las normas.

³¹ En la XXIX Cumbre del MERCOSUR, Argentina, Venezuela y Brasil firmaron la “Declaración de Montevideo” por la que se prevé lanzar una obra para la creación de un gasoducto que puede llegar a tener entre 8.000 y 10.000 kilómetros, y cuyo costo puede elevarse a más de 10.000 millones de dólares, en: *Acuerdan el gasoducto desde Venezuela a Brasil y Argentina*, en *DIARIO CLARÍN*, 10 de diciembre de 2005.

³² En la propia XXIX Cumbre del MERCOSUR Tabaré Vázquez sostuvo que: “El MERCOSUR somos todos”, en tanto su par de Paraguay, Nicanor Duarte Frutos, aseveró que “no existe un mercado común auténtico”. Cfr. *Críticas a las asimetrías internas*, en *DIARIO CLARÍN*, 9 de diciembre de 2005 y *¿Desaparecen el MERCOSUR y la CAN? Suicidio en defensa propia. Problemas entre los hermanos mayores y los menores*, en *DIARIO LA NACIÓN*, 23 de abril de 2006.

³³ Aldo Ferrer advierte respecto de este crucial conflicto: “(...) dadas las asimetrías existentes, de tamaño y nivel relativo de desarrollo, el mercado, librado a sus propias fuerzas, multiplica los conflictos y, en definitiva, lleva al desencuentro y la parálisis (...). Debe introducirse las políticas públicas comunitarias en el MERCOSUR. Así convertiremos problemas, como el de las papeleras de Fray Bentos, en oportunidades de desarrollo, empleo y construcción de nuestros países, en el espacio solidario de la región”; cfr. A. FERRER, *El laberinto de las papeleras. Imaginemos un escenario distinto*, en *DIARIO CLARÍN*, 27 de abril de 2006.

Luego de la Cumbre de Miami, cuando el ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) surgió como algo más que una posibilidad, Brasil insistió con este proyecto al convocar a los gobernantes de toda Sudamérica a la Cumbre de Brasilia en agosto de 2000.

Si bien dicha reunión significó el inicio de las conversaciones hacia un espacio económico sudamericano a través de la integración entre el MERCOSUR y la CAN, es destacable que el Comunicado de Brasilia se centrara en el fortalecimiento de la democracia, la lucha contra la pobreza y el narcotráfico y la promoción de la integración física. Ocuparon además un rol central los temas relacionados con la construcción de una adecuada infraestructura de carreteras, vías fluviales y telecomunicaciones como prerequisite para una integración verdadera. En este sentido, se estableció un Plan de Acción para el desarrollo de la infraestructura regional (áreas de energía, transporte y comunicaciones) el que fue complementado con la llamada Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA) presentada por el BID (Banco Interamericano de Desarrollo).

La propuesta no pudo avanzar por aquel entonces debido a las diferencias políticas y económicas imperantes en el Cono Sur. Entre ellas, se destaca el pragmatismo diplomático de Chile y las negociaciones directas fuera del marco del ALCA entre Estados Unidos de Norteamérica y algunos países del MERCOSUR. Pero un nuevo relanzamiento se advierte en Guayaquil con motivo del segundo encuentro de los presidentes de la región, quienes ratificaron los propósitos de la Cumbre de Brasilia y remarcaron la necesidad de integrarse sobre la base de principios democráticos a fin de dejar atrás el atraso y la pobreza.

Resulta así evidente, al menos en cuanto a intenciones se refiere, que la búsqueda de objetivos para el desarrollo económico, social y democrático en la Región supone la adopción de un nuevo paradigma en materia de integración no limitado a los aspectos comerciales.

Sin embargo, el proceso de su negociación da muestras, ya desde sus orígenes, de las diferentes posiciones en el ámbito subregional. Así, por ejemplo, mientras que desde la cancillería argentina se destacaba la necesidad de asentar el proceso del MERCOSUR como paso previo, desde Brasil, por el contrario, se le otorgaba al proyecto la máxima importancia a punto tal de identificarlo al máximo nivel político como una estrategia para “(...) el fortalecimiento de toda la región”³⁴. La actitud brasileña ha tenido variadas interpretaciones desde el punto de vista teórico³⁵, pero sin lugar a dudas, las reacciones del entonces presidente argentino³⁶

³⁴ *La futura unidad sudamericana: detalles de la próxima cumbre en Perú*, en *DIARIO LA NACIÓN*, 5 de diciembre de 2004.

³⁵ A STRULDEHER, *Una aproximación teórico-conceptual al ALCA*, en R. GIACALONE (comp.), *Venezuela en el ALCA entre realidades y fantasías*, Venezuela, 2006, pp. 33 a 56.

³⁶ El Presidente argentino afirmaba: “Voy a las [reuniones protocolares] que juzgo que son importantes para el país, declaraciones que pretendían disminuir la trascendencia de la Cumbre y las decisiones que de ella pudieran derivar”, *El estilo presidencial: ante la cancelación de su viaje a Cuzco*, en *DIARIO LA NACIÓN*, 3 de diciembre de 2004. Véase también *La cumbre de Cuzco: firman hoy el acta fundacional de la Comunidad Sudamericana*, en *DIARIO LA NACIÓN*, 8 de diciembre de 2004.

revelan que, para Argentina, esa actitud era considerada como parte la estrategia de Brasil de constituirse en líder indiscutido de la Región.

Se plantearon otras dificultades más profundas. Para el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, el objetivo debía centrarse en la redistribución de la riqueza, mientras que para el de Brasil, Lula da Silva, sólo con crecimiento podía pensarse en una distribución más justa³⁷, por último, con el pragmatismo que caracteriza a la diplomacia chilena, el entonces presidente Lagos pidió en esa instancia una integración más concreta en materia física y comercial³⁸.

La entonces CSN nació en diciembre de 2004 en la tercera reunión presidencial en Cuzco como un espacio integrado resultante de la concertación y coordinación política y diplomática y de la profundización de la convergencia entre MERCOSUR, CAN y Chile a la que se asociarían los gobiernos de Suriname y Guyana.

La CSN se presentó como un nuevo desafío al pretender “desarrollar un espacio sudamericano integrado en lo político, social, económico, ambiental y de infraestructura (...) que contribuya, a partir de una perspectiva subregional al fortalecimiento de América Latina y el Caribe y le otorgue una mayor gravitación y representación en los foros internacionales” (Declaración de Cuzco, 2004). Resulta claro que los gobiernos de los Estados Partes aspiraban a conformar un espacio político común, que les permitiera potenciar su capacidad de negociación externa, generando así expectativas para perfilarse como un eje articulador de los esquemas subregionales.

El documento fundacional resalta la historia común sudamericana, una identidad y valores compartidos. Asimismo, en la misma Declaración, existe una mención expresa al desarrollo: “el acceso a mejores niveles de vida de sus pueblos y la promoción del desarrollo económico, no puede reducirse sólo a políticas de crecimiento sostenido de la economía, sino comprender también estrategias que, junto con una conciencia ambiental responsable y el reconocimiento de asimetrías en el desarrollo de sus países, aseguren una más justa y equitativa distribución del ingreso, el acceso a la educación, la cohesión y la inclusión social, así como la preservación del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible”. Esta referencia resulta trascendente al diferenciarse claramente el desarrollo del crecimiento económico.

También se establece el compromiso “esencial con la lucha contra la pobreza, la eliminación del hambre, la generación de empleo decente y el acceso de todos a la salud y a la educación como herramientas fundamentales para el desarrollo”³⁹.

³⁷ *La Argentina sigue con cautela la unidad regional*, en *DIARIO LA NACIÓN*, 10 de diciembre de 2004.

³⁸ *La Declaración de Cuzco puso en marcha la Comunidad Sudamericana*, en *DIARIO CLARÍN*, 9 de diciembre de 2004.

³⁹ Declaración de Cuzco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones, III Cumbre Presidencial Sudamericana, Cuzco, 8 de diciembre de 2004.

Los aspectos comerciales estuvieron presentes pues en este nuevo esquema uno de los objetivos se encontraba en el perfeccionamiento de la zona de libre comercio hacia fases superiores de la integración económica, social e institucional.

La CSN no fue creada con instituciones específicas. Si bien la intención manifiesta fue la de promover “la convergencia sobre la base de la institucionalidad existente, evitando la duplicación y superposición de esfuerzos y sin que implique nuevos gastos financieros”⁴⁰, la ausencia de mecanismos formales de negociación y – sobre todo – de decisión, dejó al proceso sujeto a la cambiante voluntad política de los presidentes⁴¹.

El 2005 comenzó con menos cruces verbales. El presidente argentino, en ocasión de la visita su par venezolano, manifestó que espacios como el MERCOSUR, la CAN y la CSN, “deben ser los vehículos para lograr el retroceso de nuestros males”, y que “(...) la base de nuestro futuro está en el fortalecimiento de los organismos regionales y en la construcción de la unidad sudamericana”⁴².

Sin embargo, los recelos argentinos al liderazgo de Brasil en la región y las discrepancias en el discurso político fueron una constante durante todo el año, además de los conflictos comerciales.

En efecto, el conflicto fue potenciado por los propios actores. El Presidente Lula da Silva manifestó que “Brasil tiene obligación (...)” de impulsar el desarrollo de los vecinos sudamericanos ya que constituye “(...) la mayor economía, tiene la mayor población, es el país de mayor potencial científico y tecnológico”⁴³. Como si fuera poco, actores externos intervinieron en esta rencilla interna: Roger Noriega, secretario adjunto para América Latina de Estados Unidos de Norteamérica, calificó a Brasil como el “líder de la región”⁴⁴.

Otros hechos, como la crisis ecuatoriana⁴⁵ y la candidatura brasileña a la OMC⁴⁶ dieron muestras de lo que podría calificarse como un verdadero conflicto

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Era el gobierno de Brasil quien pretendía crear instituciones específicas.

⁴² *Kirchner y Chávez, por la integración regional*, en *DIARIO LA NACIÓN*, 1 de febrero de 2005.

⁴³ *Amorín buscó bajar la disputa*, en *DIARIO LA NACIÓN*, 2 de mayo de 2005.

⁴⁴ *Para EE.UU. Brasil es el líder regional*, en *DIARIO LA NACIÓN*, 4 de mayo de 2005.

⁴⁵ En efecto, la destitución del Presidente Lucio Gutiérrez, generó un nuevo foco de tensión luego de que Brasil emitiera unilateralmente un comunicado en nombre de la CSN. Ello hizo que el entonces Canciller argentino reaccionara rápidamente y emitiera declaraciones propias, descalificando así la pretendida representatividad de Brasil. “En el episodio de Ecuador, la Argentina rápidamente adoptó la posición de que lo importante era Ecuador, no era quién se pronunciaba primero. La posición óptima era que los tres agrupamientos – el Grupo de Río, la Comunidad Sudamericana de Naciones y la OEA –, hicieran un comunicado (...) preferimos de una manera profesional salirnos del medio de la discusión de quién decía qué cosa e ir al ámbito regional por antonomasia, que es la OEA”, *Bielsa admitió diferencias con Brasil*, en *DIARIO LA NACIÓN*, 2 de mayo de 2005.

⁴⁶ “(...) comprometimos nuestro apoyo al candidato uruguayo, Carlos Pérez del Castillo (...) antes de que la candidatura de Seixas Correa (...) fuese oficializada. Cuando el gobierno de Tabaré ratificó su candidatura, Argentina no hizo más que honrar su palabra”, *Bielsa admitió diferencias con Brasil y ausencia de respuestas*, en *DIARIO CLARÍN*, 3 de mayo de 2005.

diplomático en la Región. Pero tal vez, los más conocidos fueron las divergencias a raíz de los proyectos de reformas del Consejo de Seguridad de la ONU y la designación del Secretario General de la OEA dando muestras de una llamativa “desconexión” entre los Estados y la ausencia de una política común para que todos los miembros de la Región ocupen cargos claves en el sistema de organismos internacionales. Así, mientras Brasil pretendía ocupar un asiento permanente en el Consejo de Seguridad, Argentina promovía una banca rotativa para la región⁴⁷. Por otro lado, la designación en el cargo de José Miguel Insulza, chileno, despertó los recelos de Bolivia y de Perú, y obligó al entonces presidente mexicano, Vicente Fox, a levantar la candidatura de su canciller.

Es en este contexto que los presidentes y representantes de los doce países se reunieron en Brasilia el 29 y 30 de septiembre de 2005, ya como miembros de la CSN, con el fin de establecer los próximos objetivos y estrategias en el relacionamiento sudamericano. Con esos antecedentes, no fue una sorpresa para los observadores la falta de consenso e ideas, acerca de las finalidades, modos, estructura e instrumentos que debían definirse para iniciar el camino a la concreción de la CSN.

En el documento final de la Cumbre, la Declaración Presidencial y Agenda Prioritaria, se define como esencia de la CSN “el entendimiento político y la integración económica y social de los pueblos de América del Sur”⁴⁸ y en lo económico, los propósitos “incluyen el avance y la consolidación del proceso de convergencia encaminado al establecimiento de una zona de libre comercio sudamericana con miras a la reducción de asimetrías en cuanto sea posible mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur”. Se estableció que debía tenerse en cuenta el trato preferencial y diferenciado planteado en el ACE 59 de la ALADI pero no hubo consenso respecto a la fecha de concreción del área de libre comercio sudamericana⁴⁹.

El otro documento de la Cumbre, el Programa de Acción⁵⁰ plantea la necesidad del fortalecimiento de los vínculos institucionales entre el MERCOSUR y la CAN, temas de infraestructura en transporte, energía y comunicaciones, pero que replican los ya planteados por la IIRSA.

La Unión de Naciones de Suramérica (UNASUR) fue acordada en la Cumbre Presidencial sobre Energía celebrada en Venezuela en abril de 2007. En realidad, el encuentro de jefes de Estado en la isla de Margarita tuvo por objeto acordar aspectos sobre la integración energética. Se destaca la creación del Consejo Energético de Suramérica, que se integrará con los ministros de energía

⁴⁷ *El MERCOSUR ante los cambios en la ONU*, en *DIARIO CLARIN*, 20 de abril de 2005. Según Brasil, sus pretensiones generaban celos entre los países vecinos. *Lula minimizó la tensión con la Argentina*, en *DIARIO LA NACIÓN*, 4 de mayo de 2005.

⁴⁸ Declaración Presidencial y Agenda Prioritaria. Texto Oficial en: www.comunidadandina.org.

⁴⁹ N. MELLADO, *Desafíos que plantea la Comunidad Sudamericana de Naciones. Entre transformaciones y continuidades*. Ponencia presentada en el 52º Congreso Internacional de Americanistas, Sevilla, España, 17-21 de julio de 2006.

⁵⁰ Programa de Acción. Texto Oficial en: www.comunidadandina.org.

de cada país al que se le encomendó la elaboración de una Estrategia Energética continental, un Plan de Acción y un Tratado Energético Suramericano⁵¹.

Los jefes de Estado subscribieron una Declaración del Diálogo Político acordando denominar “Unión de Naciones Suramericanas” al esfuerzo integrador⁵². Luego de un debate acerca de si la UNASUR había reemplazado a la CSN o bien aquella era otro nuevo proyecto, los líderes de la región entendieron que era su continuidad.

Hoy, luego de la Reunión Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno en la ciudad de Brasilia, República Federativa del Brasil, el 23 de mayo de 2008, la UNASUR tiene su Tratado Constitutivo⁵³.

Su Preámbulo destaca la historia compartida y solidaria de las naciones en un marco multiétnico, plurilingüe y multicultural y sostiene la “determinación de construir una identidad y ciudadanía suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe”.

En el propio preámbulo se advierte que la orientación del proyecto aún está abierta ya que se menciona que el proceso es de integración como de unión. Además, sus principios rectores muestran algunas contradicciones con la necesaria superación de la lógica estatocéntrica pues si bien se basa en la autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible, también su principio es el irrestricto respeto a la soberanía de los Estados.

Manifiestan que la “integración suramericana debe ser alcanzada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, yendo más allá de la convergencia de los mismos”.

El objetivo de la UNASUR expresados en el articulado del Tratado no son sólo económicos. Así, se menciona el de construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

⁵¹ Ello es importante porque, más allá de las declaraciones generales, en la Declaración de Margarita no hay ninguna medida concreta para compartir recursos más allá de las interconexiones o de la compra-venta de petróleo o gas.

⁵² Para esta Unión se constituyó una Secretaría en Quito.

⁵³ El Tratado fue suscripto por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela.

Entre los veintiún objetivos específicos, llamativamente sólo tres son económicos, financieros o productivos.

En cuanto a la organización institucional, se crean los siguientes órganos: el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno como órgano máximo de la UNASUR; el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; el Consejo de Delegadas y Delegados y la Secretaría General con sede en Quito, Ecuador.

Por otro lado, se crea una Presidencia Pro Tempore que será ejercida sucesivamente por cada uno de los Estados Miembros, en orden alfabético, por períodos anuales.

En cuanto a las decisiones, toda la normativa de UNASUR se adoptará por consenso, mostrando, con ello, al adoptar el modelo diplomático-contractual, un bajo nivel de institucionalidad y que, aún el bloque no está preparado para la regla de la mayoría. Además, se establece que las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, las Resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores y las Disposiciones del Consejo de Delegadas y Delegados, se podrán acordar estando presentes al menos tres cuartos (3/4) de los Estados Miembros pero deberán ser consultadas por el Secretario General a los Estados Miembros ausentes, los que deberán pronunciarse en un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

Por otro lado, la regla de la internalización del derecho sigue siendo indirecta y no obligatoria, porque se establece que los actos normativos emanados de los órganos de la UNASUR serán obligatorios para los Estados Miembros una vez que hayan sido incorporados en el ordenamiento jurídico de cada uno de ellos, de acuerdo a sus respectivos procedimientos internos.

Por otro lado, la conformación de un Parlamento Suramericano con sede en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, se difirió para un Protocolo Adicional.

Otra muestra del tipo de Acuerdo es el referido a la solución de diferencias pues se establece que las diferencias que pudieren surgir entre Estados Partes respecto a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Tratado Constitutivo serán resueltas mediante negociaciones directas y sólo en caso de no lograr una solución mediante la negociación directa, dichos Estados Miembros someterán la diferencia a consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, el cual, dentro de los 60 días de su recepción, formulará las recomendaciones pertinentes para la solución de la misma, y en caso de no alcanzarse una solución ésta instancia elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, para su consideración en su próxima reunión. Las consideraciones del Consejo, no son obligatorias.

4. Los Estados miembros de la UNASUR habían reconocido que la construcción de un nuevo modelo de integración no puede estar basada únicamente en las relaciones comerciales. Pero también afirmaron: “En un período de reafirmación del Estado Nacional, la integración regional surge como un elemento indispensable de realización de nuestros proyectos nacionales de desarrollo. Se abren fuertes posibilidades de cooperación en materia de infraestructura, ener-

gía, complementación industrial y agrícola, medio ambiente, combate a la pobreza y a la exclusión social, fuentes de financiamiento para el desarrollo, seguridad, educación, cultura, ciencia y tecnología. Estas distintas formas de cooperación exigirán soluciones institucionales integradas”⁵⁴. Es decir, nuevamente la lógica del Estado nacional, soberano, que coopera sólo para fortalecer su soberanía es la que prima.

Sólo así puede entenderse el conflicto que existe entre Argentina y Uruguay en torno a la propuesta unilateral de Argentina de nombrar al ex presidente Kirchner como su Secretario, el veto de Uruguay a esa designación y el conflicto bilateral desatado entre ambos a raíz de este hecho, institucionalmente menor⁵⁵.

La historia de Latinoamérica, especialmente, América del Sur, nos muestra que la idea europea de naciones dentro del espacio americano es artificial pues “América Latina es un continente social, cultural y políticamente mucho más homogéneo que Europa, Asia, África e incluso Estados Unidos”⁵⁶.

Justamente, a diferencia de Europa, donde la nación creció a la sombra del Estado, en América Latina, fueron los Estados quienes “crearon” las naciones sobre una base político administrativa. Las artificiosas naciones moldearon diferencias que han dificultado – hasta hoy – cualquier estructura cooperativa entre Estado pues no pueden escapar de la lógica de considerar como pérdida de soberanía a cualquier intento de delegación en un órgano superior.

Pero si la nación se nos presenta como una gran solidaridad que se asienta en un pasado compartido y proyecta a los miembros hacia el futuro por el consentimiento mutuo de vivir juntos⁵⁷, no sólo los nacionalismos locales sino también el americanismo ha sido parte de la historia latinoamericana.

Se encuentran todas las condiciones necesarias para la generación de un mito: los héroes y la edad de oro en la gesta de la Independencia; el Otro que nos amenaza y nos define por exclusión; la promesa de redención en una América unida. Tampoco están ausentes los elementos que caracterizan a una nación: el origen común, el idioma, la religión y costumbres compartidas, la geografía, las instituciones así como las necesidades e intereses que hacen que los Estados de nuestro subcontinente compartan un destino y futuro en común.

Hoy, más que nación política, por carecer de instituciones adecuadas, el americanismo se nos presenta como nación cultural. La nación, entendida como cuerpo social más o menos sólidamente estructurado, culturalmente homogéneo si bien diferenciado en su interior, tiene derechos históricos, privilegios, ordenamientos y particularidades que el Estado debe custodiar, garantizar y respetar

⁵⁴ Documento final de la Comisión Estratégica de Reflexión. Un Nuevo Modelo de Integración de América del Sur. Hacia la Unión Sudamericana de Naciones.

⁵⁵ El veto de Uruguay se debe a la inacción del ex presidente Kirchner respecto de los cortes de ruta en los pasos internacionales a Uruguay a raíz del conflicto de las papeleras instaladas en Uruguay.

⁵⁶ L. TEJADA RIPALDA, *El americanismo: consideraciones sobre el nacionalismo continental*, en *Cuadernos Americanos*, 2000, n. 82, p. 183.

⁵⁷ E. RENAN, *¿Qué es una Nación?*, Madrid, 2006.

justamente porque la nación lo ha ayudado a formar⁵⁸. ¿Por qué no reclamar lo mismo de los Estados Latinoamericanos respecto de “Nuestra América”? El americanismo y los procesos de integración han seguido trayectorias paralelas pero nunca se han tocado ¿Por qué no transformar el americanismo en una nación política?

Son necesarias instituciones que cuiden, ayudan a consolidarse y promuevan el americanismo. La experiencia del MERCOSUR ha demostrado que la existencia de gobiernos con perfiles políticos afines, de ningún modo permite superar las tensiones originadas por las diferencias estructurales y de políticas de los Estados miembros⁵⁹. Por otro lado, en el proceso de negociación de la UNASUR hemos advertido las diferentes visiones y marcos ideológicos que sobre la integración sudamericana tienen los mandatarios: para algunos, la integración potencia la capacidad de negociación externa mientras que para otros, desde una visión comercialista, la integración coadyuva a la ampliación del mercado interno; para algunos, confirma liderazgos naturales, para otros, crea un desequilibrio regional; finalmente, para algunos, favorece al desarrollo socioeconómico mientras que para otros, no hay otra opción frente a la globalización⁶⁰.

La integración económica aparece como una de las mejores estrategias para la ampliación de los débiles mercados nacionales y en este sentido, es una necesidad compartida. Pero la integración no es un valor en sí mismo porque depende del modelo, grado, objetivos y de sus instrumentos.

Hasta ahora, los procesos de integración latinoamericanos han sido economistas: por haber puesto sus objetivos sólo en el comercio, no han sido capaces siquiera de cumplirlos⁶¹. Es cierto que no se puede prescindir de los elementos económicos pero tampoco ignorar que la realidad no es sólo económica ni la económica radica únicamente en el comercio⁶².

⁵⁸ A. CAMPI, *Nación: léxico de política*, Buenos Aires, 2006.

⁵⁹ Las insuficiencias institucionales y de políticas comunes llevan a recurrentes contradicciones entre las políticas comerciales aplicadas en los ámbitos nacionales y los compromisos asumidos regionalmente. Así se originan conflictos que obstaculizan el avance del proceso y lo sujetan a la voluntad de los gobiernos nacionales de turno, ante la discordancia con las percepciones políticas y económicas que guían las negociaciones.

⁶⁰ No desconocemos que en el actual debate sobre la integración subyace otro, relacionado con la globalización y el rol del Estado en la economía. En efecto, ¿pueden los procesos de integración reducir los efectos nocivos de la globalización? No hay una respuesta unívoca, pero entendemos que la integración sobre bases americanistas no debe ser un proceso reactivo. Respecto a la segunda cuestión, ¿qué papel debe asumir el Estado tanto en la concepción como en la implementación de las políticas de integración? Tampoco las respuestas son únicas, aunque entendemos que tanto el Estado como los pueblos deben ser coactores del proceso.

⁶¹ El comercio no ha demostrado ser un buen sustento legitimador de los procesos de integración intentados en la segunda mitad del siglo XX. Es por ello que, apenas se cambian los presupuestos de conveniencia económica, los procesos se desmoronan, entran en crisis o renegocian.

⁶² Como ya decía Schaposnik, en estas construcciones teóricas el sujeto de la economía se convierte en destinatario de las políticas dejando de ser actor. E. C. SCHAPOSNIK, *Teoría de la Integración Económica. Un modelo para la integración Latinoamericana*, La Plata, 1995.

Por las declaraciones de Cuzco⁶³ y de la Primera Cumbre⁶⁴, parecería que la UNASUR se enmarca dentro de un nuevo paradigma de “potenciación de la capacidad de negociación externa” y “desarrollo socioeconómico”, lo que supone un cambio en la perspectiva de la integración. Sin embargo, plantea dudas sobre la correspondencia entre la manifestación retórica de las declaraciones y las acciones en pos de la integración, como también sobre su legitimidad y viabilidad política.

El Tratado de la UNASUR si bien no ha puesto sus miras en objetivos económicos, su marco institucional es bajo pues depende de la iniciativa de los presidentes fuertes de democracias débiles.

No es necesario renegar de los procesos de integración actualmente en marcha; deberían institucionalizarse y fortalecerse con políticas de armonización social, cultural y política⁶⁵. En este sentido, adherimos a quienes afirman que sin la existencia de factores culturales, políticos y económicos confluyentes, no se podría pensar en profundizar los esquemas de integración⁶⁶. En efecto, resulta difícil pretender que se avance en un proceso de integración, con cesión de soberanía, sin superar la lógica del Estado soberano-autónomo que entiende a la integración como un proceso de pérdida de soberanía y poder⁶⁷.

Los magros resultados de los procesos de integración hasta ahora alcanzados, son la mejor argumentación para plantear su reorientación. El americanismo dará fuerza a ese proceso pues como todo mito, cumple una función explicativa al proponer cierto número de claves para la comprensión del presente y ordenar el caos desconcertante de los hechos y los sucesos. Por otro lado, cumple también una función de movilización por todo lo que vehiculiza de dinamismo profético. Por último, el mito cumple también una función de reestructuración social: el mito político es instrumento de reconquista de una identidad en riesgo⁶⁸.

⁶³ 8 de diciembre de 2004.

⁶⁴ 30 de septiembre de 2005.

⁶⁵ En efecto, en una Región en la que en la mayor parte de las exportaciones se dirigen a destinos en otros continentes, es necesario repensar los objetivos de la integración y nuestro posicionamiento en el mundo pues, caso contrario, como señala Gudynas, todos los proyectos de integración física no harán más que potenciar esas políticas extractivas y la dependencia. E. GUDYNAS, *CAN, MERCOSUR, CSN, ALBA, IIRSA, TLC, TCP, UNASUR. La sopa de la integración*, en *Suplemento Energía N° 7 de La Diaria*, mayo de 2007, disponible *on line* en www.integracionsur.com (fecha de acceso, 1° de abril de 2009).

⁶⁶ En el aspecto económico, es la integración concebida como un proceso multidimensional “de naturaleza dinámica, en virtud del cual las economías nacionales se fusionan solidariamente en una nueva unidad económica y política compleja”. A. MARCHAL, *Integración y regionalización en la economía europea*, en *Seminarios y Ediciones*, Madrid, 1970, p. 123.

⁶⁷ Los gobiernos locales, que crearon nacionalismos particulares, son sumamente dependientes, todo lo contrario al concepto de Nación que pretendieron crear. De ahí que si la integración es la forma para romper la lógica de la dependencia, el americanismo es el contenido que le da vida a esa forma.

⁶⁸ R. GIRARDET, *Mitos y mitologías políticas*, Buenos Aires, 1999.

Decir que el americanismo, como comunidad nacional de alcance continental, debe comportarse como un mito no significa que sea una ilusión o ficción. La existencia de rasgos comunes no es suficiente para el surgimiento de una comunidad nacional: no pueden crearse naciones de la nada⁶⁹. Muy por el contrario, “Nuestra América” tiene todas las características que la identifican como una nación cultural y es una nación política en potencia.

El americanismo es también una construcción que debe ser elaborada y reelaborada. Y en este sentido, nos recuerda Habermas que la identidad (tanto individual como colectiva) debe considerarse como el fruto de un proceso de aprehensión⁷⁰. De ahí la importancia que deben tomar – y que hasta ahora no han tenido – los procesos educativos y prácticas de relación inspiradas en una ética americana y post-estatal.

Por ello coincidimos con Tunnermann Bernheim cuando afirma que debemos “(...) pensar en América Latina como región y reinventar el proceso de integración, que por cierto no se limita únicamente a la economía y los mercados, sino que es un amplio proceso político y cultural”⁷¹. Ese debe ser el principal objetivo de la UNASUR.

Abstract

UNASUR or another Failed Attempt? On the Policies of (non) Integration in South America

Despite the existence of different positions in international politics among the States of South America, their leaders have pledged to drive the Union of South American Nations (UNASUR). The process of continental nationalism among American countries, that we identify as ¿Americanism?, includes the economical, political and social integration. However, to date, the so-called South American processes of integration during the second half of the 20th century have relied on commerce, putting aside the political, cultural and social aspects, and therefore the integration results themselves. What is this new integration project going to bring about? Although the study of the UNASUR will be the central focus of the current analysis, the results of the other processes that had been tried up to date will also be considered.

⁶⁹ “Construir” la nación, no es lo mismo que “inventarla” totalmente. Como afirma CAMPI, *op. cit.*, por más modernas y artificiales que puedan ser consideradas, las naciones tienden habitualmente a estructurarse sobre la base de un patrimonio suficientemente sólido y compartido de mitos, memorias, relaciones sociales, valores y símbolos, típico de una comunidad históricamente asentada en un territorio.

⁷⁰ J. HABERMAS, *La constelación posnacional*, Barcelona, 2000.

⁷¹ C. TUNNERMANN BERNHEIM, *América Latina. La visión de los científicos sociales*, en *Nueva Sociedad*, 1995, n. 139, p. 155.

Il ruolo dei giudici comunitari nell'evoluzione del diritto della concorrenza

SOMMARIO: 1. Premessa e oggetto del lavoro. – 2. La modernizzazione della concorrenza. – 3. I principi dell'approccio economico. – 4. Il ruolo dei giudici comunitari in materia di concorrenza: l'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia. – 5. *Segue*: il controllo sulle decisioni della Commissione. – 6. Funzione ausiliaria interpretativa degli atti di indirizzo ed eccezione di legittima incidentale nel ricorso sulle decisioni della Commissione. – 7. La verifica sullo standard delle prove. – 8. La prova nell'azione del risarcimento del danno davanti al giudice nazionale. – 9. La giurisprudenza recente comunitaria tra tradizione e approccio economico. – 10. Conclusioni.

1. Il presente lavoro ha per oggetto l'attività di interpretazione e di controllo dei giudici comunitari sull'applicazione coercitiva del diritto della concorrenza¹, dopo la riforma della “modernizzazione” del regolamento 1/2003² e dell'adozione di numerosi atti interpretativi della Commissione sull'“approccio economico” da applicare nella valutazione degli illeciti *antitrust*.

Com'è noto, il sistema comunitario di applicazione coercitiva della concorrenza ha carattere composito in quanto può dirsi costituito dalla sommatoria del

¹ Sul diritto sostanziale e procedurale della concorrenza v., *ex pluribus*, A. M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004; E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2004; L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005; G. L. TOSATO, L. BELLODI, *EU Competition Law. Procedure Antitrust – Meger – State Aid*, I, Leuven, 2006; J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EC Law of Competition*, Oxford, 2007, II ed.; P. ROTH, V. ROSE (eds.), *Bellamy & Child, European Community Law of Competition*, Oxford, 2008, VI ed.; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford, 2008, VI ed.

² Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (*GUCE* L 1, 4 gennaio 2003, p. 1), modificato dal regolamento (CE) n. 411/2004 del Consiglio, del 26 febbraio 2004, che abroga il regolamento (CEE) n. 3975/87 e modifica il regolamento (CEE) n. 3976/87 e il regolamento (CE) n. 1/2003 relativamente ai trasporti aerei tra la Comunità e i paesi terzi (*GUUE* L 68, 6 marzo 2004, p. 1) e regolamento (CE) n. 1419/2006 del Consiglio, del 25 settembre 2006, che abroga il regolamento (CEE) n. 4056/86, che determina le modalità di applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato ai trasporti marittimi, e che modifica il regolamento (CE) n. 1/2003 estendendone il campo di applicazione al cabotaggio e ai servizi internazionali di trasporto con navi da carico non regolari (*GUUE* L 269, 28 settembre 2006, p. 1). In tema v. A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 Dicembre 2002*, Milano, 2007.

procedimento *antitrust* di tipo amministrativo e dalla facoltà di ricorso giurisdizionale. Il ruolo dei giudici appare pertanto determinante nello sviluppo del diritto della concorrenza, la cui efficacia ed effettività dipende dalle caratteristiche e dai limiti della revisione giudiziaria (*judicial review*) e soprattutto dalla verifica delle prove raccolte (*standard of proof*).

La riforma dell'“approccio economico” ha carattere esclusivamente interpretativo, in quanto realizzata “a Trattato e legislazione invariata”, ed è stata appena completata dalla Commissione, dopo circa un decennio. Si tratta, in realtà, di un approccio più economico rispetto al passato (*more-economic approach*), dal momento che considerazioni economiche sono sempre state alla base delle decisioni in materia di concorrenza. Il baricentro dell'analisi diventa il parametro dell'efficienza dei comportamenti sui consumatori (efficientismo) rispetto al criterio pre-vigente dell'esclusione dei concorrenti dalla struttura competitiva (strutturalismo). La nuova metodologia dovrebbe consentire di evidenziare meglio l'impatto dei comportamenti restrittivi delle imprese sulla posizione delle imprese concorrenti e, soprattutto, gli effetti sugli acquirenti finali/consumatori.

La riforma dell'“approccio economico” pervade ormai tutte le comunicazioni della Commissione in materia e occorre verificarne l'incidenza effettiva sul diritto comunitario della concorrenza. L'estensione generalizzata a ciascuna delle fattispecie di illecito *antitrust* è stata preparata, secondo la procedura abituale di “governanza” della Commissione, tramite documenti preliminari di riflessione ed intensi processi di consultazione delle parti interessate. Dal punto di vista cronologico, la riforma è stata applicata prima alle intese verticali ed agli accordi di cooperazione orizzontale³; successivamente, alle intese⁴ ed alle concentrazioni orizzontali⁵; infine, alle concentrazioni non orizzontali⁶ e agli abusi di posizione dominante⁷.

In premessa, occorre sottolineare come il riferimento in dottrina all'approccio formale (*per se rule*) abbia carattere improprio, perché la Commissione ed i

³ Linee direttrici sulle restrizioni verticali (*GUCE C 291*, 13 dicembre 2000, p. 1); linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (*GUCE C 3*, 6 gennaio 2001, p. 2).

⁴ Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del trattato CE (*GUUE C 101*, 27 aprile 2004, p. 97). V. anche comunicazione della Commissione, linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia (*ivi*, p. 2); linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE ai servizi di trasporto marittimo (*GUUE C 245*, 26 settembre 2008, p. 2).

⁵ Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 (*GUUE C 31*, 5 febbraio 2005, punto 9).

⁶ Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (*GUUE C 265*, 18 ottobre 2008, p. 6). V. anche comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (*GUUE C 95*, 16 aprile 2008, p. 1).

⁷ Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (*GUUE C 45*, 24 febbraio 2009, p. 7).

giudici comunitari non si sono mai limitati, nella loro attività, a verificare meccanicamente la corrispondenza dei comportamenti delle imprese alle fattispecie normative⁸. Per definizione, l'interpretazione in materia non avrebbe mai potuto essere "formale", dal momento che, al fine di evitare facili elusioni, gli illeciti *antitrust* sono stati concepiti nel Trattato CE come "fattispecie aperte". Del resto, l'elencazione delle tipologie degli atti previsti dagli articoli 81 e 82 TCE, ha natura meramente esemplificativa e non esaurisce le varianti illecite della condotta di un'impresa. La loro individuazione avviene dunque tramite criteri tendenzialmente estensibili ed evolutivi.

2. Il nuovo quadro interpretativo dell'approccio economico completa la "modernizzazione" del regolamento 1/2003, che prevede, tra l'altro, una ridefinizione della divisione verticale delle competenze tra Comunità e Stati membri (decentramento) ed orizzontale tra procedimento amministrativo *antitrust* e controllo giurisdizionale (revisione giudiziaria). Infatti, l'obiettivo di meglio "radicare" l'applicazione coercitiva *antitrust* nello svolgimento di un'analisi più articolata e approfondita sorregge e giustifica la nuova architettura istituzionale della concorrenza.

I costi maggiori del procedimento *antitrust* e l'eventuale prolungamento dei tempi necessari, a seguito dell'applicazione di questa nuova metodologia di valutazione, possono essere compensati, oltre che dal decentramento decisionale a livello nazionale di un certo numero di fattispecie, anche tramite il ricorso a strumenti, quali gli impegni⁹, i programmi di clemenza (trattamento più favorevole) e la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli¹⁰.

Una "decisione con impegni" è adottata dalla Commissione¹¹ nei casi in cui intenda far cessare un'infrazione *antitrust*, rendendo obbligatori gli impegni proposti dalle imprese interessate ove ritenga siano in grado di rispondere alle preoc-

⁸ V. A. CHRISTIANSEN, W. KERBER, *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per se Rules vs. Rule of Reason"*, in *JCLE*, 2006, p. 215 ss.

⁹ Regolamento 1/2003, art. 9. In dottrina, v. W. P. J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *W. comp.*, 2006, p. 345 ss.; S. AMADEO, *Art. 9, Impegni*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 123 ss.; E. GIPPINI-FOURNIER, *Community Report, The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003*, FIDE Congress 2008, 28-31 maggio 2008 (reperibile *on line*).

¹⁰ Regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione, del 30 giugno 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli (*GUUE* L 171, 1 luglio 2008, p. 3); comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli (*GUUE* C 167, 2 luglio 2008, p. 1). In dottrina, v. W. P. J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in *W. comp.*, 2008, p. 335 ss.

¹¹ G. BRUZZONE, A. SAJA, *Misure antitrust e decisioni con impegni nell'applicazione delle regole antitrust: presupposti e garanzie*, in *Contr. imp./E.*, 2007, p. 268 ss.; P. MENGOLZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitario*, in F. CINTIOLI, G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007, p. 1 ss.; A.

cupazioni concorrenziali. La Commissione dispone di un ampio margine di discrezionalità rispetto alla valutazione degli impegni proposti o accettati¹². La decisione con impegni produce l'effetto che l'intervento volto a far cessare l'infrazione non è più giustificato senza che vi sia necessità di accertamento delle prove. Il "programma di clemenza"¹³ è riferito alle violazioni più gravi dell'art. 81, ovvero alle intese orizzontali segrete, quali quelle consistenti nella fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle vendite e nella ripartizione dei mercati (*hard-core cartels*). La "transazione" nei procedimenti relativi ai cartelli consente alla Commissione di adottare una decisione finale di condanna e di imposizione di ammende tramite una procedura semplificata e più veloce. La Commissione conserva un ampio margine di discrezionalità, mentre le parti hanno facoltà di accettare la transazione dopo aver visto le prove raccolte.

Per questa via, il ri-orientamento della gestione dell'investigazione e dell'accertamento *antitrust* da parte della Commissione consente un'economia di scala ed elimina, in tutto o in parte, il rischio di successiva revisione da parte dei giudici comunitari. Infatti, tali strumenti incidono sul piano delle prove: gli impegni consentono di non procedere alla loro definizione; i programmi di clemenza di acquisirle tramite il comportamento collaborativo delle parti interessate ad un trattamento più favorevole; nelle transazioni, determina il convincimento di procedere alla chiusura della controversia.

Tuttavia, il ricorso sempre crescente, nella prassi comunitaria, a questi strumenti potrebbe essere anche un sintomo delle difficoltà della Commissione nella concreta applicazione dell'"approccio economico", che può rivelarsi un'attività complessa, controvertibile e annullabile in sede di controllo dei giudici comunitari.

3. L'adozione dell'"approccio economico" nella valutazione degli illeciti *antitrust* viene esaltato da alcuni come una rivoluzione, mentre altri preferiscono sottolinearne gli elementi critici¹⁴. Appare opportuno ricordarne brevemente i

PERA, M. CARPAGNANO, *Le decisioni con impegni tra teoria e prassi: un'analisi comparata*, in *Contr. imp./E.*, 2008, p. 773 ss.

¹² Anche per dissipare i seri dubbi sollevati da un'operazione di concentrazione, v. sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003, causa T-158/00, *ARD c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-3825.

¹³ Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (*GUUE C 298*, 8 dicembre 2006, p. 17). In dottrina, M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in F. CINTIOLI, G. OLIVIERI (a cura di), *op. cit.*, p. 57 ss.; G. SPAGNOLO *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in P. BUCCIROSSI (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, 2008, p. 259 ss.; W. P. J. WILS, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford, 2008, p. 113 ss.; D. J. WALSH, *Carrots and Sticks: Leniency and Fines in EC Cartel Cases*, in *ECLR*, 2009, p. 30 ss.

¹⁴ Per un approfondimento dei rapporti tra approccio giuridico ed economico, v., *ex pluribus*, D. HILDEBRAND, *The Role of Economics Analysis in the EC Competition Rules*, Dordrecht, 2002, II ed.; F. CINTIOLI, *The Interpretation of Competition Law between the Legal Method and the Economic Approach*, in *DUE*, 2007, p. 873 ss.; C. KIRCHNER, *Goals of Antitrust and Competition Law Revisited*, in D. SCHMIDTCHEN, M. ALBERT, S. VOIGT (eds.), *The More Economic Approach to European Competition Law*, Tübingen, 2008, p. 7 ss. (v. anche gli altri contributi ivi contenuti); W. P. J. WILS, *Efficiency and Justice*, cit., 2008.

concetti che sono oggetto di approfondimento teorico soprattutto da parte degli studiosi di politica economica¹⁵.

Secondo l'impostazione attuale prevalente, la concorrenza ha per oggetto il contrasto della creazione e del mantenimento di quel potere di mercato, che consente ad una o più imprese di elevare i prezzi, malgrado la riduzione della quantità dei prodotti e dei servizi offerti, o ridurre l'innovazione, la qualità e la varietà dei medesimi. In sostanza, l'analisi degli effetti della condotta delle imprese sul mercato, come parametro di valutazione della liceità concorrenziale, si identifica con i concetti di "efficienza produttiva, allocativa e dinamica". Il benessere sociale si misura non solo tramite l'efficienza produttiva delle imprese, ma anche tramite la capacità di ottenere la quantità di beni e servizi al prezzo che è disposto a pagare il consumatore ("efficienza allocativa") e nella disponibilità di nuovi prodotti o tecnologie innovative, tramite l'invenzione, lo sviluppo della ricerca e la diffusione dei risultati ("efficienza dinamica").

La filosofia originaria della politica di concorrenza era impostata sul parametro della protezione della libertà economica dei concorrenti, piuttosto che sul vantaggio diretto per i consumatori. In un contesto economico con un ridotto numero di operatori, si intendeva soprattutto accrescere la presenza nel mercato di un numero minimo di concorrenti (struttura minima concorrenziale del mercato), così da garantire la concorrenza effettiva, o la pressione della concorrenza potenziale. In un certo senso, si può affermare che la priorità comunitaria è stata di tipo "precauzionale", vale a dire finalizzata ad evitare il rischio di ridurre l'efficacia della concorrenza, senza una concreta verifica della probabilità, o potenzialità, di effetti negativi anticoncorrenziali pregiudizievoli per i concorrenti ed i consumatori¹⁶.

Ormai, si può ritenere che sia stato superato l'approccio tradizionale comunitario, quale strumento complementare alla protezione della libertà dei soggetti economici ed all'integrazione dei mercati¹⁷. Nel corso degli anni, la situazione

Il dibattito tra favorevoli e contrari si può ritrovare in sintesi nei contributi apparsi su *MCR*, v. F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'"approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *MCR*, 2006, p. 563 ss.; R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, *ivi*, 2007, p. 119 ss.; M. POLO, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, *ivi*, p. 129 ss.

¹⁵ Per una sintesi dell'elaborazione economica, v. M. MOTTA, M. POLO, *Anitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2004, p. 29 ss. Un'esposizione molto chiara si ritrova in L. PROSPERETTI, *Lezioni di economia politica. Appunti alle lezioni*, Milano, a.a. 2007-8 (*on line*).

¹⁶ In questo senso v., ad esempio, le conclusioni presentate, il 12 settembre 2006, dall'Avvocato generale Geelhoed nella causa C-407/04 P, *Dalmine c. Commissione*, punti 136 e 137, *Raccolta*, p. I-829. Tali considerazioni sono condivise dalla Corte di giustizia nella sentenza del 25 gennaio 2007, *ivi*, punto 84. In dottrina, v. P. MARSDEN, P. WHELAN, "*Consumer Detriment*" and Its Application in EC and UK Law, in *ECLR*, 2006, p. 569 ss.

¹⁷ Nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, la finalità della creazione del mercato comune è stata utilizzata con priorità dalla Commissione, in considerazione della previsione in materia di suoi poteri maggiori ed esclusivi rispetto alla libera circolazione e di libertà di stabilimento, ove sono più limitati e soprattutto meno esclusivi, in quanto condivisi con il legislatore comunitario. Dopo un primo periodo, la Corte di giustizia ha dimostrato di non condividere

economica è profondamente mutata, perché, da un lato, l'integrazione del mercato unico è pienamente raggiungibile tramite gli strumenti specifici delle quattro libertà del mercato; dall'altro si riscontra un significativo ampliamento dei concorrenti. Infatti, nell'attuale contesto economico, è auspicabile una specifica comparazione tra i benefici determinati da una diffusa presenza di imprese, con quelli derivanti da maggiore cooperazione e concentrazione tra imprese, purché in un quadro adeguato di controllo *antitrust*.

Pertanto, la riforma interpretativa della Commissione sull'"approccio economico" assume come finalità prioritaria l'incentivazione dei comportamenti che producano efficienze e, al contempo, benessere sociale: una sorta di "prezialità" per la massima allocazione complessiva delle risorse generate per produttori e consumatori. In ogni caso, la tutela del processo competitivo non può non portare al riconoscimento della prevalenza sulla "base dei meriti" di un'impresa, che emerga per produttività ed efficienza rispetto ad un'altra impresa meno efficiente. Sarebbe certamente negativo, per lo sviluppo dell'integrazione economica europea, sanzionare i comportamenti delle imprese migliori sul mercato.

Tuttavia, nella fase attuale della concorrenza, una distribuzione asimmetrica dei benefici non sarebbe sufficiente a giustificare la liceità dei comportamenti anticompetitivi. L'efficienza generata dalle imprese potrebbe essere da loro "incamerata", anche se non si può escludere, in astratto, che venga utilizzata a fini non contrastanti con l'interesse dei consumatori. Tuttavia, almeno in linea di principio, l'esenzione dai divieti della concorrenza è collegata alla prova che i vantaggi dell'impresa vengano trasferiti al consumatore in misura proporzionata alla gravità dei comportamenti restrittivi.

A nostro avviso, è ancora aperta la questione se la realizzazione del principio dell'efficienza rappresenti solo un obiettivo tendenziale di medio termine, mentre, in realtà, il distacco dall'impostazione originaria della concorrenza si realizza, nella prassi, in modo meno innovativo e, talvolta, contraddittorio. Come sempre nel processo di integrazione europea, la risposta verrà dal consolidamento della giurisprudenza comunitaria sull'interpretazione pregiudiziale del diritto della concorrenza e sul controllo delle decisioni *antitrust* della Commissione.

4. L'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia in materia di concorrenza, in base ai ricorsi dei giudici nazionali è meno frequente che in altri settori di competenza comunitaria. In primo luogo, per l'esclusione della possibilità di rinvio da parte alle autorità nazionali *antitrust*, cui la Corte non ha riconosciuto la natura di giudice ai sensi dell'art. 234 TCE¹⁸. La giurisprudenza

questa impostazione. Il cambiamento di prospettiva trova riconoscimento nel Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CE (*GUCE C* 132, 12 maggio 1999, p. 1). In dottrina v., per tutti, S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005.

¹⁸ Per valutare se un soggetto remittente ha le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 234 TCE, occorre valutare elementi, quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente,

comunitaria riconosce che le caratteristiche necessarie per tale riconoscimento possono essere variamente attribuite, da parte degli Stati membri, alle autorità nazionali della concorrenza. Tuttavia, l'argomento più "resistente" alla loro legittimazione sembra l'eventualità che il procedimento *antitrust* nazionale possa non concludersi con una decisione, considerata la facoltà della Commissione di avocare a sé la relativa competenza¹⁹. In secondo luogo, la maggiore rarefazione dei ricorsi in materia si deve di fatto all'esistenza di sistemi di cooperazione tra livelli nazionale e comunitario, che, nella diversa dialettica esecutivo/giudice nazionale e viceversa, perseguono la medesima finalità di interpretazione uniforme (*application cohérente*). Ci riferiamo alla richiesta di pareri giuridici da parte del giudice nazionale alla Commissione²⁰ e alle osservazioni inviate dalla Commissione ai giudici degli Stati membri²¹. Nella fase successiva alla chiusura del procedimento amministrativo, il giudice nazionale competente per la revisione della decisione dell'autorità nazionale potrà, comunque, assicurare un'interpretazione uniforme sulle questioni interpretative rilevanti, tramite il rinvio pregiudiziale alla Corte²².

Le maggiori difficoltà interpretative in materia nascono, a nostro avviso, dalla commistione/confusione dei profili sostanziali o identificativi degli illeciti *antitrust* con il piano probatorio. A mano a mano che si definiscono ipotesi spe-

l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e la sua indipendenza. v. sentenza del 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (SYFAIT)* e *al./GlaxoSmithKline*, *Raccolta*, p. I-4609, punti 29-37. La medesima questione è stata poi sottoposta dal giudice nazionale competente per la revisione della decisione dell'autorità nazionale della concorrenza, v. sentenza del Tribunale, 27 settembre 2006, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, causa T-168/01, *ivi*, p. II-2969. Su cui *infra*, par. 9.

¹⁹ V. regolamento 1/2003, art. 11, n. 6.

²⁰ V. regolamento 1/2003, articoli 15, par. 1 (pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie) e 16 (che prevede il rispetto da parte dei giudici nazionali delle decisioni della Commissione, già prese o in via di definizione, nonché l'obbligo di sospensione dei procedimenti avviati). L'ultima frase dell'art. 16 esplicita in maniera pleonastica: "Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato". In dottrina, v. A. P. KOMNINOS, *Effect of Commission Decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the Story Straight*, in *CML Rev.*, 2007, p. 1387 ss.; C. FAVILLI, *Art. 15, Cooperazione con le giurisdizioni nazionali*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 176 ss.; A. ADINOLFI, *Art. 16, Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza*, *ivi*, p. 188 ss.; K. WRIGHT, *European Commission Opinions to National Courts in Antitrust Cases: Consistent Application and the Judicial-Administrative Relationship*, *CCP Working Paper 08-24* (reperibile *on line*)

²¹ V. regolamento 1/2003, art. 15, n. 3, 1° co., terza frase. Di recente, per la prima volta, alla Corte è stato richiesto di interpretare le condizioni alle quali è subordinata la presentazione di osservazioni scritte da parte della Commissione dinanzi ai giudici degli Stati membri, v. conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi presentate il 5 marzo 2009, causa C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst contro X BV* (non ancora pubblicate in *Raccolta*).

²² V. anche la sentenza 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi/AGCM*, causa C-198/01, *Raccolta*, p. I-8055 sulla disapplicazione del diritto nazionale contrastante con le regole di concorrenza del Trattato. Per un commento, v. B. NASCIBENE, *The European Court of Justice and the Powers of the Italian Antitrust Authority: The CIF Case*, in *EPL*, 2004, p. 623 ss.

cifiche di illecito *antitrust* (ad esempio, i concetti di dominanza collettiva o di collusione tacita), i comportamenti in discussione non vengono più considerati elementi probatori, ma possono servire a delineare i presupposti giuridici di applicazione delle norme *antitrust*. Pertanto, se con il richiamo al concetto di “approccio economico”, ci riferiamo propriamente ad una complessa valutazione tecnico-economica degli effetti dei comportamenti restrittivi, il controllo giudiziario avrà carattere “limitato”. Se, invece, il riferimento va alle considerazioni sul contesto economico del mercato, che consentono di individuare i presupposti dell’applicazione delle norme della concorrenza, il controllo dei giudici comunitari avrà carattere “pieno”.

Com’è noto, nell’ambito dell’interpretazione pregiudiziale, la Corte di giustizia fissa i criteri di applicazione ed i principi per l’efficacia del diritto comunitario della concorrenza. Vale la pena di sottolineare che questa attività si diversifica, per definizione, dall’analisi contestuale dei principi e del merito condotta da un giudice negli Stati Uniti in base alla *rule of reason*²³. Nel sistema comunitario spetta al giudice nazionale applicare, nel caso di specie, le indicazioni interpretative dettate dalla Corte.

5. La base giuridica della revisione giudiziaria è rappresentata dall’art. 220 TCE. Nel Trattato (art. 225 TCE) e nello Statuto della Corte di giustizia (art. 58, 1° co.), si prevede la competenza del Tribunale di primo grado²⁴.

In sede di impugnazione delle sentenze del Tribunale, la Corte di giustizia è poi competente ad effettuare il controllo sulla qualificazione giuridica di tali fatti e su eventuali errori di diritto²⁵. I motivi relativi alla valutazione dei fatti sono, in linea di principio, giudicati irricevibili, a meno che il Tribunale abbia effettuato constatazioni la cui inesattezza materiale risulta da documenti del fascicolo

²³ L’originaria elaborazione della *rule of reason* si deve alla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale vi ha fatto per la prima volta ricorso nel caso *Standard Oil* del 1911 come reazione alla rigidità della *per se rule*, che costituiva lo standard di analisi comunemente impiegato per la valutazione della legalità degli accordi anticoncorrenziali. Successivamente, i giudici e le autorità *antitrust* americani hanno fatto ricorso ai due tipi di approcci a seconda delle diverse ipotesi di illecito. Recentemente le corti americane hanno tentato di attenuare la dicotomia tra la *rule of reason* e la *per se rule* cercando di allargare l’ambito di applicabilità della *rule of reason*, mediante l’elaborazione della c.d. *truncated rule of reason*, anche a fattispecie che in precedenza sarebbero state giudicate secondo la *per se rule*. In dottrina, v. R. WHISH, B. SUFRIN, *Article 85 and the Rule of Reason*, in *YEL*, 1987, p. 1 ss.; P. MANZINI, *La “rule of reason” nel diritto comunitario della concorrenza: un’analisi giuridico-economica*, in *RDE*, 1991, p. 859 ss.; ID., *The European Rule of Reason Crossing the Sea of Doubt*, in *ECLR*, 2002, p. 392 ss.; ID., *I parafernali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto ‘per se’*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 285 ss.; L. S. ROSSI, S. J. CURZON, *What “Rule of Reason” for the EU Internal Market?*, in questa *Rivista*, 2008, p. 295 ss.

²⁴ D’ora in poi: Tribunale.

²⁵ Per una completa e aggiornata analisi dei principi e della giurisprudenza comunitaria, v. da ultimo, le conclusioni dell’Avvocato generale Bot presentate il 2 aprile 2009, cause riunite C-322, 327, 338/07 P, *Papierfabrik August Koehler AG e al. c. Commissione*, punti 51-63 (non ancora pubblicate in *Raccolta*).

o abbia “snaturato” gli elementi di prova. Vedremo però in seguito che soprattutto in materia di concentrazioni, Tribunale ha svolto in qualche caso un controllo più invasivo, sino ai “confini dell’analisi di merito”, sulla valutazione *ex ante* della Commissione. Tale criticabile sconfinamento ha portato la Corte di giustizia ad annullarne in tutto o in parte alcune sentenze.

Sul piano procedurale, la giurisprudenza comunitaria²⁶ postula che nell’impugnazione vengano indicati con precisione gli elementi contestati ed il preteso errore di diritto che costituirebbe un vizio della sentenza del Tribunale; non possono essere proposti *ex novo* motivi ed argomenti non dedotti davanti al Tribunale, ma soltanto punti di diritto esaminati in primo grado.

Quanto agli atti della Commissione, che possono costituire oggetto di possibili ricorsi, si tratta tanto di decisioni definitive, quanto di atti di particolare rilievo all’interno del procedimento *antitrust*. Rispetto alla prima tipologia ricordiamo le decisioni: di condanna ai sensi degli articoli 81 e 82 TCE²⁷; di constatazione di inapplicabilità degli articoli 81 e 82 TCE²⁸; sulla trasmissione alle autorità nazionali di concorrenza²⁹; di rigetto di una denuncia³⁰, anche per mancanza di interesse comunitario³¹; che dichiarano il regolamento sulle concentrazioni non applicabile³²; che rinviando l’esame di una concentrazione dinanzi all’autorità nazionale³³. Tra le decisioni adottate nell’ambito del procedimento *antitrust*, sono impugnabili: le misure cautelari³⁴; l’accettazione degli impegni³⁵; la richiesta di informazioni da parte della Commissione³⁶; la richiesta di autoriz-

²⁶ V., in particolare, sentenze della Corte 7 gennaio 2004, cause riunite C-204, 205, 211, 213, 217 e 219/00 P, *Aalborg Portland e al. c. Commissione, Raccolta*, p. I-123, punto 51 e giurisprudenza ivi citata; del 21 settembre 2006, causa C-167/04 P, *JCB Service c. Commissione, ivi*, p. I-8935, punto 114 e giurisprudenza ivi citata; 18 gennaio 2007, causa C-229/05 P, *PKK e KNK c. Consiglio, ivi*, p. I-439, punto 32 e giurisprudenza ivi citata.

²⁷ Regolamento 1/2003, art. 7, v. S. AMADEO, *Art. 7, Costatazione ed eliminazione delle infrazioni*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 89 ss.

²⁸ Regolamento 1/2003, art. 10, v. S. AMADEO, *Art. 10, Costatazione di inapplicabilità*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 132 ss.

²⁹ Regolamento 1/2003, articoli 11, par. 2 e 12, v. S. BASTIANON, *Art. 11, Cooperazione fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 141 ss.; C. SANNA, *Art. 12, Scambio di informazioni, ivi*, p. 151 ss.

³⁰ Sentenza del Tribunale del 17 giugno 2003, causa T-52/00, *Coe Clerici Logistics c. Commissione, Raccolta*, p. II-2123.

³¹ Sentenza del Tribunale del 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione, Raccolta*, p. II-209.

³² Sentenza del Tribunale del 14 luglio 2006, causa T-417/05, *Endesa c. Commissione, Raccolta*, p. II-2533.

³³ Sentenza del Tribunale del 3 aprile 2003, causa T-119/02, *Royal Philips Electronics c. Commissione, Raccolta*, p. II-1442.

³⁴ Regolamento 1/2003, art. 8, v. M. RICCHIARI, *Art. 8, Misure cautelari*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 112.

³⁵ S. AMADEO, *Art. 9, Impegni*, *cit.*, p. 123 ss.

³⁶ Regolamento 1/2003, art. 18, par. 3, v. F. P. MANSI, *Art. 18, Richiesta di informazioni*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 217 ss.

zazione ad un'autorità giudiziaria nazionale sull'assistenza per l'esecuzione a livello nazionale degli accertamenti³⁷; l'autorizzazione di un'autorità giudiziaria nazionale sugli accertamenti in altri locali³⁸. Non sono impugnabili le decisioni: di avvio del procedimento; di rifiuto di accettare impegni³⁹; di ri-apertura del procedimento⁴⁰; di intervento nel processo davanti ai giudici nazionali; sulle penalità di mora⁴¹.

Per quanto riguarda lo standard di controllo sulle decisioni della Commissione, la giurisprudenza comunitaria contempla diverse tipologie⁴². La prima, di “controllo pieno” riguarda le questioni di natura giuridica, vale a dire il rispetto delle formalità e procedure, l'accuratezza dell'analisi dei fatti nel rispetto delle regole sulle prove, nonché la scelta di decidere con l'aiuto di esperti⁴³. La seconda, di “controllo limitato”, riguarda lo svolgimento delle “complesse valutazioni economiche” da parte della Commissione⁴⁴.

In materia di concorrenza, la questione generale sollevata dal controllo dei giudici comunitari riguarda le sue caratteristiche a fronte della discrezionalità della Commissione nell'esercizio delle sue funzioni di autorità *antitrust* comunitaria⁴⁵. In linea di principio, il giudice comunitario svolge un controllo pieno

³⁷ Regolamento 1/2003, art. 18, par. 8.

³⁸ Regolamento 1/2003, art. 21, par. 3, v. S. POLI, *Art. 21, Accertamenti in altri locali*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 230 ss.

³⁹ Regolamento 1/2003, art. 9, v. S. AMADEO, *Art. 9, Impegni*, cit., p. 123 ss.

⁴⁰ Regolamento 1/2003, art. 9, par. 2; v. S. AMADEO, *op. ul. cit.*

⁴¹ Regolamento 1/2003, art. 24, par. 1; v. C. SCHEPISI, *Art. 24, Penalità di mora*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 269.

⁴² I giudici comunitari riservano lo stesso trattamento a tutte le questioni tecniche, assimilando ad esempio il controllo sugli aspetti di carattere economico e su quelli ambientali, v. sentenza del Tribunale del 7 novembre 2007, causa T-374/04, *Germania c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-4431, punto 81.

⁴³ Per quanto riguarda l'ammissibilità di esperti, v. sentenza del Tribunale del 16 settembre 2004, causa T-274/01, *Valmont c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-3145, punto 72.

⁴⁴ Una “complessa valutazione economica” può essere necessaria non solo in materia di concorrenza e aiuti di Stato, ma anche in materia di politica commerciale comune, politica agricola (v., ad esempio, sentenza della Corte del 2 ottobre 2003, causa C-195/99 P, *Krupp Hoesch c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-10937, punto 55). Per una “complessa valutazione a carattere sociale”, in materia di aiuti di Stato, v. sentenza della Corte del 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo c. Commissione*, *ivi*, p. I-7115, par. 99. In relazione alla complessità di situazioni politico-giuridiche in uno Stato terzo, v. sentenza del Tribunale del 28 ottobre 2004, causa T- 35/01, *Shanghai Teraoka Electronic c. Consiglio*, *ivi*, p. II-3663, punti 48 e 49. Per una valutazione complessa a livello scientifico nel settore medicofarmacologico, v. sentenza della Corte del 21 gennaio 1999, causa C-120/97, *Upjohn Ltd*, *ivi*, p. I-223, punti 33 e 34.

⁴⁵ L'ipotesi del controllo giurisdizionale a carattere limitato si applica non solo nei confronti delle decisioni individuali, ma anche quando viene riconosciuta una discrezionalità al legislatore comunitario oppure agli Stati membri. La prima situazione si realizza, ad esempio nell'ambito della politica agricola, per la quale la giurisprudenza comunitaria applica il principio di proporzionalità, v. ad esempio, sentenza del 7 settembre 2006, causa C-310/01, *Spagna c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-7285, punti 96-98. La seconda situazione si realizza in relazione ai servizi di interesse economico generale (art. 86, par. 2), nel cui ambito il controllo giudiziario, in assenza di apposite disposizioni comunitarie di armonizzazione, è limitato alla valutazione all'errore manifesto, v. da

sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza ed, invece, un controllo limitato sulle "valutazioni economiche complesse". Infine, un "controllo illimitato" viene esercitato solo sulle sanzioni pecuniarie⁴⁶.

Il principio, secondo cui i giudici comunitari non possono costruire una propria analisi economica, sostituendola a quella della Commissione è ormai consolidato nella giurisprudenza comunitaria. Al contrario, il controllo riguarda la motivazione, la correttezza e la coerenza delle argomentazioni e delle prove addotte nelle decisioni della Commissione. Questa formula da applicare nei casi di specie non è tuttavia scevra di difficoltà rispetto alla valutazione dei dati e del contesto economico, rispetto al "confine tra diritto e fatto" da svolgere in occasione della valutazione della formazione del convincimento sulla "correttezza dei fatti" oppure la "ricostruzione dei fatti" o, ancora, il "metodo seguito per la ricostruzione dei fatti".

In definitiva, suona ancora attuale la formulazione del Trattato CECA (art. 33), che prevedeva che la Corte non potesse rivedere le conclusioni alla base di decisioni o raccomandazioni, assunte da fatti e circostanze economiche, "salvo che sia mossa accusa alla Commissione d'aver commesso uno sviamento di potere o di avere misconosciuto in modo patente le disposizioni del trattato oppure ogni norma giuridica concernente la sua applicazione"⁴⁷.

La questione in discussione appare particolarmente sensibile rispetto alla divisione orizzontale delle competenze nella dinamica tra gli organi comunitari. Come giustamente affermato dall'Avvocato generale Tizzano nel caso *Tetra Laval*: "Le regole relative al riparto di competenze tra la Commissione ed i giudici comunitari, che sono alla base del sistema istituzionale comunitario, non consentono tuttavia a tali giudici (...) di entrare nel merito delle valutazioni economiche complesse compiute dalla Commissione e sostituire il loro punto di vista a quello di detta istituzione"⁴⁸.

Una qualificata dottrina critica proprio la non sindacabilità di alcuni aspetti del processo decisionale della Commissione, quale grave limite alla *rule of law*⁴⁹. I limiti attuali dovrebbero portare ad una revisione, per altro assai poco probabile, delle norme del Trattato, tramite la costituzione di un tribunale comu-

ultimo, sentenza del Tribunale del 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *Bupa c. Commissione*, punti 165-166. V. il nostro lavoro, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008, p. 27 ss.

⁴⁶ Regolamento 1/2003, art. 31, v. C. SCHEPISI, Art. 31, *Controllo della Corte di Giustizia*, A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 382 ss.

⁴⁷ Proprio in relazione al controllo sull'applicazione sul Trattato CECA, v. sentenza della Corte del 2 ottobre 2003, causa C-195/99, *Krupp Hoesch c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-10937, punto 55.

⁴⁸ V. le conclusioni presentate il 25 maggio 2004 dell'Avvocato generale Tizzano, causa C-12/03 P, *Raccolta*, p. I-1987, punto 89 nella causa che ha portato alla sentenza della Corte del 15 febbraio 2005, *Commissione c. Tetra Laval*, *ivi*.

⁴⁹ V. l'eccellente scritto di P. MARSDEN, *Checks and Balances: EU Competition Law and the Rule of Law*, in *Competition Law International*, 2009, p. 24 (reperibile anche *on line*).

nitario *ad hoc* per la concorrenza⁵⁰. In relazione ad una rigorosa interpretazione della *rule of law* di stampo anglosassone o di un'equilibrata divisione orizzontale dei poteri, si può giustamente dubitare che l'attività di controllo delle decisioni della Commissione abbia tutte le caratteristiche di una revisione giudiziaria (*judicial review*). La divisione dei ruoli, necessaria al rispetto della *rule of law* nel settore della concorrenza, non appare così semplice e, pertanto, di estremo interesse appaiono le recenti indicazioni della giurisprudenza del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia.

La natura amministrativa del procedimento comunitario di applicazione coercitiva della concorrenza da parte della Commissione determina i limiti attuali del controllo dei giudici comunitari. Tuttavia, l'ampliamento della discrezionalità della Commissione comporta il rischio di una revisione giudiziaria invasiva e non rispettosa della divisione dei poteri a livello comunitario. Da questi elementi critici deriva il ruolo determinante della revisione giudiziaria delle decisioni della Commissione.

Molte delle critiche sollevate al sistema del procedimento possono essere attenuate con il rafforzamento del diritto ad un equo processo (art. 6, par. 3 CEDU), in particolare con il diritto di difesa⁵¹. Com'è noto, tali garanzie rilevano, oggi, però solo principalmente nella seconda fase del procedimento amministrativo *antitrust*, a partire dall'invio della comunicazione degli addebiti⁵².

6. Un approfondimento specifico merita la questione della possibilità di ricorso nei confronti delle decisioni della Commissione rispetto agli atti interpretativi a carattere generale (*soft-law*)⁵³. Per l'attività interpretativa dei giudici comunitari⁵⁴ è certa la funzione ausiliaria degli atti di indirizzo *post legem*⁵⁵ che

⁵⁰ V. la proposta della Confederation of British Industry (CBI), senza modifica del Trattato CE, relativa allo stabilimento di una corte come “*specialised judicial panel*” collegata al Tribunale di primo grado, v. CBI Brief, *The Need for an EU Competition Court*, 15 June 2006, House of Lords Select Committee XV, Report: an EU Competition Court, session 2006-07, 23 aprile 2007 (www.publications.parliament.uk, reperibile *on line*). La discussione della proposta alla House of Lords ha raccolto parere negativo. Per un commento della proposta, v. A. ANDREANGELI, *Toward an EU Competition Court: “Article-6-Proofing” Antitrust Proceedings before the Commission?*, in *W. comp.*, 2007, p. 595 ss. L'autore argomenta, ampiamente e correttamente, come la riforma in oggetto richiederebbe una modifica del Trattato.

⁵¹ V. da ultimo, sentenze della Corte del 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland c. Commissione*, cit., punti 63 e 64 e dell'8 febbraio 2007, causa C-3/06 P, *Groupe Danone/Commissione*, Raccolta, p. I-1331, punto 68.

⁵² In tema v. G. MORGESE, *Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura antitrust comunitaria*, in questa *Rivista*, 2006, p. 77 ss.

⁵³ V., per tutti, L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004; A. PETERS, I. PAGOTTO, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, Basilea, 2006.

⁵⁴ Per le autorità nazionali della concorrenza ed i giudici nazionali, questo vasto apparato di orientamenti interpretativi non è vincolante, dal momento che essi sono tenuti ad applicare solo le previsioni comunitarie a carattere normativo (art. 3, par. 2 del regolamento 1/2003).

⁵⁵ Con l'espressione *post legem* intendiamo differenziare gli atti interpretativi in oggetto da quelli di preparazione (libri bianchi o verdi, memorandum, ecc.) o di proposta legislativa (*propter legem*). Non è escluso che anche di quest'ultimi i giudici comunitari possano tener conto come

applicano l'“approccio economico” ai diversi illeciti *antitrust*. La Commissione è vincolata dagli orientamenti, nei limiti in cui questi ultimi non derogano alle norme del Trattato e del regolamento sulle concentrazioni. Non è obbligatorio l'esame di tutti gli elementi contenuti negli orientamenti, in quanto il potere discrezionale in materia di valutazione economica consente alla Commissione di prendere in considerazione solo quanto ritenga rilevante e utile senza necessità di fornire motivazione della mancata considerazione di elementi manifestamente non pertinenti, privi di senso o chiaramente secondari⁵⁶.

Una diversa questione riguarda i limiti di applicazione dell'eccezione di illegittimità a riguardo degli atti della Commissione in parola (art. 241 TCE). Sinora solo gli orientamenti in materia di sanzioni pecuniarie⁵⁷ sono stati oggetto di considerazione incidentale nell'ambito dell'impugnazione di una decisione della Commissione di cui si lamentava la non corretta applicazione. Come abbiamo detto, le decisioni sulle sanzioni pecuniarie rappresentano l'unico caso in materia di concorrenza in cui il controllo dei giudici comunitari è illimitato. Non sembra pertanto che i principi affermati in materia siano esportabili agli atti interpretativi sull'approccio economico, nei cui confronti il controllo ha carattere limitato e, dunque, più ampio risulta il margine di discrezionalità della Commissione.

Nel caso *Dansk Rørindustri c. Commissione*⁵⁸, la questione è stata affrontata dall'Avvocato generale Tizzano, che ritiene sussistenti nell'atto in parola, pur formalmente privo di forza vincolante, le condizioni richieste dalla giurisprudenza comunitaria per l'eccezione di illegittimità (un collegamento stretto tra l'atto impugnato e quello di cui si fa valere incidentalmente l'illegittimità; l'applicabilità diretta o indiretta, alla fattispecie controversa; un nesso giuridico diretto tra la decisione individuale impugnata e l'atto generale)⁵⁹. Nel merito, tali

sussidio interpretativo delle norme comunitarie, v., ad esempio, sentenza del Tribunale del 3 aprile 2003 causa T-119/02, *Royal Philips Electronics*, *Raccolta*, p. II-1433, punto 352. In questo caso, il Tribunale utilizza il testo del Libro verde relativo alla revisione del regolamento sulle concentrazioni, per l'interpretazione del regolamento 4064/89, art. 9, come modificato dal regolamento 1310/97, v. S. BONI, *Le inconciliabili definizioni dei principi comunitari sulla ricevibilità dei ricorsi dei terzi in materia di concentrazioni e le possibili ripercussioni sul funzionamento dello European Competition Network*, in *DUE*, 2003, p. 831 ss.

⁵⁶ V., ad esempio, sentenza del Tribunale del 9 luglio 2007, causa T-282/06, *Sun Chemical Group e al. c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-2149. Secondo il Tribunale, non è necessario che vengano presi in considerazione tutti gli elementi dell'atto (nel caso specifico, gli Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali), visto che la Commissione dispone di un potere discrezionale che le permette di tenere o meno in considerazione taluni elementi. Il Tribunale deve giudicare oltre alla pertinenza dei riferimenti all'atto in parola, anche se le eventuali omissioni possano mettere in discussione la conclusioni dedotte dalla Commissione.

⁵⁷ Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15, n. 2, del regolamento 17 e dell'art. 65, n. 5, del Trattato CECA (*GUCE* C 9, 14 gennaio 1998, p. 3).

⁵⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano dell'8 luglio 2004, cause riunite C-189, 202, 205, 208 e 213/02 P, *Dansk Rørindustri e al.*, *Raccolta*, p. I-425.

⁵⁹ V. le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 8 luglio 2004, nel caso *Dansk Rørindustri e al.*, cit., punti 54-64 e la giurisprudenza ivi citata alle note 27-32.

“orientamenti” vengono considerati legittimi “nel loro intento di inquadrare l’ampio potere sanzionatorio di cui gode la Commissione in materia”⁶⁰.

Questo indirizzo è stato confermato dal Tribunale nella sentenza *Hans Heubach*⁶¹, relativamente agli atti di indirizzo della Commissione, che contengono disposizioni di portata generale produttive di eventuali effetti giuridici. Tali atti, pur non costituendo il fondamento giuridico della decisione impugnata, basata sul regolamento 17, determinavano, in modo generale ed astratto, il metodo per la fissazione dell’importo delle ammende. Il nesso diretto tra decisione e atto di indirizzo consentiva al Tribunale di considerare ricevibile l’eccezione di illegittimità.

Al rilievo specifico dell’atto di indirizzo, la giurisprudenza comunitaria collega anche il riferimento ai principi di diritto comunitario che ne sono alla base. Ad esempio, sugli orientamenti della Commissione in materia di ammende pecuniarie⁶², il riferimento ai principi generali di diritto dell’ordinamento comunitario, quali il principio di protezione dell’affidamento legittimo⁶³, il principio di irretroattività delle norme penali⁶⁴ ed il principio di trattamento paritario⁶⁵.

7. La verifica della prova può essere definita come il livello di certezza che una giurisdizione deve cercare di stabilire nel suo processo decisionale. In questa sede, rispetto alla comparazione dei sistemi giuridici, basta dire che il filtro dello *standard of proof* si ritrova nei sistemi di *common law*, mentre, in linea di principio, non viene previsto in quelli di *civil law*.

Per quanto riguarda l’onere della prova, il regolamento 1/2003 (art. 2) prevede che sia la Commissione a dover provare la violazione delle norme *antitrust*, mentre spetta all’impresa provare che siano verificate le condizioni dell’eccezione legale di cui al par. 3 dell’art. 81 TCE⁶⁶, secondo i principi della giurisprudenza

⁶⁰ *Ibidem*, punti 67 e 75.

⁶¹ Sentenza del Tribunale del 29 novembre 2005, causa T-64/02, *Hans Heubach c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-5137.

⁶² Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a) del regolamento (CE) n. 1/2003 (*GUUE* C 210, 1 settembre, 2006, p. 2), v. F. AMATO, *I nuovi orientamenti della Commissione in materia di ammende per violazioni del diritto della concorrenza*, in *DUE*, 2007, p. 239.

⁶³ Sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, causa T-23/99, *LR AF1998 c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-1705.

⁶⁴ Sentenza del Tribunale del 29 novembre 2005, *Hans Heubach c. Commissione*, *cit.*, punti 205-210.

⁶⁵ Sentenza del Tribunale del 16 dicembre 2003, cause riunite T-5 e 6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-5761, punto 428 e giurisprudenza ivi citata. Le considerazioni di quest’ultima sentenza risultano confermate dalla Corte, malgrado il parziale annullamento, v. sentenza del 21 settembre 2006, causa C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel*, ivi, p. I-8725. V. anche, da ultimo, sentenza del Tribunale del 18 giugno 2008, causa T-410/03, *Hoechst GmbH c. Commissione*, punto 130 (non ancora pubblicata in *Raccolta*).

⁶⁶ V., per tutti, B. NASCIBENE, *Art. 2, Onere della prova*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 28 ss.

comunitaria consolidata⁶⁷. Il principio dell'onere della prova si distingue dall'onere delle parti di circostanziare in ogni caso le prove delle proprie affermazioni, secondo "il normale meccanismo di alternanza degli oneri di allegazione"⁶⁸ (*Legal Burden of Proof v. Evidential Burden to Adduce Evidence*). Le prove addotte da una parte, in base all'onere della prova, possono richiedere che l'altra parte formuli spiegazioni o giustificazioni, in mancanza delle quali tale onere risulta adempiuto.

Il sistema della concorrenza può essere qualificato come dotato di libertà di prova, dal momento che i giudici comunitari consentono qualsiasi tipo di prova, ma la sottopongono a verifica di qualità ed idoneità. Come affermato dal Tribunale nella sentenza *Dalmine*⁶⁹, il principio della libertà di forma dei mezzi probatori vale persino per un documento di cui la Commissione non abbia rivelato l'identità dell'autore o l'origine. Sulla credibilità di una tipologia di prova di tal genere, peraltro non rara nel procedimento *antitrust*, si impone però evidentemente una particolare cautela.

Per la determinazione del convincimento della Commissione, il sistema del "bilanciamento delle probabilità" o "preponderanza delle prove" richiede un minore livello di prova, rispetto a quella postulata dalla formula "oltre ogni ragionevole dubbio" di carattere prevalentemente penalistico. In ogni caso, il brocardo *in dubio pro reo* vale anche per la prova nell'ambito di applicazione dell'art. 81 TCE⁷⁰.

⁶⁷ Sentenza della Corte, *Aalborg Portland e al. c. Commissione*, cit., punto 78. V. le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 30 marzo 2006, causa C-526/04, *Laboratoires Boiron SA contro Urssaf de Lyon (ACOSS)*, *Raccolta*, p. I-7529, punto 68 "secondo un consolidato principio generale di diritto, (...) chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, regola spesso espressa con il famoso brocardo latino *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*".

⁶⁸ Secondo questo criterio di divisione, "gli elementi di fatto che una parte fa valere possono essere tali da obbligare l'altra parte a fornire una spiegazione o una giustificazione, in mancanza della quale è lecito ritenere che l'onere della prova sia stato soddisfatto", *ibidem*, punto 79. Cfr. a riguardo le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, presentate l'8 dicembre 2005, causa C-105/04, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione*, punto 74. V. anche sentenze del Tribunale del 13 dicembre 2001, causa T-48/98, *Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables SA (Acerinox) c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-3859, punti 29-30 e in appello, sentenza della Corte del 14 luglio 2005, causa C-57/02 P, *ivi*, p. I-6689; del 16 novembre 2006, causa T-120/04, *Peróxidos Orgánicos SA c. Commissione*, *ivi*, p. II-4441, punti 53 e 71; conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, presentate il 19 febbraio 2009, nella causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV and others*, non ancora pubblicate in *Raccolta*.

⁶⁹ Sentenza del Tribunale dell'8 luglio 2004, causa T-50/00, *Dalmine c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-2395, punti 72 e 73, confermata dalla sentenza della Corte del 25 gennaio 2007, *Dalmine c. Commissione*, cit., p. I-829, punti 62 e 63: "Con riferimento all'uso delle dette informazioni da parte della Commissione, il Tribunale ha correttamente constatato nel punto 90 della sentenza impugnata che gli argomenti della Dalmine potevano valere solo nei confronti della 'credibilità e, pertanto, [del]la forza probatoria delle testimonianze dei suoi direttori e non contro la ricevibilità di tali elementi nel procedimento'. Infatti, (...) il principio vigente nel diritto comunitario è quello della libera produzione delle prove e il solo criterio pertinente per valutare le prove prodotte è quello della loro credibilità".

⁷⁰ Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, cause riunite T-44, 54, 56, 60 e 61/02 OP, *Dresdner Bank e al. c. Commissione (banche tedesche)*, punto 60 ("L'esistenza di un dubbio nella

In relazione ai singoli illeciti *antitrust* è possibile che si producano specifiche condizioni e caratteristiche della verifica delle prove.

Per le “intese” e le “pratiche concertate”, la prova deve essere prodotta dalla Commissione in maniera “precisa e coerente” per sostenere la ferma convinzione che l’infrazione ha avuto luogo, a condizione che il complesso degli indizi invocato dall’istituzione, valutato globalmente, risponda a tale requisito⁷¹. Nel caso che un’impresa partecipi, anche senza prendervi parte attiva, a riunioni tra concorrenti aventi un oggetto anticoncorrenziale per escludere la propria responsabilità nella violazione, occorre che dimostri una dissociazione espressa e inequivoca, da interpretare peraltro in maniera restrittiva⁷². La Corte riconduce alla particolare natura delle attività derivanti da pratiche ed accordi anticoncorrenziali (pratiche clandestine, riunioni segrete, documentazione ridotta al minimo, frammentaria e sporadica), la necessità della Commissione di ricostituire taluni dettagli per via di deduzioni⁷³. Nei casi di partecipazione a riunioni finalizzate, la prova può essere *in re ipsa*⁷⁴. Nella sentenza *Salzgitter Mannesmann*⁷⁵, la Corte sostiene che un elemento di prova d’origine anonima non può da solo comprovare l’esistenza di un’infrazione al diritto comunitario della concorrenza, ma può avere solo un’importanza accessoria, far parte di un complesso di elementi probatori, rafforzare un insieme di indizi concordanti.

In relazione al “controllo delle concentrazioni”, lo standard delle prove è particolarmente importante nell’analisi prospettica della Commissione, che deve comunque giungere ad una decisione anche in caso di dubbi⁷⁶. Pertanto, non è necessario che si raggiunga una “assoluta certezza” ma il convincimento circostanziato della probabilità di creazione o rafforzamento di una posizione dominante⁷⁷. Nel caso che si prospetti una posizione dominante collettiva, per esempio, potrà essere decisiva l’assenza di concorrenza effettiva tra gli operatori o la debolezza di qualsiasi pressione competitiva di altri operatori⁷⁸. Per dimostrare un rischio di posizione dominante collettiva l’esistenza di un’importante quota di mercato collettiva non è da sola sufficiente a dimostrare l’esistenza di una

mente del giudice deve andare a vantaggio dell’impresa destinataria della decisione con cui si constata un’infrazione”), nonché i principi del processo equo, *ex art. 6 CEDU, ivi*, punto 61.

⁷¹ Sentenza del Tribunale dell’8 luglio 2004, cause riunite T-67, 68, 71 e 78/00, *JFE Engineering Corp e al.*, *Raccolta*, p. II-2501, punti 179 e 180 e la giurisprudenza *ivi* citata.

⁷² Sentenza del Tribunale del 5 dicembre 2006, causa T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland BV c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-4567.

⁷³ Sentenza della Corte del 25 gennaio 2007, cause riunite C-403 e 405/04 P, *Sumitomo Metal Industries e al. c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-729, punti 51-52.

⁷⁴ *Ivi*, punto 47.

⁷⁵ Sentenza della Corte del 25 gennaio 2007, causa C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-959, punto 47.

⁷⁶ Sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2005, causa T-210/01, *General Electric Company c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-5575, punto 61.

⁷⁷ Conclusioni presentate il 25 maggio 2004 dell’Avvocato generale Tizzano, *cit.*, punti 73-74.

⁷⁸ Sentenza del Tribunale del 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours plc c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-2585, punto 63.

posizione siffatta, in quanto occorre che anche le condizioni del mercato siano favorevoli alla determinazione di una tale fattispecie. Così, l'esistenza di una posizione dominante deve essere stabilita individualmente in funzione delle circostanze specifiche⁷⁹.

L'esercizio dei poteri conferiti alla Commissione dal regolamento 139/2004 (art. 11) è soggetto al rispetto del principio di proporzionalità⁸⁰. In particolare, occorre che l'obbligo di fornire un'informazione imposto ad un'impresa non costituisca per quest'ultima un onere sproporzionato rispetto alle necessità dell'inchiesta.

Secondo le importanti considerazioni della Corte nella recente sentenza *Bertelsmann*⁸¹, le decisioni della Commissione devono essere basate su elementi di prova particolarmente rilevanti e concordanti. Dal regolamento sulle concentrazioni non si può dedurre una presunzione generale di compatibilità o di incompatibilità con il mercato comune di un'operazione di concentrazione notificata⁸². Non vi è alcuna differenza tra i criteri di prova relativi ai differenti tipi di concentrazioni (orizzontali, verticali, conglomerati). Tuttavia, gli elementi di prova per dichiarare una tale tipologia di concentrazioni incompatibile con il mercato comune devono essere particolarmente rilevanti⁸³.

8. In materia di concorrenza, un esempio del ruolo creativo della Corte di giustizia nello sviluppo dell'efficacia e coerenza del diritto comunitario è costituito dall'affermazione del principio del risarcimento del danno per illeciti *antitrust* nelle sentenze *Courage* e *Manfredi*⁸⁴. Il principio suddetto non trova basi giuridiche nel testo del Trattato o, sinora, nella legislazione secondaria, ma viene fatto derivare dai principi di equivalenza o non discriminazione e di effettività. La Commissione ha recentemente proposto l'adozione di un atto legislativo in materia nel Libro bianco sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie⁸⁵.

⁷⁹ Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2007, causa T-282/06, *Sun Chemical Group e al. c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-2149, punti 182-183.

⁸⁰ Sentenza del Tribunale del 4 luglio 2006, causa T-177/04, *EasyJet c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-1931, punto 133.

⁸¹ *Ivi*, punto 50.

⁸² Sentenza della Corte del 10 luglio 2008, causa C-413/06 P, *Bertelsmann e AG Sony Corporation of America*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 48. La dichiarazione di compatibilità della concentrazione qualora la Commissione non provveda ad una valutazione rappresenta solo una specifica espressione del dovere di assumere una decisione con celerità. *Ivi*, punto 49.

⁸³ *Ivi*, punti 50-51.

⁸⁴ Sentenze della Corte del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, *Raccolta*, p. I-6297, punto 30; del 13 luglio 2006, cause riunite C-295 a 298/04, *Manfredi e al. c. Assicurazioni varie*, *ivi*, p. I-6619, punti 89-97.

⁸⁵ Dopo un ampio processo di consultazione ed in vista di una possibile armonizzazione legislativa, v. COM(2008)165 def., del 2 aprile 2008, Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie. I giudici nazionali devono garantire la piena efficacia delle norme del diritto comunitario e tutelare i diritti attribuiti da esse ai singoli. In mancanza di disposizioni comunitarie in materia di risarcimento danni degli illeciti

Nelle azioni per risarcimento danni davanti al giudice nazionale, si verifica una asimmetria informativa strutturale tra attore e convenuto. Il primo deve comprovare i danni provocati dalla violazione di norme *antitrust*, ma non conosce lo sviluppo dei fatti in maniera sufficientemente dettagliata. Il secondo possiede evidentemente una notevole quantità di elementi fattuali, ma ha interesse ad occultarli. Pertanto, la Commissione prospetta l'armonizzazione normativa di uno standard minimo di divulgazione *inter partes*. Le caratteristiche di riferimento potrebbero essere quelle contenute nella disciplina della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale⁸⁶. Dovrebbero basarsi sull'"allegazione dei fatti e sul controllo giurisdizionale rigoroso della fondatezza dell'azione e della proporzionalità della richiesta di divulgazione". Occorre trovare un giusto equilibrio tra l'accesso delle vittime alle prove rilevanti ed il rischio di abusi derivanti da obblighi di divulgazione eccessivamente ampi ed onerosi⁸⁷.

Le decisioni definitive della Commissione, che accertano violazioni degli articoli 81 e 82 TCE, costituiscono la prova vincolante dell'illecito nel giudizio civile per danni davanti alle giurisdizioni nazionali⁸⁸. Secondo la Commissione, sarebbe opportuno che questo effetto venisse riconosciuto, in tutti gli ordinamenti nazionali, anche alle decisioni a carattere definitivo delle autorità nazionali di concorrenza o, comunque, rese definitive dalla sentenza di una Corte di appello⁸⁹.

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia deve essere riconosciuta a chiunque abbia subito un danno causato da una violazione di norme *antitrust*, anche tramite azioni collet-

antitrust, spetta agli ordinamenti nazionali stabilire i relativi criteri, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, così da comprendere il risarcimento del danno reale, del mancato guadagno ed il pagamento di interessi. Sui possibili sviluppi *de jure condendo* della questione, v. il contributo di B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO al processo di consultazione sul Libro bianco, cit. (reperibile *on line* sul sito della DG Concorrenza). In dottrina, v. L. PROSPERETTI, *Prova e valutazione del danno antitrust: una prospettiva economica*, in MCR, p. 527 ss.; A. NICITA, *Consumatori, Antitrust e Risarcimento del Danno. Le prospettive del Libro Bianco CE*, in *Consumatori, Diritto, Mercato*, 2008, p. 48 (*on line*).

⁸⁶ Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GUUE L 157, 30 aprile 2004, p. 45). La disciplina di riferimento è fissata agli articoli 6, 7 ed 8.

⁸⁷ Secondo il Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno, cit., i giudici nazionali dovrebbero avere il potere di emanare un provvedimento necessario e proporzionato alla soluzione del caso di specie che ordini alle parti in causa o a terzi di divulgare determinate categorie di prove rilevanti. Una condizione dovrebbe essere quella che l'attore produca in giudizio tutti i fatti e mezzi di prova ragionevolmente raccolti e dimostri di non essere in grado altrimenti di presentare le prove richieste. La richiesta dovrebbe specificare, in maniera precisa, le categorie di prove da divulgare sufficientemente precise. Per evitare la distruzione di prove rilevanti o il rifiuto di eseguire un ordine di divulgazione, i giudici dovrebbero avere il potere di applicare sanzioni con effetto deterrente, compresa la possibilità di trarre conclusioni sfavorevoli per il convenuto nell'azione in oggetto (par. 2.2).

⁸⁸ Regolamento 1/2003, art. 16, par. 1.

⁸⁹ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno, cit., par. 2.3.

tive rappresentative (ad esempio associazioni) o raggruppamento di azioni individuali. Nell'ambito dei soggetti legittimati rientrano anche gli "acquirenti indiretti", che, pur in assenza di un rapporto commerciale diretto con l'autore dell'illecito, subiscono ugualmente un danno in conseguenza del trasferimento "a catena" delle conseguenze negative dei comportamenti restrittivi della concorrenza.

L'impresa che ha commesso l'illecito, convenuta nell'azione per risarcimento in un giudizio civile, potrebbe apportare come difesa l'argomentazione secondo cui l'impresa, che pretenda di aver subito un danno collegato da sufficiente nesso causale con la violazione, lo abbia in realtà trasferito ai clienti finali. Per il risarcimento, questo genere di difesa può creare notevoli difficoltà di prova soprattutto agli acquirenti finali/consumatori⁹⁰. Per questi ultimi, secondo la Commissione si dovrà prevedere, tramite un atto legislativo comunitario, una "presunzione semplice" sul trasferimento del danno, in modo da consentire l'inversione dell'onere della prova⁹¹.

9. Infine, analizzeremo brevemente la recente giurisprudenza comunitaria, sulla valutazione dell'approccio economico rispetto agli specifici illeciti *anti-trust*⁹². Allo stato dell'arte, appare ancora ridotta per quantità e tasso di innovatività rispetto a quella tradizionale.

Per quanto riguarda l'"applicazione alle intese" in relazione al par. 1, dell'art. 81 la giurisprudenza è stata ampiamente analizzata⁹³; basta qui ricordare che il Tribunale nelle sentenze *Métropole*⁹⁴ e *Masterfood*⁹⁵ ha escluso che vi possa essere un bilanciamento degli effetti positivi o negativi delle restrizioni accessorie, secondo lo schema della ragionevolezza (*rule of reason*). Si richiede una prova coerente e articolata del fatto consistente nella restrizione "ancillare", mentre la ragionevolezza è riservata ad una valutazione giuridica nell'ambito del par. 3. Vale la pena invece di richiamare la sentenza *O2 (Germany)*, in cui il Tribunale ha chiarito la metodologia per l'analisi degli effetti economici degli accordi restrittivi

⁹⁰ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno, cit., par. 2.6. Il consumatore "che sia all'estremità, o quasi, della catena di distribuzione sono spesso i più danneggiati dalle violazioni delle norme *antitrust*, ma vista la loro distanza dall'infrazione per loro è particolarmente difficile presentare sufficienti prove dell'esistenza e della portata di un trasferimento del sovrapprezzo illegale lungo la catena di distribuzione".

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Per una migliore comprensione del testo è opportuno ricordare che alcune sentenze recenti riguardano il regime di autorizzazione in vigore sino all'entrata del regolamento 1/2003, perché le relative azioni erano iniziate nel regime pre-vigente.

⁹³ V. per tutti, F. MUNARI, *Le intese restrittive della concorrenza*, in A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, 2, Torino, 2006, II ed., p. 1468, spec. p. 1478 ss.

⁹⁴ Sentenza del Tribunale 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Metropole television (M6) e al. c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-2459, punto 74 ss. e punto 109. In dottrina, v. O. OKEOGHENE, *A New Economic Approach to Article 81(1)?*, in *ELR*, 2002, p. 100 ss.; P. MANZINI, *The European Rule of Reason*, cit., p. 392 ss.; Id., *I paraferali del giudizio antitrust*, cit., p. 285 ss.

⁹⁵ Sentenza del Tribunale del 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Vanderbergh Foods c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-4653, punti 106 e 107.

della concorrenza⁹⁶. Il Tribunale annulla la decisione della Commissione, che non ha svolto un'analisi della situazione concorrenziale che si sarebbe creata in assenza dell'accordo di *roaming* contestato⁹⁷. Il Tribunale ricorda che l'accertamento della compatibilità di un accordo con l'art. 81 TCE richiede la considerazione del contesto economico e giuridico nel quale detto accordo si colloca. Occorre verificare le eventuali restrizioni rilevanti e procedere alla valutazione degli effetti economici⁹⁸, in termini attuali, potenziali e in assenza di accordo⁹⁹. In particolare, sembra improbabile che un accordo produca effetti restrittivi sulla concorrenza vietati dall'art. 81, par. 1 TCE quando l'accordo sia necessario per consentire ad un nuovo competitore l'ingresso nel mercato¹⁰⁰. Infatti, tale valutazione assume una particolare importanza, specialmente nel caso di mercati in corso di liberalizzazione o emergenti. La presenza di fattori strutturali, come un operatore dominante o alte barriere di ingresso, potrebbe rendere particolarmente arduo l'ingresso di un nuovo operatore¹⁰¹. Senza l'accordo in oggetto l'operatore O2 (Germany) verosimilmente non avrebbe potuto competere efficacemente con gli altri soggetti attivi nel medesimo mercato (servizi 3G).

In relazione agli "abusi di posizione dominante", la sentenza *Michelin II* rappresenta un esempio di interpretazione formalistica (*per se*) sulla base di considerazioni sulla potenzialità di esclusione dei concorrenti¹⁰². Il Tribunale non ritiene rilevante una analisi della Commissione su possibili economie di scala (efficienza), senza la quale è sia possibile accertare se la politica dei prezzi di un'impresa dominante possa produrre effetti pregiudizievoli della concorrenza oppure pro-competitivi. In merito alla rilevanza dall'efficienza, appare invece innovativa la sentenza *British Airways*¹⁰³. Infatti, la Corte afferma che le

⁹⁶ Sentenza del Tribunale del 2 maggio 2006, causa T-328/03, *O2 (Germany) c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-1231. L'accordo concluso prima dell'entrata in vigore del regolamento 1/2003 era stato autorizzato dalla Commissione sulla base dell'art. 81, par. 3 TCE. La Commissione aveva ritenuto che le disposizioni dell'accordo relative alla condivisione dei siti e lo scambio di informazioni non fossero vietate dall'art. 81, par. 1 TCE. In dottrina, v. M. MARQUIS, *O2 (Germany) and the Exotic Mysteries of Article 81 (1) EC*, in *ECLR*, 2007, p. 29 ss.; B. ROBERTSON, *What is a Restriction of Competition? The Implications of the CFIs Judgment in O2 (Germany) and the Rule of Reason*, *ivi*, p. 252 ss.

⁹⁷ Sentenza del Tribunale, *O2 (Germany) c. Commissione*, *cit.*, punti 74-79.

⁹⁸ *Ivi*, punto 68.

⁹⁹ *Ivi*, punto 71.

¹⁰⁰ "Tale metodo di analisi, con particolare riguardo alla presa in considerazione della situazione della concorrenza che sussisterebbe in assenza dell'accordo, non si risolve nell'effettuazione di un bilancio degli effetti pro e anticoncorrenziali dell'accordo e nell'applicazione di una 'rule of reason', di cui il giudice comunitario ha escluso l'applicazione del contesto dell'art. 81, n. 1, CE", *ivi*, punto 69.

¹⁰¹ *Ivi*, punto 72.

¹⁰² D. WAELBROECK, *Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies?*, in *JCLE*, 2005, p. 149 ss.

¹⁰³ In relazione a taluni sconti connessi al perseguimento di obiettivi di vendita individuali nel settore dell'aviazione commerciale di passeggeri, concessi alle agenzie di viaggi da un'impresa in posizione dominante sul mercato aereo anglosassone, v. sentenza del Tribunale del 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-591, punto 279 ss. e sen-

imprese interessate possono giustificare economicamente sistemi di incentivi che implicino restrizioni alla concorrenza (“fonte di un effetto preclusivo”)¹⁰⁴. Secondo lo schema della norma di cui all’art. 81, par. 3¹⁰⁵, la Corte riconosce una difesa basata sull’efficienza, ma decide che non vi è necessità di provare un danno al consumatore per accertare un abuso che esiste se vi è un impatto sulla struttura effettiva della concorrenza¹⁰⁶.

Nella sentenza *Microsoft*¹⁰⁷, il Tribunale ribadisce il principio secondo cui il giudice comunitario esercita “un sindacato pieno sulla sussistenza dei presupposti per l’applicazione delle norme sulla concorrenza”. Per quanto riguarda “le valutazioni economiche complesse operate dalla Commissione” la verifica riguarda solo “l’osservanza delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell’esattezza materiale dei fatti, dell’insussistenza d’errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere”¹⁰⁸. In generale, i riferimenti alle caratteristiche e ai limiti della revisione giudiziaria manifestano una continuità con la giurisprudenza precedente. La Corte non sembra ritenere che vi sia necessità di controllare gli abusi commessi e verificare le considerazioni della Commissione sull’efficienza dei comportamenti dell’impresa dominante. Forse perché la posizione dell’impresa in parola sul mercato raggiunge un quasi-monopolio, tralasciando la considerazione sui presupposti della fattispecie dell’art. 82 TCE, relativi all’esistenza di comportamenti abusivi. Per il divieto di “importazioni parallele”¹⁰⁹,

tenza della Corte del 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways c. Commissione*, *ivi*, p. I-2331, punto 69.

¹⁰⁴ *Ivi*, punto 69. Significative apparivano le conclusioni dell’Avvocato generale in merito alla definizione della filosofia della concorrenza. Le sue regole non sarebbero disegnate solo per proteggere gli interessi dei concorrenti o dei consumatori, ma anche per la protezione della struttura del mercato e della competizione in quanto tale, struttura che è già indebolita dalla presenza di una impresa dominante. V. le conclusioni dell’Avvocato generale Kokott presentate il 23 febbraio 2006, nella causa C-95/04 P, *British Airways c. Commissione*, *cit.*, punto 68.

¹⁰⁵ Sentenza della Corte, *British Airways c. Commissione*, *cit.*, punto 86.

¹⁰⁶ *Ivi*, punto 106 e giurisprudenza *ivi* citata.

¹⁰⁷ V. sentenza del Tribunale del 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft c. Commissione*. Per un commento, v. J. APON, *Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies*, in *ECLR*, 2007, p. 327 ss.

¹⁰⁸ V. sentenza del Tribunale, *Microsoft c. Commissione*, *cit.*, punti 87-89, in particolare punto 87 e giurisprudenza *ivi* citata.

¹⁰⁹ La fattispecie si posiziona a cavallo tra i divieti di pratiche concertate e di abuso di posizione dominante. Dalla prospettiva integrazionista del mercato è derivata la proibizione dei divieti contrattuali di esportazione e delle condotte unilaterali, anche quando non facilmente sanzionabili come abusive di una posizione dominante. Lo spostamento di prospettiva verso l’identificazione della fattispecie in un comportamento unilaterale dell’impresa dominante piuttosto che di un’intesa si ritiene compiuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Adalat*, v. sentenza del Tribunale del 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer AG c. Commission (Adalat)*, *Raccolta*, p. II-3383; sentenza della Corte del 6 gennaio 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure c. Commissione*, cause riunite C-2 e 3/01, *ivi*, p. I-23. Cfr. a riguardo, conclusioni dell’Avvocato generale Tizzano presentate il 22 maggio 2003.

nella sentenza *GlaxoSmithKline c. Commissione*¹¹⁰, il Tribunale chiarisce che, almeno nel settore farmaceutico, un accordo che ha per obiettivo prevenire importazioni parallele tramite l'imposizione di un sistema di prezzi differenziati non è automaticamente in contrasto con l'art. 81 TCE, dal momento che non si può dedurre che produce un danno sul consumatore finale. La Commissione aveva ritenuto che l'accordo sfavorevole alle importazioni parallele fosse restrittivo della concorrenza "nell'oggetto". Il Tribunale concludeva in senso contrario pur affermando il diritto della Commissione a giudicarlo restrittivo della concorrenza in base all'analisi degli effetti. Qualora la verifica della sussistenza di rilevanti vantaggi oggettivi abbia esito negativo, non si procede al bilanciamento degli effetti¹¹¹. La sentenza si distacca dalla giurisprudenza sul divieto assoluto (*per se*) delle intese con finalità anticompetitive. Contemporaneamente, la medesima questione viene dichiarata irricevibile dalla Corte in quanto presentata da un'autorità nazionale¹¹². Successivamente, la questione nei medesimi termini di fatto e di diritto veniva riproposta di nuovo, questa volta, da un giudice nazionale¹¹³. Nella sentenza *Sot. Lélos kai Sia contro GlaxoSmithKline*¹¹⁴, la Corte di

¹¹⁰ Sentenza del Tribunale *GlaxoSmithKline c. Commissione*, cit.; A. GIANNACCARI, *Il caso Glaxo e le importazioni parallele*, in *MCR*, 2006 p. 557 ss.; E. SMITS, *On Parallel Trade and Preliminary Issues—A Healthy Approach to Competition Law Enforcement?*, in *LIEI*, 2006, p. 61 ss.; V. JUNOD, *An End to Parallel Imports of Medicines?: Comments on the Judgment of the Court of First Instance in "GlaxoWellcome"*, in *W. comp.*, 2007, p. 291 ss.; V. KORAH, *Judgment of The Court of First Instance in Glaxosmithkline*, in *Competition Law Journal*, 2007, p. 331 ss.; M. MARQUIS, *Tutela del consumatore e disciplina della concorrenza: in margine alla sentenza del Tribunale di prima istanza nel caso GlaxoSmithKline*, in *DUE*, 2007, p. 369 ss.; A. VENEZIA, *Distribuzione commerciale e disciplina antitrust*, in *DCSI*, 2007, p. 75 ss.; M. C. CORRADI, *Glaxo-SmithKline: il diritto antitrust comunitario alla deriva e la necessità di un "salvagente della forma"*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 87 ss.; C. DESOGUS, *Il caso Glaxo: la fine del commercio parallelo di farmaci in Europa?*, *ivi*, p. 297.

¹¹¹ Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, cit., punto 304.

¹¹² L'Avvocato generale Jacobs, nelle sue conclusioni nel caso *Syfait*, sosteneva che la pervasiva regolamentazione del settore e le caratteristiche dell'innovazione nell'industria farmaceutica giustificavano il rifiuto, da parte dell'impresa dominante (Glaxo), di evadere integralmente gli ordinativi ricevuti, nel tentativo di proteggere i suoi legittimi interessi commerciali. Come abbiamo già detto, la Corte dichiarava irricevibile la richiesta di rinvio pregiudiziale da parte di un'autorità antitrust nazionale considerato organo sprovvisto di carattere giurisdizionale. Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 28 ottobre 2004, causa C-53/03, *Syfait e al.*, relative alla sentenza del 31 maggio 2005, *Raccolta*, p. I-4609.

¹¹³ Particolarmente significative appaiono le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, contrario all'interpretazione tradizionale del divieto di cui all'art. 82 TCE sugli abusi a carattere oggettivo ed in parziale disaccordo con le tesi dell'Avvocato generale Jacobs. Dopo aver richiamato gli argomenti teorici a favore di "un'analisi del merito" (indicata come traduzione della *rule of reason*) rispetto all'approccio formale, afferma che l'art. 82 TCE non consente di imputare alle imprese in posizione dominante comportamenti di per sé abusivi (*per se rule*), anche in acclarata presenza del carattere intenzionale e dell'effetto anticoncorrenziale dei comportamenti restrittivi. Conclusioni presentate il 1° aprile 2008, cause riunite C-468 a 478/06, *Sot. Lélos kai Sia e al. c. GlaxoSmithKline* (non ancora pubblicate in *Raccolta*).

¹¹⁴ Sentenza della Corte del 16 settembre 2008, cause riunite C-468 a 478/06, cit.

giustizia richiama l'impostazione del precedente della sentenza *United Brands*, secondo cui un'impresa in posizione dominante può adottare misure ragionevoli e proporzionate alla necessità di tutelare i propri interessi commerciali¹¹⁵. L'argomentazione della Corte non rappresenta tuttavia una "sconfessione" dell'approccio economico. Tuttavia, almeno nel caso delle importazioni parallele, la Corte esclude la necessità di verificare il bilanciamento degli effetti positivi e negativi¹¹⁶.

In materia di "concentrazioni", si è realizzato un vero e proprio contrasto istituzionale sulle caratteristiche della revisione giudiziaria in materia¹¹⁷. Nella sentenza *Tetra Laval*, la Corte adotta uno standard più moderato di revisione giudiziale rispetto a quello prescelto dal Tribunale¹¹⁸. Il sistema di revisione, dei giudici comunitari può riguardare un numero limitato di aspetti delle decisioni della Commissione¹¹⁹. Nella sentenza *Alrosa*¹²⁰, il Tribunale ribadisce poi che lo standard del "controllo ristretto" della revisione giudiziaria, ma sembra prevedere un'ipotesi di limitazione ulteriore del controllo "per i settori, come quello delle concentrazioni, in cui l'esistenza di un potere discrezionale è essenziale per l'esercizio delle attribuzioni dell'istituzione regolatrice". Nella sentenza

¹¹⁵ Sentenza della Corte, *United Brands e United Brands Continentaal c. Commissione*, cit., punto 189.

¹¹⁶ Neppure l'esistenza di normative statali in materia di prezzi delle specialità medicinali esclude il carattere abusivo del rifiuto. Si riconosce, però, che anche in presenza di un controllo esercitato dagli Stati membri sui prezzi di vendita o sulle tariffe di rimborso dei medicinali, il commercio parallelo può esercitare una pressione sui prezzi e creare vantaggi i per gli enti previdenziali e per i pazienti interessati.

¹¹⁷ Sullo standard delle prove, nel settore delle concentrazioni tra imprese, v. D. BAILEY, *Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective*, in *CML Rev.*, 2003, p. 845 ss.; D. GERARD, *Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims*, *ivi*, p. 1367 ss.; M. CLOUGH, *The Role of Judicial Review in Merger Control*, in *Northwestern JILB*, 2004, p. 729 ss.; M. BAY, J. RUÍZ CALZADO, *Tetra Laval II: The Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions*, in *W. comp.*, 2005, p. 433 ss.; L. PRETE, A. NUCARA, *Standard of Proof and Scope of Judicial Review in EC Merger Cases: Everything Clear after Tetra Laval?*, in *ECLR*, 2005, p. 692 ss.; B. VESTERDORF, *Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement*, in *Competition Policy International*, 2005, p. 7 ss.; A. CHRISTIANSEN, O. BUDZINSKI, G. AIGNER, *The Analysis of Coordinated Effects in EU Merger Control: Where Do We Stand after Sony/BMG and Impala?*, dicembre 2007 (ssrn.com, reperibile on line); K. WRIGHT, *Perfect Symmetry? Impala v Commission and Standard of Proof in Mergers*, in *ELR*, 2007, p. 408 ss.

¹¹⁸ Sui ricorsi al Tribunale contro decisioni della Commissione relative al controllo su concentrazioni, v. le sentenze *Airtours plc c. Commissione*, cit.; del 22 ottobre 2002, causa T-310/01, *Schneider Electric c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-4071; del 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval c. Commissione*, *ivi*, p. II-4381.

¹¹⁹ In particolare, il giudice comunitario è tenuto a verificare: "l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza", ma anche se gli argomenti "costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione" e "se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono", v. sentenza della Corte, *Commissione c. Tetra Laval*, cit., punti 38 e 39.

¹²⁰ Sentenza del Tribunale dell'11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-2601, punto 108.

Bertelsmann, il Tribunale annulla la decisione della Commissione, le cui “(...) poche osservazioni, estremamente superficiali, se non puramente formali, non bastano ad adempiere l’obbligo (...) di effettuare un’analisi prospettica (...), soprattutto quando, come nella fattispecie, la concentrazione sollevi gravi difficoltà”¹²¹. In appello, la Corte di giustizia annulla la sentenza del Tribunale¹²². La Corte ritiene che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto nel pretendere dalla Commissione di essere particolarmente rigorosa nei confronti dell’attività probatoria (elementi di prova e argomentazioni), prodotta dalle parti nella notificazione in risposta alla comunicazione degli addebiti.

10. Tuttavia, nelle sentenze dei giudici comunitari resta evidente la ricerca *in itinere* di un equilibrio tra la valorizzazione dell’approccio economico ed i precedenti giurisprudenziali legati alla prospettiva tradizionale degli illeciti *anti-trust*.

Non si può negare che l’adozione dell’approccio economico accresca il margine di discrezionalità della Commissione nella valutazione dei comportamenti delle imprese, che presentano *prima facie* caratteri anticompetitivi. Tuttavia, la valutazione economica degli effetti sulla concorrenza comporta anche un rafforzamento delle argomentazioni giuridiche e della qualità delle prove. In conclusione, l’“approccio economico” rappresenta più che un radicale cambiamento, l’erosione progressiva degli standard anticompetitivi, definiti da alcuni “formali” (*per se*), a favore di un’interpretazione più flessibile e teleologica rispetto all’obiettivo della concorrenza, vale a dire il benessere dei consumatori.

Non appare ancora suffragata dalla giurisprudenza comunitaria che questa “flessibilità di valutazione” risponda all’introduzione nell’ordinamento comunitario di un approccio del genere *rule of reason*, come nel diritto statunitense, laddove i precedenti hanno progressivamente imposto questo approccio a diversi aspetti della concorrenza. Nella struttura di *common law* o anche di diritto civile, la *rule of reason* può diventare lo strumento interpretativo principale dell’esercizio del potere giurisdizionale. In senso tecnico, per il pieno ingresso della *rule of reason* nel diritto comunitario servirebbe una corte comunitaria specializzata per la concorrenza davanti ad un’accusa costituita dalla Commissione. In assenza di questo sviluppo istituzionale (chi sa per quanto), i giudici comunitari

¹²¹ Sentenza del Tribunale del 13 luglio 2006, causa T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) c. Commissione*, Raccolta, p. II-2289, punto 528.

¹²² Sentenza della Corte, *Bertelsmann e AG Sony Corporation of America*, cit. V. R. BRANDENBURGER, T. JANSSENS, J. AITKEN, *Bertelsmann and Sony Judgment: Welcome Clarity for EC Merger Review of the EU’s Highest Court*, in *Online Magazine for Global Competition Policy*, 2008, n. 2 (reperibile on line); S. HIRSBRUNNER, C. V. KÖCKRITZ, *Rebalancing EC Merger Control: The ECJ Judgment in Case C-413/06P (Bertelsman and Sony)*, *ivi*; B. VAN ROMPUY, *Implications for the Standard of Proof in EC Merger Proceedings: Bertelsmann and Sony Corp of America v Impala (C-413/06 P)*, *ECJ*, in *ECLR*, 2008, p. 608 ss.; *Annotation by T. KÄSEBERG*, in *CML Rev.*, 2009, p. 255 ss. Infine, la Commissione ha adottato una terza decisione favorevole alla fusione, v. decisione di non opposizione ad un’operazione di concentrazione notificata (caso COMP/M.5272, *Sony/Sony BMG*) (*GUUE C 259*, 11 ottobre 2008, p. 5).

producono comunque il bilanciamento dei valori coinvolti nella concorrenza (*checks and balances*), ma non potranno esercitare direttamente il bilanciamento degli effetti contrari e favorevoli (efficienze a favore dei consumatori o benessere sociale). In maniera critica si afferma da parte di alcuni che il processo di revisione giudiziaria in materia di concorrenza non consente che un'analisi sulle "carte" e sugli errori commessi dalla Commissione. Più precisamente, i giudici comunitari realizzano una revisione "esterna" del bilanciamento tra effetti competitivi ed efficienze effettuato dalla Commissione nel caso di specie. Altra cosa sarebbe una valutazione a titolo primario da parte di un organo giudiziario, che possa decidere di applicare e determinare le argomentazioni della *rule of reason*.

Il contraddittorio tra indagine e difesa, specificamente sulla produzione o potenzialità di "efficienze", dovrebbe svolgersi "ad armi pari" tra l'accusa (Commissione) e la difesa (impresa) tramite una disciplina dell'onere della prova più bilanciata. Non dovrebbe consistere in una presunzione di inesistenza di efficienza, ma stabilire una dialettica pari-ordinata con un obbligo di allegazione delle informazioni e valutazioni economiche tra le parti.

La questione principale resta comunque la "desiderabilità" e sostenibilità nel tempo di una divisione orizzontale dei poteri, che riserva alla Commissione, rispetto al ruolo dei giudici comunitari, un ruolo da protagonista per l'applicazione del diritto della concorrenza. Un rapporto equilibrato tra poteri istituzionali e parti della controversia, in relazione ai principi di proporzionalità e di certezza giuridica, rappresenta la difficoltà e la sfida di questa nuova fase della politica comunitaria della concorrenza.

Abstract

The Role of Community Courts in Preliminary Rulings and Judicial Review in the EC Competition Law

This article sets out reflections on the role of the judiciary and the standard of proof within a primarily administrative EC enforcement system of the competition law. The EC antitrust policy changed after regulation 1/2003 and it is moving beyond structural understandings of competition ("preserving competition") into the realm of explicit welfare analysis, taking into consideration incentives and efficiency to the benefit of consumers ("more economic approach").

Through the recent case law, the Author re-considers the role of the EC Court of Justice preliminary ruling and Community Courts judicial review of the European Commission decisions.

The EC judgements show the effort to search for a balance between the enhancement of a more economic approach and a more traditional approach based on the interpretation of antitrust offenses. There is no doubt that a more economic approach allows for the Commission a greater margin of discretion in the assessment of the companies'

conducts which at first glance appear to infringe competition law. However, the economic evaluation of the effects on competition also reinforces the judicial arguments and the quality of evidence. In the end, a more economic approach is not a radical change but rather a gradual erosion of the anticompetition standards which are sometimes defined as “formal” (*per se*), to the benefit of a more flexible and teleological interpretation of the competition purpose, which is the welfare of consumers.

Marina Comei

Dalle politiche industriali in ambito comunitario alla costruzione di una economia imprenditoriale in Europa*

SOMMARIO: 1. Europa, pressione concorrenziale e crisi dell'“economia gestita”. – 2. Politiche industriali europee dalla CECA a Maastricht. – 3. Politiche per l'imprenditorialità e la competitività. Il Libro verde e la costruzione di una società e di una economia imprenditoriale.

1. Obiettivo di queste pagine è ricostruire i passaggi salienti dell'evoluzione, nell'arco di circa un sessantennio, delle politiche industriali in ambito comunitario, sino al delinearsi di un nuovo modello industriale europeo in cui l'accento non viene più posto sulla formulazione di politiche di settore indirizzate alla tutela di interi comparti produttivi o di “campioni nazionali”, ma sulla possibilità di creare una economia concorrenziale e dinamica in cui una imprenditorialità diffusa sostenga la crescita e l'occupazione. L'affermarsi di questo orientamento ha coinciso con il maturare degli esiti di un lungo processo di trasformazione del sistema produttivo europeo che ha avuto origine negli anni successivi al secondo *shock* petrolifero quando le economie europee sono entrate in una lunga fase di stagnazione, in cui al declino dei traffici commerciali intracomunitari, che segnalava la difficoltà a mantenere inalterato il modello di liberalizzazione degli scambi fin lì seguito, si era affiancata una progressiva perdita di quote comunitarie sul mercato mondiale dei prodotti finiti. A partire dagli anni Ottanta le analisi politiche ed economiche cominciarono a ricondurre il declino della capacità competitiva delle industrie europee, soprattutto nei settori emergenti dei nuovi macchinari, dell'applicazione delle nuove tecnologie informatiche ed elettroniche, alla persistente frammentazione del mercato comunitario dovuta alle barriere non tariffarie, alle politiche di difesa delle industrie nazionali, proprio

* Il testo che qui si pubblica è una rielaborazione della relazione presentata al convegno “Imprenditorialità e sviluppo economico. Il caso italiano”, svoltosi a Milano presso l'Università L. Bocconi il 14-15 novembre 2008.

mentre si delineava la necessità di spingere le imprese ad una più convinta cooperazione sul terreno della ricerca¹. Nei documenti comunitari la costruzione di un mercato unico, competitivo e concorrenziale diventava progressivamente un obiettivo prioritario e le capacità di innovazione degli attori economici assumevano un ruolo strategico, anche in seguito al realizzarsi della libera circolazione dei capitali ed ai progressivi mutamenti della organizzazione bancaria dei Paesi europei, al suo accentuato ruolo nel fornire capitali di rischio.

Nel 1985 si insediava la nuova Commissione presieduta da Delors che indicava nel completamento del mercato interno il principale nuovo obiettivo programmatico. Al Consiglio europeo di Milano veniva presentato il Libro bianco su questo tema e si avviava, con la sottoscrizione nel 1986 dell'Atto unico europeo e con l'*iter* di revisione dei Trattati, una nuova fase dell'integrazione che doveva trasformare la Comunità europea nell'Unione. Un processo di rilievo anche in quanto si è intrecciato con la complessa costruzione di una integrazione economica e monetaria che limitava sempre più le prerogative degli Stati nazionali e tendeva a frammentare quel nesso tra Stato nazionale ed industria nazionale che aveva costituito una costante di lungo periodo della storia europea, proprio in una fase di ulteriore apertura dei mercati (all'interno dell'Unione attraverso il processo di allargamento ed al di fuori di essa a causa di un più generale processo di internazionalizzazione delle economie) e di accelerato mutamento delle condizioni di concorrenza internazionale. Si trattava di un processo di cambiamento in cui, nei contenuti e negli obiettivi delle politiche industriali, si accentuavano progressivamente i punti dedicati alla crescita della competitività e al dinamismo delle imprese. Mercato unico, crescita, competitività ed occupazione sarebbero diventati i temi intorno a cui costruire una nuova politica industriale il cui obiettivo era quello di creare anche in Europa le condizioni per uno sviluppo delle forze di mercato che tuttavia non marginalizzasse le questioni attinenti al contemporaneo perseguimento di una economia solidale. Nel 2002 il "Libro verde sull'imprenditorialità", presentato dalla Commissione, costituiva il documento più omogeneo e strutturato con cui gli organismi europei hanno inteso misurarsi con il tema dell'imprenditorialità.

La questione dell'imprenditorialità, concepita come un processo di diffusione delle attività imprenditoriali e di introduzione di nuove idee e responsabilità nelle imprese, si delineava agli inizi degli anni Novanta e prendeva corpo nel decennio successivo man mano che si imponeva il confronto con la crescita dell'economia statunitense e le politiche per il mercato assumevano un nuovo

¹ È in questo clima che maturano il Programma ESPRIT (European Strategic Program for Research and Development Information Tecnology), i programmi RACE (Research in Advanced Communications for Europe) e BRITE (Basic Research in Industrial Tecnologies for Europe), il sistema EUREKA (European Research Coordinating Agency). Sull'avvio di una nuova fase della costruzione comunitaria si veda M. ALBERT, *Towards European Recovery in the 1980*, Luxembourg, 1983; sulla questione dell'innovazione tecnologica si veda M. SHARP, C. SHEARMAN, *European Technological Collaboration*, London, 1987.

ruolo. Da parte da alcuni economisti, come il premio Nobel Edmund Phelps², l'affermarsi dei temi legati all'imprenditorialità è stato descritto come l'emergere per l'Europa della necessità di passare dal suo tradizionale modello corporatista, in cui i principali attori della scena economica (sindacati, associazioni di impresa, governi) agivano in funzione del mantenimento dell'equilibrio raggiunto, ad un nuovo modello in cui l'economia del rischio avesse maggiore spazio. Naturalmente non siamo di fronte ad una transizione compiuta, essa ha a lungo convissuto e convive con politiche industriali nazionali di tipico stampo corporatista e spesso rivolte a sostenere interi settori (ad esempio in Italia e altrove i provvedimenti a favore dell'industria automobilistica e meccanica, in Francia la difesa dei campioni nazionali), si è dovuta adattare alle esigenze del modello sociale europeo prevalente ed oggi è seriamente messa in dubbio dagli effetti della crisi finanziaria internazionale e dagli orientamenti emergenti per affrontarla (primato della politica sull'economia, riattualizzazione dei principi del *New Deal* e dell'interventismo statale, definizione di nuove strutture di controllo e di regolazione).

Tuttavia, se si vuole esaminare attraverso una prospettiva storica che cosa abbia favorito l'emergere di questo nuovo orientamento, possiamo verificare come siano stati fondamentali alcuni processi a cui abbiamo assistito negli ultimi venticinque anni del secolo scorso:

- le grandi imprese hanno dovuto cedere o condividere la loro supremazia con altri protagonisti della scena economica. Non più indispensabili per realizzare economie di scala, per sfruttare i mercati esteri e per garantire l'aggiornamento tecnologico, svantaggiate da una organizzazione della produzione poco flessibile, esposte alla concorrenza internazionale, le grandi imprese europee hanno ridimensionato le loro attività ricorrendo anche a ristrutturazioni ed esternalizzazioni;
- in molte industrie tradizionali (metallurgia, macchine utensili, tessile, automobilistica) i vantaggi relativi di cui ha goduto l'Europa sono stati modificati dai cambiamenti strutturali verificatisi nei sistemi economici a partire dalla seconda metà degli anni Settanta. La pressione concorrenziale imposta dalla internazionalizzazione dell'economia da una parte ha infatti costretto molte imprese a spostare i propri impianti verso Paesi a basso costo del lavoro e di altri fattori, dall'altra ha spinto per un incremento della produttività attraverso la conoscenza e l'innovazione;
- le innovazioni tecnologiche nel settore informatico e quelle nel campo della comunicazione hanno aperto nuovi mercati e creato nuovi prodotti, promuovendo un sensibile aumento della nascita di nuove imprese, soprattutto nel campo dei servizi. Dal 1972 al 1998 nei Paesi OCSE il numero degli imprenditori è aumentato passando da 29 a 45 milioni;

² Si veda in particolare E. PHELPS, *Rewarding Work: How to Restore Participation and Self Support to Free Enterprise*, Cambridge (Mass.), 1997 (trad. it. *Premiare il lavoro*, Bari, 1999) e Id., *The Global Crisis of Corporativism*, in *Wall Street Journal*, 25 marzo 1999.

- le piccole imprese sono aumentate notevolmente di numero e sono diventate strumento di valorizzazione della creatività e dell'autonomia nella crescita economica e di diffusione della nuova economia.

In questo contesto il cambiamento delle politiche industriali europee è stato incisivo, in particolare se lo si confronta con quanto era avvenuto precedentemente, ed esso stesso diventava testimonianza e controprova del mutamento strutturale che stava attraversando il sistema produttivo europeo.

2. Non è certamente casuale che la costruzione europeista del secondo dopoguerra abbia preso l'avvio con la necessità di affrontare in modo innovativo una delle questioni che per circa un secolo avevano reso drammatica la storia del vecchio continente, indicando una soluzione che, per i suoi caratteri e per le conseguenze che ne sarebbero scaturite, avrebbe creato le condizioni per una fase di ripresa e di nuova crescita. Nel 1950 le dichiarazioni di Schuman non solo facevano intendere la volontà da parte della Francia di porre fine ai tentativi di imporre alla Germania sconfitta una drastica riduzione dell'apparato industriale, ma si avanzava la proposta di mettere l'intera produzione franco-tedesca di carbone e acciaio nella disponibilità di un'autorità comune che avrebbe agito all'interno di una organizzazione aperta alla partecipazione degli altri Paesi d'Europa. L'anno seguente il Trattato costitutivo della CECA aboliva per il settore carbosiderurgico le barriere doganali tra i Paesi partecipanti, armonizzava i dazi verso i Paesi terzi e si preoccupava di garantire l'approvvigionamento del mercato comune³. I poteri attribuiti all'Alta Autorità erano limitati, nelle fasi ordinarie, alla raccolta di informazioni ed alla possibilità di fornire agli Stati ed alle imprese indicazioni di comportamento riguardo a prezzi, volumi produttivi ed investimenti, mentre nelle fasi di "crisi manifesta" le erano assegnati poteri più incisivi riguardo alla regolazione del mercato ed alla struttura della concorrenza (prezzi, importazioni, livelli di produzione). La CECA non prevedeva, dunque, misure esplicite di politica industriale, ma era essa stessa espressione di un Trattato con cui si creava per il settore siderurgico un quadro istituzionale specifico attraverso il quale sarebbe stato possibile costruire una azione comune in materia di politica industriale, organizzando a livello europeo l'industria di base, evitando rischi di "cartellizzazione" distruttiva e ponendo le fondamenta di un nuovo sviluppo economico. Il punto nodale alla base della creazione del nuovo organismo stava infatti nella consapevolezza che il carbone e l'acciaio ricoprivano una evidente rilevanza dal punto di vista politico ed economico, che spingeva ad assicurare ai Paesi sottoscrittori una crescita equilibrata dentro un più generale progetto di sicurezza, scongiurando cioè il ripetersi delle modalità in cui i conflitti economici si erano trasformati in conflitti politici e successiva-

³ Sulla CECA cfr. in particolare L. TOSI (a cura di), *La Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (1952- 2002). Gli esiti del Trattato in Europa ed in Italia*, Padova, 2004, e R. RANIERI, *L'integrazione europea e gli ambienti economici italiani*, in R. H. RAINERO (a cura di), *Storia dell'integrazione europea*, I, Milano, 1997, p. 297 ss., e, più in generale, A. S. MILWARD, *The Reconstruction of Western Europe 1945-1951*, London, 1984.

mente in aperto scontro bellico. Per questo motivo l'intero settore veniva sottoposto ad una regolazione che tuttavia non metteva in discussione in via generale la consuetudine per cui ai soli Stati nazionali apparteneva la prerogativa di mettere in essere politiche industriali che, in ossequio ad una concezione tipicamente francese di tipo costruttivistico dell'intervento pubblico, orientavano, attraverso provvedimenti diversi, l'industria verso il perseguimento di obiettivi in sintonia con il benessere nazionale .

I Trattati di Roma istitutivi della CEE non prevedevano invece alcuna forma sopranazionale di politica industriale: la promozione della crescita industriale risiedeva infatti nella costruzione di una unione doganale e nella progressiva edificazione di mercato comune, chiuso verso i Paesi terzi, ma fortemente caratterizzato da un'apertura reciproca dei mercati dei Paesi fondatori, in modo da consentire sia una accelerazione dei processi di aggiustamento interno che una omogeneizzazione delle *performances* dei singoli Paesi a quelle del concorrente esterno più efficiente⁴. In questo processo di aggiustamento strutturale i singoli Stati potevano intervenire con politiche industriali mirate ad impedire squilibri o favorendo processi di fusione tra imprese che consentissero la nascita di campioni nazionali dalle particolari caratteristiche competitive. Erano vietati sia comportamenti di imprese che, singolarmente o di concerto con altre, ponessero in essere azioni (accordi tra imprese o abuso di posizione dominante) limitative della concorrenza, sia interventi degli Stati che trasferissero aiuti alle imprese falsando la concorrenza ed impedendo un corretto funzionamento del mercato comune.

Erano tuttavia previste significative eccezioni che scattavano di fronte alla necessità di raggiungere dimensioni tecniche efficienti o obiettivi di natura sociale, compresi gli aiuti per favorire lo sviluppo di aree depresse (ad esempio l'intervento straordinario nel Mezzogiorno dal 1957 in poi), o per promuovere progetti e obiettivi comuni, o per reagire a particolari congiunture economiche o a eventi eccezionali. È importante sottolineare come proprio le eccezioni previste dal Trattato avrebbero offerto il terreno fertile per l'elaborazione di strategie industriali europee. Esse infatti avrebbero consentito di precisare i limiti e le regole in cui erano possibili da parte degli Stati politiche industriali di settore ed anche le forme ed i casi in cui la Commissione stessa potesse approntare propri interventi. Le eccezioni, come è stato infatti sottolineato, delineavano “gli spazi d'azione per le politiche industriali svolte dai governi nazionali a favore della propria industria, ma hanno anche esplicitato gli ambiti di un'azione della Commissione che, specialmente negli anni Settanta, ha essa stessa agito a difesa della industria europea, delineando modalità di azione di tipo costruttivistico”⁵.

⁴ Su questi punti si veda G. HALL, *European Industrial Policy*, London, 1986; P. BIANCHI, *Le politiche industriali dell'Unione Europea*, Bologna, 1995, p. 180 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *La politica industriale della CE: dal Trattato di Roma al Trattato di Maastricht*, in *Acquisizioni future concorrenze*, 1992.

⁵ Cfr. P. BIANCHI, *Le politiche industriali dell'Unione Europea*, Bologna, 1999, II ed., p. 180.

Durante la crisi degli anni Settanta le implicazioni “costruttivistiche” delle eccezioni previste dal Trattato consentirono infatti alle istituzioni europee di intervenire direttamente in alcune dirompenti crisi di settore che si andavano enucleando nel sistema industriale in seguito al concludersi del ciclo di crescita del secondo dopoguerra ed al progressivo modificarsi delle condizioni nella divisione internazionale del lavoro.

Si ricorda in particolare l'intervento nel settore dell'acciaio colpito da una crisi da eccesso di capacità produttiva che si manifestava, dopo il primo *shock* petrolifero, in seguito al contrarsi dei consumi di acciaio da parte di alcuni comparti industriali strategici e che, dopo una breve fase di ripresa, si accentuava di nuovo negli anni Ottanta. Nell'affrontare questa lunga crisi la Commissione si pose l'obiettivo di impedire il crollo dei prezzi, che si sarebbe verificato lasciando spazio ad una concorrenza senza regole, evitando una ulteriore espansione di capacità produttiva e favorendo la mobilità della manodopera. Dopo una prima fase in cui si cercò di sollecitare la collaborazione delle imprese in favore di una limitazione sia della produzione che della utilizzazione di aiuti di Stato considerati dannosi per il settore, tra il 1977 ed il 1985 il nuovo Commissario Davignon attuava un piano di ristrutturazione della siderurgia attraverso quote concordate ma obbligatorie di produzione, prezzi minimi definiti, dazi *antidumping* nei confronti di alcuni Paesi esportatori, accordi bilaterali di riduzione delle importazioni e rilevanti sussidi alle imprese che diminuivano la loro capacità produttiva⁶. Le ristrutturazioni dei primi anni Cinquanta, che hanno preceduto la fase espansiva della siderurgia europea e la gestione della successiva fase di crisi tra gli anni Settanta e Ottanta, vengono oggi considerate i due casi più interessanti in cui una politica industriale, concordata in Europa e gestita dall'Autorità sopranazionale, è stata in grado sia di consolidare lo sviluppo degli anni Cinquanta e Sessanta sia di accompagnare il declino della fase successiva, mantenendo alta l'attenzione sui costi sociali delle ristrutturazioni e sulla dimensione territoriale della crisi del settore⁷.

⁶ Sulla ristrutturazione del settore siderurgico tra il 1977 ed il 1988 si veda M. BALCONI, *La siderurgia italiana tra controllo pubblico e incentivi di mercato*, Bologna, 1991, in particolare p. 203 ss. e p. 381 ss. Dopo Davignon fu il Commissario all'industria Narjes, con un indirizzo più spiccatamente liberista, a ricondurre la siderurgia europea verso condizioni produttive e di mercato concorrenziali.

⁷ In particolare A. PICCHIERI, *Ristrutturazione industriale e conflitto sociale. La siderurgia italiana nel panorama europeo del secondo dopoguerra, Introduzione*, in *Annali di storia d'impresa*, 2004-2005, nn. 15-16, p. 13, sottolinea come già le politiche per la ristrutturazione della siderurgia degli anni Cinquanta impongono quella attenzione alla dimensione territoriale che diventerà dalla fine degli anni Settanta una costante dei fondi strutturali: “si tratta all'inizio del risultato non previsto e non tematizzato della concentrazione spaziale della siderurgia nelle città e nelle regioni dell'acciaio; soltanto in seguito l'evoluzione dei fondi strutturali europei sposterà l'attenzione dalla 'crisi manifesta' dell'industria al territorio 'a declino industriale'”. Sulle politiche europee per la crisi della siderurgia dopo le crisi petrolifere si veda Y. MENY, V. WRIGHT (eds.), *The Politics of Steel: Western Europe and the Steel Industry in the Crisis Years 1974-1987*, Berlin, 1987; sulla rivitalizzazione dei sistemi locali post-siderurgici si veda in particolare, A. PICCHIERI, *Strategie contro il declino di aree di antica industrializzazione*, Torino, 1989, e C.

A questi provvedimenti seguì nel 1978 un secondo intervento a favore delle imprese produttrici di fibre sintetiche, che furono autorizzate a dividersi il mercato sulla base delle quote del 1976, ricevendo anch'esse vari sussidi e potendo usufruire di nuove protezioni nei confronti delle importazioni da parte di Paesi terzi. Negli Ottanta seguirono gli interventi a favore delle fibre e della petrolchimica, incentivando accordi finalizzati e ristrutturazioni e razionalizzazioni che prevedevano anche l'utilizzo di fondi europei e stanziamenti nazionali, mentre la Direzione generale della concorrenza (ufficio previsto dal Trattato CEE) autolimitava la sua azione annullando in un decennio solo 19 azioni statali ritenute incompatibili con le regole europee della concorrenza.

Gli aiuti europei ai settori in crisi e le politiche a favore dei processi di concentrazione e di accordi di mercato hanno avuto la durata di circa un decennio e hanno racchiuso dentro di sé la fase della cosiddetta "eurosclerosi", durante la quale furono rallentati i processi di mutamento del sistema produttivo dei Paesi aderenti mentre nel contempo veniva attenuato l'impegno per la costruzione di un mercato unico, anche perché i Paesi membri tendevano a proteggersi attraverso le barriere, invisibili ma efficaci, costituite da norme e regolamentazioni tecniche. Le contraddizioni insite nella politica dei "campioni nazionali", il calo di competitività dell'industria europea nei settori più innovativi, la perdita di quote di mercato, la significativa penetrazione di Paesi terzi esportatori sui mercati CEE tuttavia convinsero progressivamente i Paesi europei a rilanciare la ricerca industriale e la cooperazione.

Intorno alla metà degli anni Ottanta si apriva una nuova fase in cui il rilancio del processo di integrazione economica coincideva con una nuova apertura internazionale, con l'affermarsi di dottrine e politiche neoliberiste al di là dell'Atlantico ed in Gran Bretagna, con il diffondersi in Europa di una nuova fiducia nella capacità trainanti, anche sul terreno politico, del processo di completamento del mercato unico. Sono gli anni in cui Delors otteneva il primo mandato a presidente della Commissione e dichiarava che il suo principale obiettivo stava nella creazione di una situazione di piena libera circolazione di merci, servizi, capitali e persone "entro il 1992", fissando una data ed una agenda, come è affermato nel Libro bianco della Commissione del 1985 e come era nella tradizione "monnetiana" dell'Europa. Si tratta della prima fase della riforma comunitaria in cui la nuova svolta antiprotezionistica veniva temperata dalla personalità politica e culturale di Delors⁸, per il quale il grande mercato non avrebbe potuto prescindere da obiettivi di coesione economica e sociale: esso infatti doveva essere un luogo in cui la competizione contribuisse, insieme a solidarietà e cooperazione, a costruire un particolare modello europeo di società. Le politiche industriali che

CROUCH, P. LE GALÈS, C. TRIGILIA, H. VOELTZKOW, *Changing Governance of Local Economies. Responses of European Local Production Systems*, Oxford-New York, 2004.

⁸ Sulla personalità politica di J. Delors e sulla sua azione in Europa si veda G. ROSS, *Jacques Delors and European Integration*, Cambridge, 1995; K. ENDO, *The Presidency of the European Commission under Jacques Delors*, London, 1999; C. G. ANTA, *Il rilancio dell'Europa. Il progetto di J. Delors*, Milano, 2004.

si affermavano in questa fase, senza rinunciare agli obiettivi relativi all'efficienza del mercato, poggiavano sull'idea che il mercato fosse una costruzione sociale. Esse tuttavia non potevano più concretizzarsi in azioni di sostegno rivolte a specifici settori o comparti, ma dovessero orientarsi in favore della costruzione di opportunità di sviluppo, capaci di coinvolgere il maggiore numero di soggetti nella competizione di un mercato aperto in cui la formazione e la diffusione delle conoscenze risultasse fondamentale.

Naturalmente agiva in questo senso il progressivo abbandono anche in Europa del "keynesismo" come strumento per combattere la stagnazione e l'affermarsi anche fuori dei confini statunitensi delle nuove politiche dal lato dell'offerta. Non può naturalmente passare sotto silenzio il fatto che gli anni dell'intensa costruzione del mercato unico segnarono per l'Europa una fase di significativa espansione economica. La ripresa, il cui avvio era stato segnalato nel 1983 da un aumento delle esportazioni, si consolidò con un costante incremento degli investimenti, anche diretti esteri. Verso la fine degli anni Ottanta il tasso medio di crescita dei Paesi dell'allora Comunità economica europea si avvicinò al 4% mentre tassi ancora più cospicui consentivano ai Paesi più deboli di ridurre il divario all'interno della Comunità. La quota degli scambi tra i Paesi membri crebbe fino ad arrivare al 60% del commercio totale dei 12. Un altro elemento ugualmente significativo risiede nel fatto che la seconda metà degli anni Ottanta si verifica una profonda ristrutturazione del sistema produttivo e dei servizi, attraverso un numero crescente di fusioni, acquisizioni e *joint ventures*, che per la prima volta oltrepassavano insistentemente i confini nazionali, a testimonianza del crescente grado di internazionalizzazione del sistema economico europeo ed extraeuropeo⁹. Solo il nuovo Libro bianco su "Crescita, competitività e occupazione" sarebbe stato infatti redatto in una nuova fase di difficoltà.

Di questo interessante processo, che vedeva progressivamente mutare il modello industriale europeo e che induceva la Commissione e le altre istituzioni europee a innovare sostanzialmente i termini delle politiche industriali, a rivedere le politiche di aiuto all'industria e ad accedere ai temi della diffusione di imprenditorialità e della creazione di nuove imprese soprattutto di dimensione minore, possono essere sottolineate alcune tappe principali:

- il Libro bianco della Commissione Delors del 1985 sul "completamento del mercato interno", in cui si prevedeva l'eliminazione delle restanti barriere alla libera circolazione di merci, persone, capitali frapposte prevalentemente dalle diverse regolamentazioni nazionali e quindi l'abolizione, entro 7 anni, delle barriere geografiche, fiscali e tecniche rispetto a beni, servizi, trasporti, movimento dei capitali, professioni, appalti pubblici. Considerato il documento più integrazionista della storia delle procedure istituzionali, esso individuava un obiettivo capace di aggre-

⁹ Su questo si veda A. COX, G. WATSON, *The European Community and Restructuring of Europe's National Champions*, in J. HAYWARD (ed.), *Industrial Enterprises and European Integration*, Oxford, 1995, e L. TSOUKALIS, *La nuova economia europea*, Bologna, 1998, p. 11 ss.

gare interessi nazionali diversi e di sospingere di nuovo avanti l'integrazione bloccata;

- l'Atto unico europeo, sottoscritto nel 1986 ed entrato in vigore l'anno successivo, viene generalmente considerato l'avvio di una prima, complessa riforma del Trattato di Roma. L'obiettivo, significativamente motivato con le profonde mutazioni avvenute in trenta anni nell'economia e nella società degli Stati membri, si identificava con la creazione di una struttura istituzionale che consentisse la trasformazione della Comunità europea in una Unione. Sul terreno economico l'Atto unico si proponeva di uniformare le normative che potevano favorire l'instaurazione e funzionamento del mercato unico, di rafforzare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria europea ai fini della sua competitività internazionale, di delineare una politica di coesione sociale e di riduzione delle disparità regionali¹⁰ anche attraverso il rilancio e la razionalizzazione dei fondi strutturali, di rafforzare infine la cooperazione in materia di politica economica e monetaria introducendo ufficialmente lo SME e l'ECU dentro l'intelaiatura europea. Lo studio sui costi della "non Europa" (anche noto come "Rapporto Cecchini") avrebbe evidenziato come l'eliminazione delle restanti barriere avrebbe condotto ad una riduzione dei prezzi insieme ad un abbassamento dei costi che avrebbero determinato un benefico ampliamento dei margini di profitto. A sostegno delle decisioni assunte vengono varati i provvedimenti previsti dal primo "Pacchetto Delors" (1988) che avrebbero previsto la creazione di nuove risorse di bilancio per la realizzazione dell'Atto unico, in particolare raddoppiando i Fondi strutturali la cui riforma delineava un modello di politica industriale funzionale al completamento del mercato unico.

Essa era infatti costituita "per un verso dall'esistenza di fondi per il finanziamento di interventi, di regole e di azioni definite per obiettivi, e dall'altra parte da una attuazione basata su un principio di integrazione di diverse autorità e soggetti locali, portatori di specifici interessi"¹¹. Il secondo "Pacchetto Delors" del 1992 avrebbe ulteriormente aumentato l'entità dei Fondi, istituito anche il Fondo di coesione ed avrebbe affrontato con maggiore vigore i temi della competitività¹² e del sostegno alla realizzazione del Trattato dell'Unione;

¹⁰ Sugli sviluppi della politica regionale europea si veda G. VIESTI, F. PROTA, *Le politiche regionali dell'Unione Europea*, Bologna, 2004, p. 15 ss.

¹¹ P. BIANCHI, *Le politiche industriali per le piccole e medie imprese e il riorientamento delle politiche comunitarie*, in *Rivista di politica economica*, 1990, n. 5, p. 174.

¹² "Mi sono sempre considerato a metà strada tra coloro i quali riconoscono il ruolo predominante del libero Mercato (il riferimento va al pensiero neoliberalista "unico" a livello europeo) e quanti intendono perseguire la solidarietà senza valutare la necessità economica. Dunque nel realizzare il Grande Mercato che comportava vantaggi in termini di competizione, è stato naturale che ponessi l'attenzione sulla solidarietà attraverso il primo Pacchetto. Successivamente prevedendo il fenomeno della mondializzazione dell'economia e i conseguenti rischi di marginalizzazione dell'Europa ho cercato di perseguire l'obiettivo della competitività: ciò ha ispirato il secondo Pacchetto. Io ritengo che non si possa realizzare il progresso della società senza un buon

la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo del 1990 su “La politica industriale in un contesto aperto e concorrenziale”. Nota come “Rapporto Bangemann”, in essa si avanzava compiutamente l’idea di una politica industriale basata non più sull’isolamento delle imprese dalle pressioni concorrenziali ma sulla creazione di un ambiente adatto al loro sviluppo mentre si procedeva alla progressiva eliminazione delle barriere e dei sussidi pubblici. Nella nuova prospettiva infatti il dinamismo delle imprese dipendeva dalle imprese stesse, mentre l’autorità europea doveva garantire le condizioni ottimali con azioni mirate ad accrescere lo sviluppo delle risorse umane e l’accumulo e diffusione di tecnologia e ricerca. In altri termini, la politica industriale dell’Europa doveva impegnarsi ad accompagnare le imprese verso quei mutamenti strutturali che avrebbero reso proficuo il loro adattamento ad un mercato unico e concorrenziale¹³;

il Trattato di Maastricht sull’Unione del 1992, con cui sarebbe entrata in vigore tutta la legislazione comunitaria utile per il compimento del mercato unico, in alcuni articoli riprendeva esplicitamente alcuni temi del Rapporto Bangemann definendo gli ambiti ed i caratteri di una nuova politica industriale comunitaria. Scomparivano le azioni dirette al sostegno di imprese o settori industriali in difficoltà nel rapportarsi alla nuova intelaiatura competitiva del mercato internazionale e si afferma una “visione di politica industriale in un contesto di economia aperta: la politica industriale diviene allora un insieme di azioni per ampliare l’estensione del mercato, per accelerare il mutamento organizzativo e tecnologico delle imprese (...) e per promuovere un ambiente favorevole alla crescita di nuovi soggetti imprenditoriali”. Come sottolinea Patrizio Bianchi con “questa impostazione, chiaramente di derivazione tedesca, si supera una visione di politica industriale di stampo dirigista e si afferma la ben più complessa idea di una politica industriale basata su un insieme di interventi volti a stabilire condizioni di sviluppo sociale e di crescita collettiva, che permetta da una parte l’effettiva entrata sul mercato a nuovi soggetti e nel contempo stabilizzi la possibilità di generare coalizioni progressive su base transnazionale”¹⁴;

Il Libro bianco su “Crescita, competitività, occupazione nella società dell’informazione” (1993) in cui Delors indicava alcuni nodi strutturali del declino economico dell’Europa e proponeva un nuovo modello di sviluppo, mix di creatività imprenditoriale e attenzione ai temi della coesione e della sostenibilità ambientale. Il nuovo Libro bianco nasceva in una nuova fase di difficoltà strutturale per l’economia europea, in cui modesti investimenti e crescita lenta creavano pochi nuovi posti di lavoro e mantenevano alto il tasso di disoccupazione.

equilibrio tra la responsabilità delle istituzioni e quella dei cittadini, tra la responsabilità collettiva e quella individuale”, J. DELORS, *Presentazione al Parlamento europeo del Programma di lavoro per il 1992 e del Pacchetto II in 1992: anno cardine. Discorso del Presidente Delors dinanzi al Parlamento Europeo*, in *RSPI*, 1992, n. 2, p. 25. Su questi temi si veda anche, C. G. ANTA, *op. cit.*, p. 163 ss.

¹³ P. BIANCHI, *Le politiche industriali dell’Unione Europea*, cit., p. 183

¹⁴ *Ibidem*, p. 184 s.

Le misure che vi erano previste indicavano interventi volti ad aumentare la qualità della vita collettiva piuttosto che i consumi, in un quadro macroeconomico caratterizzato dalla stabilità dei cambi e privo delle tensioni inflazionistiche generate da eccessivi *deficit* di bilancio. L'attività delle imprese doveva quindi essere facilitata attraverso l'innovazione tecnologica, la riorganizzazione della produzione ed una minore rigidità del mercato del lavoro che non spingesse le aziende a sostituire lavoro con capitale.

3. Attraverso queste tappe prendeva corpo una diversa idea dell'azione pubblica nel contesto europeo e si delineava una nuova e diversa considerazione del ruolo della soggettività imprenditoriale e delle imprese. In particolare, dopo il Rapporto Bangemann le nuove strategie di crescita nel mercato unico dell'informazione e della conoscenza si sarebbero basate sulla valorizzazione del ruolo delle imprese, sul loro mutamento tecnologico ed organizzativo e più in generale sulla creazione e valorizzazione di capacità imprenditoriali. Con tale Rapporto l'Europa prendeva atto del declino dell'"economia gestita" che aveva segnato sviluppo e stabilità della *golden age* in cui il vantaggio comparato era stato raggiunto attraverso lo sfruttamento delle economie di scala che insieme all'uso di manodopera qualificata consentivano di produrre a basso costo un'ampia varietà di beni a media tecnologia. Con la nuova concorrenza proveniente dalle economie emergenti della globalizzazione soprattutto sui costi del lavoro e con il venire meno della distanza come determinante del costo delle comunicazioni questo vantaggio si ridimensionava fino a perdersi completamente e l'Europa doveva fare i conti con elevata disoccupazione e bassa crescita. Il dibattito politico in quegli anni ha continuato a focalizzarsi, per un tempo non breve, sull'alternativa tra un modello anglo-americano di bassi salari, poco *welfare* e maggiore occupazione, ed il modello tipico della tradizione europea con alti salari, servizi collettivi e bassa occupazione. Con la svolta del 1990 la Commissione aderiva all'ipotesi di un riorientamento dell'industria europea verso attività *knowledge based* con cui si prendeva atto della avvenuta modificazione del vantaggio comparato delle principali economie europee. Bisognava produrre con nuove idee e con nuove abilità e conoscenze che non potessero esser facilmente imitate o trasferite, trasformando l'occupazione perduta dalle inevitabili ristrutturazioni industriali in occupazione qualitativamente diversa: il tema con cui confrontarsi diventava quello del come avviare ed accompagnare la trasformazione della struttura produttiva esistente e del come promuovere la diffusione di nuovi valori economici in cui emergessero creatività e disponibilità alla sperimentazione: "in una economia in cui vantaggio comparato è basato sull'innovazione, la capacità di dare vita a nuove idee e perseguirle è una forza fondamentale in grado di generare alti salari ed alti standard di vita"¹⁵. In questo contesto

¹⁵ D. B. AUDRETSCH, R. A. THURIK, *La nuova organizzazione industriale. Dall'economia gestita all'economia imprenditoriale*, in *L'Industria*, 1999, p. 643. A cura degli stessi autori si veda anche *Innovation, Industry Evolution and Employment*, Cambridge, 1999. Si veda anche OECD, *The Knowledge Based Economy*, Paris, 1996.

le piccole imprese ed il dinamismo che esse sarebbero state in grado di esprimere assumevano una nuova rilevanza.

Nel 1997 la Commissione, rispondendo al mandato del Consiglio europeo di Amsterdam, insediava la “Business Environment Simplification Task Force” a cui partecipavano rappresentanze degli Stati membri e della *community business*. Essa doveva stendere un rapporto indipendente sulle vie da seguire per rimuovere gli ostacoli allo sviluppo delle imprese, per promuovere politiche per la competitività e l’imprenditorialità a livello europeo e degli Stati membri. Il rapporto, presentato nel 1998, conteneva 64 raccomandazioni, indicazioni di lavoro su temi che si riteneva dovessero oggetto di intervento da parte delle istituzioni europee e degli Stati. Nel settembre del 1998 la Commissione rispondeva con una comunicazione sulla “Promozione dell’imprenditorialità e della competitività” e con un “Piano di azione per promuovere imprenditorialità e competitività” in cui indicava una serie di aree di intervento, lasciando tuttavia agli Stati il compito di decidere in quale forma bisognasse intervenire¹⁶. Le aree venivano così definite:

1. formazione continua per la costruzione di una società imprenditoriale;
2. accesso al credito per le imprese più piccole e appena costituite;
3. accesso alla ricerca ed all’innovazione da parte delle PMI, uso dei brevetti;
4. miglioramento della visibilità dei supporti;
5. miglioramento della pubblica amministrazione;
6. miglioramento delle condizioni di impiego e di lavoro.

Il Piano d’azione fu approvato nel 1999 e, a partire dal 2000, è stato periodicamente aggiornato con la descrizione delle iniziative assunte a più livelli, sui loro risultati, sui singoli Paesi, sulla diffusione di buone pratiche, sulle raccomandazioni rivolte ai singoli Stati, l’obiettivo è infatti quello di suscitare interventi integrati da parte di diversi soggetti istituzionali, coordinati eventualmente dalle direttive della Commissione.

In questa ottica in cui la politica industriale si sostanzia attraverso una serie di azioni rivolte ad ampliare il mercato, e contemporaneamente a consentire un più facile accesso alle opportunità che esso esprime, maturava progressivamente una novità di rilievo: non solo era diventato sempre più sottile il nesso tra Stato nazionale e impresa nazionale, ma la grande impresa, che era stata la protagonista della lunga stagione in cui quel nesso appariva evidente e solido, cedeva progressivamente il passo alla piccola e media impresa nell’attenzione delle istituzioni europee e perdeva la sua tradizionale centralità nel promuovere cambiamento ed alimentare crescita diffusa.

Il riorientamento delle politiche comunitarie si è infatti manifestato agli inizi degli anni Ottanta quando la ristrutturazione industriale imposta dalla crisi del fordismo mostrava la necessità di imboccare nuove strade per la crescita occupazionale. Nel 1983 la CEE proclamava “l’anno della piccola impresa”, nel

¹⁶ Reperibile *on line* sul sito ec.europa.eu

1986 veniva istituita presso la Commissione una *task force* “piccole imprese” con il compito di coordinare tutte le attività in favore delle PMI¹⁷ e nell’agosto dello stesso anno la Commissione aveva presentato al Consiglio una risoluzione contenente un programma di azione per le PMI incentrato su: a) promozione delle PMI; b) sviluppo delle relazioni tra PMI; c) finanziamento attraverso prestiti ed aiuti; d) circolazione di informazioni su aspetti di natura industriale e commerciale. Nel 2000, su richiesta del Consiglio europeo di Lisbona, veniva elaborata la Carta europea delle piccole imprese. Approvata dal Consiglio di Santa Maria di Feira, la sua sottoscrizione impegnava gli Stati a favorire le piccole imprese con azioni positive e presentare una relazione annuale sui progressi ottenuti. In particolare, la Carta si apriva con una affermazione che molto difficilmente avrebbe avuto cittadinanza in un documento europeo solo venti anni prima. Si legge infatti: “Le piccole imprese sono la spina dorsale dell’economia europea. Esse sono una fonte primaria di posti di lavoro ed un settore in cui fioriscono le idee commerciali. Gli sforzi compiuti in Europa per introdurre la nuova economia saranno coronati dal successo solo se alle piccole imprese sarà attribuita la massima priorità. Le piccole imprese sono le più sensibili ai cambiamenti di contesto economico (...). Le piccole imprese devono essere considerate la principale forza propulsiva dell’innovazione, dell’occupazione e dell’integrazione sociale e locale in Europa”¹⁸.

In questa prospettiva l’Unione si impegnava a sostenere le piccole imprese operando secondo alcune linee di azione che riguardavano in particolare la necessità di coltivare lo spirito imprenditoriale e di fornire competenze allargate, garantire un avviamento di impresa meno costoso e più veloce, unificare ulteriormente il mercato interno tutelando l’accesso ai mercati paneuropei e la competizione di qualità, potenziare la capacità tecnologica delle piccole imprese anche promuovendo la cooperazione tecnologica tesa a creare raggruppamenti e

¹⁷ La *task force* aveva anche il compito di promuovere un avvicinamento tra legislazioni nazionali e politiche comunitarie, avviare, in accordo con i governi centrali e regionali, esperimenti di interventi integrati, costruire legami tra le organizzazioni dell’imprenditoria minore, cfr. P. BIANCHI, *Le politiche industriali per le piccole e medie imprese*, cit., p. 196 s. e CEE, *Operations for the European Community Concerning Small and Medium-sized Enterprises*, Bruxelles, 1988.

¹⁸ Si tratta del preambolo della Carta europea per le piccole imprese, in cui venivano sottoscritti anche alcuni principi con cui veniva riconosciuto sia il dinamismo delle piccole imprese nel creare occupazione, nel promuovere sviluppo sociale e regionale sia il loro ruolo nella nuova economia in cui risultano centrali conoscenza e flessibilità. Le imprese di successo vanno sostenute mentre gli insuccessi possono essere considerati un’occasione di apprendimento nell’assunzione responsabile di iniziative e rischi. In questo quadro di iniziative regolamentari e legislative per le piccole imprese va anche inserito lo sforzo di definizione di piccola impresa compiuto con la raccomandazione 96\280\CE del 3 aprile 1996 e con quella del 6 maggio 2003 in cui si affianca il criterio del numero degli occupati a quello finanziario e si inserisce anche una definizione di microimpresa (meno di 10 persone ed un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori ai due milioni di euro).

reti di aziende, infine determinare una rappresentanza più efficace degli interessi delle piccole imprese sia a livello nazionale che negli organi dell'Unione¹⁹.

L'impianto assunto con la Carta europea mostrava l'influenza dell'esperienza italiana della industrializzazione diffusa in ambiti territoriali definiti dal punto di vista produttivo e sociale. Distretti e sistemi locali che hanno contribuito sensibilmente all'occupazione ed in cui è stato possibile raggiungere risultati di rilievo grazie a forme di competizione cooperazione tra imprese che hanno garantito flessibilità nel volume, nei costi, soprattutto, nelle capacità di conformarsi all'evoluzione delle caratteristiche qualitative della domanda. Le piccole imprese assumevano così nel contesto europeo la funzione di "agenti del cambiamento". In una economia basata sulla conoscenza si faceva affidamento su imprese e imprenditori che attuassero nuove idee, nuove ipotesi produttive, contando sul fatto che, pur in un alternarsi di successi ed insuccessi, essi avrebbero suscitato quel dinamismo che è proprio della nuova economia e creato nuova occupazione, compensando la perdita di posti di lavoro determinata dal ridimensionamento delle grandi imprese²⁰.

Da parte di molti osservatori è stato tuttavia sottolineato come l'occupazione creata dalla piccola impresa di nuova formazione spesso sia associata a bassi salari e come essa sia spesso responsabile della crescita del differenziale di reddito. Un dibattito intenso in cui è emerso come i risultati ottenuti attraverso la diffusione di piccole imprese sono stati il più delle volte condizionati dal tipo di imprenditorialità che si è messo in campo. Esiste infatti una imprenditorialità che tende a generare imprese marginali con bassi salari e bassa possibilità di sopravvivenza, e c'è una imprenditorialità che crea imprese innovative e con alti salari. Lo standard di vita e la qualità delle imprese rifletterebbe in qualche modo la formazione e la cultura di chi ne è coinvolto. In questo senso l'incognita finale che anima le nuove politiche industriali europee, centrate sull'impresa e sull'impegno nel creare una economia imprenditoriale, non riguarda tanto i margini di incertezza esistenti circa la possibilità che in una società come quella europea si possa effettivamente affermare una organizzazione sociale e produttiva che abbia al suo centro l'impresa, quanto il tipo di imprenditorialità che in essa finirà per prevalere.

Nelle strategie di crescita dell'Europa la nascita di nuove imprese, la loro espansione dimensionale, la loro capacità di trarre vantaggi dall'apertura dei mercati sono diventate dunque centrali così come hanno assunto rilievo le loro caratteristiche qualitative, la loro inclinazione concorrenziale ed innovativa, le qualità imprenditoriali che in esse possono essere trasferite, che sono alla base

¹⁹ "Ci impegniamo a perseguire questi obiettivi utilizzando il metodo di coordinamento aperto alle politiche nazionali relative alle imprese e ci avvarremo a tal fine del programma pluriennale a favore dell'impresa e dell'imprenditorialità, del processo di riforma economica concordato a Cardiff, del processo di Lussemburgo sulle politiche dell'occupazione, nonché di altri programmi ed iniziative comunitarie".

²⁰ A. R. THURIK, *Small Firms, Entrepreneurship and Economic Growth*, in Z. ACS, B. CARLSON, A. R. THURIK, *Small Business in the Modern Economy*, Oxford, 1996.

delle scelte che vengono compiute e che devono essere sostenute da investimenti pubblici in ricerca e formazione e dalla capacità di creare un contesto fertile e collaborativo.

Tra nuove imprese e nuova economia si è dunque delineato uno stretto legame che ha imposto all'Unione ed alla Commissione di interrogarsi sui caratteri dello spirito imprenditoriale europeo, sulla sua accettazione sociale, su come sia possibile diffondere e corroborare la *entrepreneurship*, su come sia possibile elaborare un modello imprenditoriale europeo anche in una Europa allargata²¹. Nel 2003 il "Libro verde sull'imprenditorialità" veniva redatto proprio con l'intento di riflettere su questi temi. A partire da una interessante definizione di imprenditorialità²² e dalla constatazione per cui l'Europa manteneva un modesto tasso di dinamismo imprenditoriale, il documento ha inteso identificare i fattori chiave necessari per creare un clima favorevole alle attività delle imprese e per elaborare politiche di sostegno alle loro iniziative. Alle politiche macroeconomiche orientate alla crescita ed alla stabilità andavano affiancate misure che riducessero la complessità delle procedure amministrative, facilitassero l'accesso ai capitali attraverso forme di condivisione del rischio tra settore pubblico e privato, offrirono una adeguata prospettiva remunerativa, modificassero la normativa sui fallimenti, rendessero accessibili le esperienze di *spin-off* (imprese nate da altre imprese e gestite da ex-dipendenti), accelerassero la crescita di un terziario moderno. Più complessivamente il Libro verde sottolineava come la costruzione di una società imprenditoriale implicasse in misura non irrilevante anche temi e questioni di carattere sociale in cui le politiche per l'imprenditorialità non potevano non misurarsi con la necessità di creare condizioni ambientali favorevoli che, alimentando lo spirito imprenditoriale, promuovessero una formazione allargata ed un atteggiamento positivo della società nei confronti degli imprenditori.

Con il Libro verde i temi dell'economia e della società imprenditoriale²³ facevano il loro ingresso nei documenti degli organi dell'Unione anche per l'inevitabile confronto con la crescita statunitense dell'ultimo decennio del secolo scorso e per l'influenza che su di essi avrebbero avuto gli studi David B. Audretsch, direttore del Max Planck Institute di Jena e teorico della società imprenditoriale, in quegli anni consulente della Commissione. Si trattava peraltro di questioni che avevano cominciato a circolare insistentemente in Europa e

²¹ Cfr. D. B. AUDRETSCH, *Entrepreneurship: A Survey of the Literature*, luglio 2002 (ec.europa.eu, reperibile *on line*); D. B. AUDRETSCH, R. THURIK, I. VERHEUL, S. WENNEKERS, *Entrepreneurship: Determinants and Policy in a European-US Comparison*, Boston, 2002. Cfr. anche Osservatorio europeo per le PMI, *Report 2002/No. 5: Business demography in Europe*; Flash Eurobarometer 134, *Entrepreneurship*, novembre 2002 (ec.europa.eu, entrambi reperibili *on line*).

²² "L'imprenditorialità è uno stato mentale e un processo volto a creare e sviluppare l'attività economica, combinando disponibilità a rischiare, creatività e/o innovazione con una sana gestione nell'ambito di una organizzazione nuova o esistente". Su concetto di "imprenditorialità" si veda anche F. AMATORI, *Imprenditorialità*, in ID., *La storia di impresa come professione*, Padova, 2008.

²³ D. B. AUDRETSCH, *La società imprenditoriale*, Padova, 2009.

negli Stati Uniti, sostenute dal cambiamento strutturale delle economie delle due sponde dell'Atlantico.

Nel documento della Commissione la declinazione di questi temi non era quella radicale della Fondazione Kaufmann (dove pure Audretsch ha soggiornato) e di Carl Schramm²⁴, nei cui testi la deindustrializzazione di fine '900 ed il declino del capitalismo industriale, caratterizzato da uno stretto legame tra grandi imprese pubbliche e private, aveva allentato i tradizionali elementi statalisti e dirigisti aprendo nuovi spazi per una nuova "ondata schumperiana" che si alimentava di un accentuato neoliberalismo. Le politiche industriali di settore o per i "campioni nazionali" cedevano tuttavia il passo alle politiche imprenditoriali dove ricerca, innovazione, competizione giocavano un ruolo centrale e dove al dinamismo di reti di piccole e medie imprese che operano in un mercato selettivo, ma temperato da regole e limitazioni, veniva affidata la funzione di agente del cambiamento. Una sorta di capitalismo flessibile in cui il ruolo e la *vision* dei soggetti imprenditoriali sembrava rendere meno rigidi i confini tra fabbrica e società.

Quanto di questo resisterà all'urto delle conseguenze della crisi finanziaria ed industriale internazionale è difficile dire, ma dipenderà in larga parte dalle dimensioni che la crisi assumerà in Europa e dallo scenario che si affermerà su scala mondiale.

Abstract

From the Industrial Politics in the Community Field to the Creation of a more Entrepreneurial Economy in Europe

The purpose of this paper is to outline the salient steps of the evolution of the industrial politics in the Community field, up to the creation of a new European industrial model. With the single European market, the sector politics and the defense of "national samples" are replaced with provisions aiming at creating a competitive and dynamic economy where a widespread entrepreneurship supports growth and employment.

This trend has coincided with the transformation of the European productive system started with the big enterprises' meltdown and the stagnation phase followed to the oil shocks.

The Bangemann Report was intended to base the new growth strategies on the enhancement of the enterprises' role, on their technological and organizational change, whereas the Green Paper on entrepreneurship introduced in the European organisms the themes of the creation of an entrepreneurial economy and society.

²⁴ Si veda in particolare W. J. BAUMOL, R. E. LITAN, C. J. SCHRAMM, *Good Capitalism, Bad Capitalism and the Economics of Growth and Prosperity*, New Haven-London, 2007, e C. J. SCHRAMM (a cura di), *Realizzare il cambiamento: il capitalismo imprenditoriale e la sua promessa europea*, aprile 2007 (www.usembassy.it, reperibile *on line*).

Il “terzo pilastro” dell’Unione europea tra buona fede e leale collaborazione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di leale collaborazione nell’ordinamento comunitario. – 3. Differenze e similitudini tra il principio di buona fede e quello di leale collaborazione. – 4. Obblighi di profilo verticale e di profilo orizzontale nel terzo pilastro. – 5. *Segue*: obblighi a carico del giudice nazionale. – 6. Conclusioni.

1. L’estensione di principi e regole del primo pilastro del Trattato UE al settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (terzo pilastro) si è venuta consolidando per ragioni “naturali”. Invero, i giudici comunitari così hanno ritenuto la proiezione esterna di taluni fondamentali concetti comunitari al fine di colmare le evidenti lacune nel sistema del terzo pilastro e, quindi, di trovare soluzioni idonee in un settore tanto sensibile per i valori in gioco come quello penale. Il riconoscimento formale della mutazione di principi e norme di diritto comunitario, però, ha creato e crea non pochi problemi in termini dogmatici, stante le numerose peculiarità dei due ambiti giuridici¹.

La questione si presenta particolarmente complessa, giacché, da un lato, l’ordinamento comunitario e quello dell’Unione europea configurano due concezioni e realizzazioni della dimensione giuridica abbastanza diverse, per di più da perseguirsi con due metodi distinti. Dall’altro lato, va notato che, da tempo, si è attenuata la rigidità delle vecchie confinazioni e il sistema normativo del terzo pilastro oramai rappresenta il fecondo terreno di osmosi tra due pianeti giuridici². In quest’ottica si colloca il Trattato di riforma, firmato a Lisbona il

¹ Cfr., in particolare, E. CANNIZZARO, M. E. BARTOLONI, *La «Costituzionalizzazione» del Terzo Pilastro dell’Unione Europea*, in *DUE*, 2007, p. 471 ss.; A. DAMATO, *L’incidenza sul Terzo Pilastro di principi e regole di diritto comunitario*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli, 2008, p. 1009 ss.

² La letteratura in materia è cospicua, si veda in particolare: J. MONAR, R. MORGAN (eds.), *The Third Pillar of the European Union. Cooperation in the Field of Justice and Home Affairs*, Bruxelles, 1994; D. M. CURTIN, J. F. M. POW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l’Union européenne: une nostalgie d’avant Maastricht?*, in *RMUE*, 1995, p. 13 ss.; A. TIZZANO, *Brevi note sul «terzo pilastro» del Trattato di Maastricht*, in *DUE*, 1996, p. 391 ss.; J. MONAR, *Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform and the Price of Fragmentation*, in *ELR*, 1998, p. 320 ss.; J. P. PUISOCHET, *La libre circulation des jugements: réalité et perspectives*, in *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres*

13 dicembre 2007, che, come noto, prevede l'abolizione dei tre pilastri, proprio per rafforzare l'omogeneità del sistema, pur mantenendo in piedi tre diverse procedure, in particolare per la politica estera e di sicurezza che resta ancorata ad uno scenario internazionalistico ben distinto³.

In sostanza, seppure il percorso d'integrazione nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale non sia privo di analogie con quello seguito – grazie all'opera dei giudici comunitari ed alla volontà degli Stati membri – a proposito del Trattato CE, non è possibile concludere per un'estensione automatica dei caratteri dell'ordinamento comunitario al terzo pilastro. Sembra piuttosto necessario un giusto bilanciamento tra l'autonomia e la vocazione intergovernativa del terzo pilastro e l'esigenza di estendere ad esso istituti e regole già validamente sperimentate nel processo d'integrazione comunitaria.

Proprio in tal senso sembra oramai orientata la Corte di giustizia che, in numerose pronunce, ha adoperato principi e regole del pilastro comunitario per risolvere controversie relative al terzo pilastro, per poi giungere ad affermare l'autonomia di quest'ultimo sistema giuridico⁴.

Le soluzioni a cui è pervenuto il giudice comunitario – come si dirà meglio in seguito – vanno spiegate (e talvolta giustificate) alla luce delle particolari esigenze delle fattispecie sottoposte al suo esame, ciononostante esse segnano un percorso evolutivo che sembra diretto ad una comunitarizzazione del terzo pilastro.

Va notato che un'accelerazione nella direzione indicata è stata facilitata dall'applicazione in tale settore del principio di leale cooperazione, costante-

de l'Union européenne, Bruxelles, 2001, p. 1 ss.; D. REBUT, *Les effets des jugements répressifs*, *ivi*, p. 177 ss.; B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1295 ss.; A. SANZ HERMIDA, *Il futuro spazio europeo di giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 237 ss.; S. RIONDATO, *Dal mandato d'arresto europeo al Libro verde sulle garanzie alla Costituzione europea: spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo*, *ivi*, p. 1128 ss.; M. DEL TUFO, *Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 938 ss.; G. MOSCHELLA, *La giustizia nell'ordinamento costituzionale europeo*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il Trattato Costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2005, p. 1315 ss.; J. A. E. VERVAELE, *L'europeizzazione del diritto penale e la dimensione penale dell'integrazione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 129 ss.

³ Si ricorda che, a seguito dell'esito negativo del referendum irlandese (12 giugno 2008), in quello Stato il processo di ratifica del Trattato di Lisbona ha subito un arresto.

⁴ Tra le altre v. sentenze della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, *Raccolta*, p. I-5285 ss.; del 27 febbraio 2007, causa C-354/04 P, *Gestoras pro Amnistia e al. c. Consiglio* e causa C-355/04 P, *Segi*, *ivi*, p. I-1579; nonché la sentenza del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, T-306/01, *Ali Yusuf*, *ivi*, p. II-3533 ss.

Va aggiunto che il metodo della mutuazione di regole era già stato sperimentato con successo tra il sistema CECA e quello della CEE. Ad esempio, con riferimento all'individuazione della reale natura di un atto era stato recepito quanto sostenuto dalla Corte di giustizia in relazione alle decisioni CECA, ovvero che la natura dell'atto deve essere individuata sulla base della sua sostanza e non della sua forma e, quindi, con riguardo agli effetti che mira a produrre ed effettivamente produce.

mente utilizzato dalla Corte proprio per ricostruire effetti giuridici non immediatamente desumibili dalla lettera delle disposizioni convenzionali.

Il presente lavoro, pertanto, si pone l'obiettivo di valutare la validità di tale operazione e di esaminarne le conseguenze, al fine di chiarire il reale significato e valore del principio di leale collaborazione nel terzo pilastro e, in prospettiva, di delineare il ruolo che esso sarà chiamato a giocare qualora il Trattato di Lisbona entrasse in vigore.

2. È opportuno rammentare subito che il principio di leale collaborazione, non richiamato espressamente nel suo *nomen juris* in alcuna disposizione di diritto comunitario, è stato elaborato in via giurisprudenziale con riferimento all'art. 10 TCE. Per tal via esso è divenuto uno dei cardini fondamentali del sistema comunitario, nonché un principio strutturale per il buon funzionamento dell'organizzazione ed il raggiungimento degli obiettivi stabiliti, perseguibili unicamente se fra tutte le parti coinvolte si fosse instaurato un reticolo di rapporti basato su una corretta ed adeguata collaborazione⁵.

Infatti, da tempo sono stati superati i limiti insiti in una prima superficiale lettura della disposizione secondo cui il contenuto dell'art. 10 TCE non sarebbe stato molto difforme dal tradizionale obbligo di diritto internazionale (*pacta sunt servanda*) che impone alle parti contraenti di un trattato di rispettare gli impegni assunti e di dare la possibilità alle eventuali istituzioni create in forza del mede-

⁵ Cfr., in particolare: R. MONACO, *Caratteri istituzionali della Comunità economica europea*, in *RDI*, 1958, p. 20 ss.; G. STENDARDI, *I rapporti fra ordinamenti giuridici e delle Comunità europee*, Milano, 1958, p. 60 ss.; M. UDINA, *Sull'efficacia delle norme della Comunità europea nell'ordinamento italiano*, Milano, 1961, p. 127; R. QUADRI, *Commento all'art. 5*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Milano, 1965, p. 51 ss.; V. CONSTANTINESCO, *L'art. 5 CEE. De la bonne foi à la loyauté communautaire*, in *Du droit international au droit de l'intégration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987; M. A. DAUSES, *Quelques réflexions sur la signification et la portée de l'article 5 du Traité CEE*, in *The Dynamics of EC-Law*, Baden-Baden, 1987, p. 229 ss.; J. TEMPLE LANG, *Article 5 of the EEC Treaty: The Emergence of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice*, in *Fordham ILJ*, 1987, p. 503 ss.; O. DUE, *Article 5 du Traité CEE: une disposition de caractère fédéral?*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, II, 1991, p. 23 ss.; P. DURAND, *Le principe de coopération loyale entre les Etats membres et les institutions – Artt. 5 et 6*, in *Commentaire Megret. Le droit de la CEE*, Bruxelles, 1992, p. 25 ss.; K. LENAERTS, *Le devoir de loyauté communautaire*, in *Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, 1996, p. 229 ss.; C. NIZZO, *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *DUE*, 1997, p. 381 ss.; D. RINOLDI, *Commento all'art. 10 del Trattato CE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, p. 115 ss.; F. CARUSO, *Il principio di leale collaborazione: cardine del processo d'integrazione europea*, in G. ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, *Atti del Convegno di Pontignano*, Torino, 2003, p. 18 ss.; C. IANNONE, *Commento all'art. 10 del Trattato CE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004, p. 218 ss.; G. PIZZETTI, *Il principio di leale collaborazione nell'ordinamento comunitario*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, I, Milano, 2006, p. 331 ss.; G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2008, V ed., p. 113 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2008, p. 73 ss.

simo trattato di adempiere alla loro missione⁶. Poiché una simile interpretazione avrebbe conferito all'articolo in esame il significato di ribadire inutilmente che “gli obblighi sono obbligatori”, la giurisprudenza gli ha attribuito, come noto, un ruolo di rilievo per garantire l'effettività, la coerenza e la completezza del sistema istituito dal Trattato⁷. Più in chiaro, l'art. 10 TCE è stato utilizzato per affermare che ogni disposizione del Trattato va interpretata e applicata in modo funzionale al raggiungimento delle sue finalità. E, in tale ottica è stato ritenuto che il principio di leale collaborazione costituisce un principio strutturale dell'ordinamento giuridico comunitario che direttamente o indirettamente, in via esclusiva o incidentale, vincola l'esercizio delle competenze comunitarie e nazionali al rispetto della solidarietà, della cooperazione, della buona fede e della lealtà comunitaria.

Invero, tale disposizione è stata la chiave di volta di fondamentali passaggi della giurisprudenza comunitaria, con riferimento a contesti completamente diversi. La Corte di giustizia ha individuato, quindi, un obbligo generale di cooperazione “il cui contenuto dipende, di volta in volta, dalle disposizioni del Trattato o dai principi che si desumono dalla sua struttura complessiva”⁸.

Va pure notato che la norma in parola è stata ritenuta fondamento di una specifica obbligazione giuridica e che gli sviluppi della prassi ne hanno rilevato altresì un ruolo autonomo di parametro di legittimità⁹. Ed è importante sottolineare che il dovere di leale collaborazione costituisce il giusto corollario di principi cardine come quello del primato e dell'effetto diretto e lo strumento più adeguato per rispondere alle mutate esigenze del processo d'integrazione che hanno richiesto un sincero dovere di lealtà degli Stati membri. In tal modo, alle autorità nazionali è affidato il compito di garantire la perfetta affermazione di una struttura giuridica peculiare che accanto agli Stati riconosce diritti e doveri in capo agli individui.

Dal principio di leale cooperazione deriva, anzitutto, un duplice obbligo in capo agli Stati membri: quello di assumere tutti i comportamenti necessari al perseguimento degli obiettivi comuni predefiniti e quello di astenersi da comportamenti o dall'emanare atti che ne possano pregiudicare il raggiungimento. A

⁶ È stato giustamente osservato che l'art. 10 “afferma, e quindi riconosce, che gli obblighi ‘derivano’ dal Trattato (cioè dagli articoli individualmente o sistematicamente considerati) oppure sono ‘determinati’ dagli atti delle istituzioni comunitarie. Sovrapporre a tali obblighi sussistenti indipendentemente dall'art. 5 [ora art.10], un altro obbligo di osservarli è un vero e proprio assurdo giuridico”, R. QUADRI, *op. cit.*, p. 51 ss.

⁷ La giurisprudenza in tale materia è molto ampia. Al riguardo, cfr. le sentenze richiamate in G. TESAURO, *op. cit.*, p. 113 ss.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1973, causa 2/73, *Geddo, Raccolta*, p. 865.

⁹ Per tal via, è stata censurata la mancata collaborazione degli Stati per il controllo della Commissione sul rispetto del diritto comunitario. Cfr. le seguenti sentenze della Corte di giustizia: del 13 dicembre 1991, causa C-33/90, *Commissione c. Italia, Raccolta*, p. I-5987; del 22 marzo 1994, causa C-375-90, *Commissione c. Spagna, ivi*, p. I-923; del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia, ivi*, p. I-6959; del 13 luglio 2004, causa C-82/03, *Commissione c. Italia, ivi*, p. I-6635.

ben guardare, però, è possibile scomporre entrambi i doveri in obblighi di profilo orizzontale, obblighi di profilo verticale ed obblighi di profilo trasversale¹⁰. Ciò sta a significare, in primo luogo, che non soltanto gli Stati sono chiamati a collaborare tra loro per assicurare la realizzazione degli obiettivi comunitari, ma che lo sono nella stessa misura le istituzioni comunitarie (profilo orizzontale). Inoltre, i due livelli, quello comunitario e quello nazionale, devono lealmente cooperare, perché una fitta ed efficace rete di relazioni e di scambi di informazioni non vincolata da coerenze a modelli rigidi è fondamentale per la ricerca di un equilibrio tra esigenze non sempre in sintonia con gli obiettivi prefissati (profilo verticale). Nel dettaglio, questo tipo di cooperazione investe sia le modalità attraverso le quali gli Stati membri e più precisamente le loro autorità partecipano al processo di formazione delle decisioni dell’Unione europea (profilo verticale ascendente); sia i processi di recepimento di norme comunitarie non complete e, più in generale, i comportamenti e gli atti da porre in essere per la puntuale realizzazione degli scopi del Trattato (profilo verticale discendente). Quanto alle istituzioni dell’Unione europea, su di esse grava l’obbligo di prestare la massima collaborazione agli Stati membri nell’adempimento dei loro doveri, in entrambe le fasi (profilo verticale ascendente e discendente)¹¹.

Infine, non va sottovalutata l’importanza di rapporti trasversali tra istituzioni ed autorità collocate a livelli diversi e con funzioni diverse (ad esempio autorità amministrative ed autorità giurisdizionali) per la realizzazione delle politiche d’integrazione (profilo trasversale).

3. A questo punto è necessario domandarsi se il principio in parola possa essere legittimamente applicato nel più vasto ambito dell’Unione europea e, soprattutto, se possa esservi trasposto in tutte le sfaccettature attribuitegli dalla Corte di giustizia.

In limine, conviene ribadire che nel Trattato UE è assente una disposizione *ad hoc* sul principio di leale collaborazione, né è possibile rinvenire un obbligo di eguale contenuto in una qualsiasi delle disposizioni convenzionali. Va pure considerato che il carattere intergovernativo del terzo pilastro assegna un peso rilevante alla natura pattizia del Trattato UE, di modo che a tale settore vanno applicati in primo luogo i principi e le categorie proprie del diritto internazionale. D’altronde, è generalmente riconosciuto che l’Unione europea affonda proprio nel diritto internazionale le sue radici e con esso mantiene indissolubili legami genetici e funzionali¹². Peraltro, la cooperazione che caratterizza tale set-

¹⁰ Va ricordato che in numerose pronunce la Corte di giustizia ha superato il rigore dell’art. 10 TCE ed ha chiarito che la cooperazione comporta vincoli reciproci. D’altronde, tale interpretazione è stata formalmente ripresa dalla Dichiarazione n. 10 allegata al Trattato di Nizza, in cui è stabilito che la norma in parola regola non soltanto le relazioni tra Stati membri ed istituzioni, ma altresì le relazioni tra le stesse istituzioni.

¹¹ Cfr. F. CARUSO, *op. cit.*

¹² Sembra ancora valida ed appropriata la valutazione espressa da J. BOULOUIS, *La Jurisprudence de la Court de Justice des Communautés Européennes relative au relations extérieures des*

tore, sin dalla sua denominazione, dimostra proprio la natura incompiuta del processo di integrazione in talune materie particolarmente delicate, rispetto alle quali la cooperazione tra gli Stati è rimasta agganciata a modalità di carattere meramente internazionalistico e, in particolare, a decisioni intergovernative. Ciò sottintende significative differenze con il metodo comunitario, ad esempio, in termini di partecipazione delle istituzioni ai procedimenti decisionali e di possibilità di ricorrere a istituti di garanzia, tra cui il sindacato giurisdizionale sulla legittimità degli atti¹³.

In ogni caso, però, il fitto sistema di cooperazione previsto e disciplinato dal titolo VI del Trattato UE, non può prescindere dall'osservanza di regole di condotta che permettano una composizione degli interessi, in un contesto di reciproco rispetto ed in previsione del perseguimento di un fine concordato. In altri termini, occorre riconoscere che la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, esplicitamente prevista come obiettivo dell'Unione europea (art. 2 TUE) è possibile soltanto se e nella misura in cui i due diversi livelli cooperino tra loro costantemente ed efficacemente¹⁴. La realizzazione della collaborazione risponde, cioè, all'esigenza di conseguire un fine unitario che è espressione

Communautés, in *RCADI*, 1978, p. 335 ss.: “la souveraineté [degli Stati membri] continue à faire parti du système communautaire et à son tour et de ce fait celui-ci continue bien d'appartenir au droit international”.

Sul tema dei rapporti tra ordinamento comunitario e diritto internazionale cfr., fra gli altri, P. FOIS, *Sulla questione dei rapporti tra il diritto comunitario e il diritto internazionale*, in *RDIPP*, 1984, p. 5 ss.; C. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit communautaire général*, Paris, 2001; L. SICO, *Ordinamento comunitario e diritto internazionale: un matrimonio ancora non a rischio di scioglimento*, in *DPCE*, 2003, p. 1704 ss.

¹³ Invero, il terzo pilastro è caratterizzato da un diverso e più debole grado di tutela giurisdizionale rispetto al primo. È risaputo che in tale ambito ciò vale particolarmente per la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia. Questa competenza può essere facoltativa, dovendo gli Stati espressamente accettarla mediante una dichiarazione *ad hoc* “all'atto della firma del trattato di Amsterdam o, successivamente in qualunque momento”. Gli Stati possono altresì decidere la portata di tale competenza, limitando alle sole giurisdizioni di ultima istanza, il potere di rivolgersi alla Corte di Lussemburgo, ovvero estendendo tale potere a tutte le giurisdizioni nazionali. È superfluo sottolineare che, in entrambi i casi, il rinvio resta facoltativo e mai obbligatorio. Ed è, dunque, fuori di dubbio che una simile architettura rischi di compromettere l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea. Cfr. L. DANIELE, *Commento all'art. 35*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 142 ss.; F. FERRARO, *Unione Europea e Comunità Europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 6092 ss.

¹⁴ D'altro canto, l'Unione europea rappresenta “una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa”, è “fondata sulle Comunità europee, integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal presente trattato” ed ha il “compito di organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli” (art. 1, 2° e 3° co. TUE). In tal senso si è espresso anche l'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni alla sentenza *Pupino*, cit., punto 33, in cui ha sottolineato: “L'integrazione progressiva, annunciata con la formula della ‘cooperazione sempre più stretta’, si rivela anche negli sviluppi del Trattato sull'Unione il quale, dopo la sua introduzione mediante il Trattato di Maastricht, è stato sempre più saldamente ricollegato alle strutture dell'ordinamento comunitario mediante i Trattati di Amsterdam e Nizza e deve essere integralmente fuso nel detto ordinamento comunitario mediante il Trattato sulla Costituzione europea”.

dell'interesse complessivo degli Stati membri (appunto l'instaurazione di uno spazio comune di sicurezza, libertà e giustizia). Ne consegue che le varie autorità, nell'esercizio delle loro competenze, non possono che agire in *buona fede*, ovvero avere un atteggiamento coerente.

Di qui l'opportunità di definire il giusto legame tra il generale dovere di buona fede, di chiara matrice internazionalistica, che per le ragioni suddette deve trovare *prima facie* applicazione nel settore, ed il principio di leale collaborazione, a cui si è invece ispirata la giurisprudenza¹⁵. Ciò al fine di verificarne le similitudini, ma altresì le differenze.

Il principio di buona fede, come noto, rientra tra i principi generali dell'ordinamento internazionale che hanno carattere materiale, regolamentando direttamente le relazioni internazionali¹⁶. Tale principio, che riguarda tutto l'insieme degli impegni internazionali assunti da uno Stato, viene in rilievo nella pratica qualora si tratti di definire i limiti di competenza nell'esercizio di una determinata funzione¹⁷.

È altrettanto noto che il principio di buona fede è stato codificato dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 e che, in tale contesto, come principio di diritto positivo, si esprime in taluni canoni di comportamento che, a loro volta, costituiscono un parametro di valutazione oggettivo¹⁸.

Sia pure brevemente, va rammentato che, in primo luogo, esso impone agli Stati stipulanti il divieto di atti incompatibili con il trattato *in itinere*¹⁹; ovvero esige un comportamento improntato alle esigenze di razionalità e di non contradd-

¹⁵ Invero, lo stesso giudice lussemburghese ha esplicitamente ricollegato il principio di cui all'art. 10 TCE a quello della buona fede, stabilendo che gli Stati membri e le istituzioni comunitarie, in forza della norma che impone loro “doveri reciproci di leale collaborazione, norma che informa soprattutto l'art. 5 [10] del trattato, devono collaborare in buona fede per superare le difficoltà nel pieno rispetto delle norme del trattato”, sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 1986, causa 52/84, *Commissione c. Belgio, Raccolta*, p. 89.

¹⁶ In tal senso v. il preambolo della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 23 maggio 1969, che sancisce: “i principi del libero consenso e della buona fede e la regola *pacta sunt servanda* sono universalmente riconosciuti”. Inoltre, v. la Dichiarazione relativa ai principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra Stati, in conformità della Carta delle Nazioni Unite, risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 2625 (XXV), del 24 ottobre 1970. Il principio in parola è stato invocato anche dalla Corte internazionale di giustizia che ha riconosciuto in capo agli Stati l'obbligo di negoziare, prima di agire in autotutela, e, in tale sede, di attenersi a comportamenti ispirati al principio di buona fede (v. la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 20 febbraio 1969, relativa alla Piattaforma continentale del Mar del Nord; nonché il parere, dell'8 luglio 1996, sulla Legalità della minaccia o dell'uso di armi nucleari, in *CIJ Rec.*, 1969 e 1977 rispettivamente).

In dottrina, cfr., tra gli altri, R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, III ed., p. 61 ss.

¹⁷ Al riguardo, cfr. R. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Napoli, 1968, V ed., p. 151.

¹⁸ Cfr. S. BARIATTI, *L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *op. cit.*, p. 91 ss.

¹⁹ V. art. 18 della Convenzione di Vienna. In dottrina cfr. T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *La culpa in contraendo nel diritto internazionale*, Napoli, 1983.

dizione. Coticché, gli Stati firmatari di un trattato devono astenersi dal porre in essere comportamenti che privino il trattato del suo oggetto e del suo scopo, almeno fino a quando non abbiano manifestato la volontà a non divenirne parte; lo stesso obbligo grava sugli Stati allorquando abbiano espresso il loro consenso a vincolarsi, nel periodo precedente l'entrata in vigore di un trattato²⁰. In sostanza, tale divieto esprime ed attua l'esigenza di tutelare la correttezza e la chiarezza di comportamento durante la formazione di un accordo che è un'esigenza certamente derivata dal principio di buona fede.

In secondo luogo, gli Stati sono tenuti ad eseguire in buona fede i trattati²¹: cioè, le parti non devono compiere atti di natura tale da rendere impossibile o più difficile la regolare esecuzione di un accordo. Ad esempio, nessuno Stato può esercitare i diritti attribuiti da un trattato, in violazione delle aspettative ingenerate presso le altre parti contraenti attraverso la propria condotta, compromettendo in tal modo l'efficacia delle norme pattizie.

In terzo luogo, il principio di buona fede deve guidare l'interpretazione dei trattati; specificamente l'interprete deve valutare quali diritti e quali obblighi in buona fede le parti abbiano accettato²². Dunque, tale principio impone all'interprete di non dare ai termini usati, qualora siano chiari, un senso diverso dal loro significato ordinario; ed impedisce ad uno Stato di eludere l'applicazione di un trattato adducendo problemi interpretativi di disposizioni sufficientemente chiare²³.

In definitiva, sebbene a tale principio vada riconosciuta efficacia al di là della generica affermazione del suo valore, è pur vero che esso non è di per sé fonte di un obbligo generale ed astratto. Altrimenti detto, non è possibile ravvisare nel principio di buona fede un autonomo dovere giuridico di cooperazione distinto dagli obblighi internazionali di volta in volta rilevanti²⁴.

A questo punto, dovendo tracciare la linea di demarcazione tra il principio di buona fede e quello di leale collaborazione va segnalato che, al di là di una parziale identità di contenuto, rinvenibile nell'obbligo di collaborazione effettiva tra le parti per il raggiungimento di fini prestabiliti, numerose sono le differenze tra i due principi. Innanzitutto, il principio di buona fede trova applicazione tanto nella fase di stipulazione quanto in quella di esecuzione di un accordo; mentre il principio di leale collaborazione viene in rilievo soltanto nella fase di attuazione del Trattato CE. Infatti, il principio di buona fede governa le relazioni tra i membri della comunità internazionale, attraverso regole di condotta che, precisando

²⁰ Cfr. G. STROZZI, *Il Diritto dei Trattati*, Torino, 1999, p. 25 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, VII ed., p. 105 ss.

²¹ L'art. 26 della Convenzione di Vienna sancisce: "Ogni trattato in vigore vincola le parti e deve essere da esse eseguito in buona fede".

²² V. art. 31 della Convenzione di Vienna.

²³ Cfr. G. STROZZI, *op. cit.*, p. 55 ss.

²⁴ Si ricorda che il principio di buona fede viene richiamato, nella Convenzione di Vienna, anche con riferimento alla violazione di una disposizione di diritto interno riguardante la competenza a concludere trattati (art. 46) e con riferimento alle conseguenze della nullità di un trattato (art. 69).

done ed attuandone il contenuto, ne rendono effettivi i comandi; invece, il principio di leale collaborazione impronta di sé relazioni che vanno ben oltre i semplici rapporti intergovernativi e che, come nella realtà comunitaria, sono spinti ad una vera integrazione di sistemi. E, perché questa integrazione si realizzi appieno e si sviluppi, esso impone un sincero dovere di lealtà (*loyauté communautaire*), di fedeltà, di coesione e di reciproca amicizia a tutte le autorità coinvolte. Più precisamente, il principio di leale collaborazione può essere considerato come un principio regolatore concernente i profili del rapporto tra istituzioni comunitarie, istituzioni e Stati membri, Stati membri non disciplinati dal diritto comunitario, ma che pure sono essenziali per il processo integrativo, atteso che in assenza di una leale collaborazione potrebbe risultare vanificato il fine stesso perseguito dalle norme comunitarie.

Ed ancora: il principio di buona fede informa di sé esclusivamente le relazioni che traggono origine dalle clausole di un trattato, mentre il principio di leale collaborazione si estende dalle disposizioni materiali del trattato a tutti gli obblighi “determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità” (art. 10, 1° co., TCE).

La differenza è ancora più netta quanto agli effetti dei due principi, in particolare per l’interpretazione estensiva operata dalla giurisprudenza comunitaria in relazione all’art. 10 TCE. Invero, gli effetti del principio di buona fede derivano direttamente dalle disposizioni convenzionali rilevanti e si esauriscono nello specifico contesto di riferimento. Viceversa, il principio di leale collaborazione adempie “un’importantissima funzione interpretativa in quanto, vincolando gli Stati membri ai ‘compiti’ delle istituzioni comunitarie ed agli ‘scopi’ del Trattato (...) senza far riferimento a disposizioni particolari” chiarisce le indicazioni ricavabili dalla “decisione politica che anima l’istituzione come realtà essenzialmente dinamica”²⁵. In altri termini, tale principio comporta (congiuntamente al principio dell’effetto utile) che ogni disposizione vada interpretata ed applicata in maniera tale da ricavarne tutti gli effetti idonei a farle conseguire, nel modo più completo ed efficace, il proprio obiettivo. Per di più, la leale collaborazione, come espressione di un obbligo autonomo, afferma che la sovranità degli Stati membri debba conciliarsi con la solidarietà su cui il sistema comunitario si fonda.

Da quanto detto discende chiaramente che, in seno all’Unione europea, il principio di leale collaborazione non è idoneo a produrre tutte le conseguenze che ne sono derivate nel diverso contesto comunitario. In estrema sintesi, è possibile affermare che l’applicazione del principio di leale collaborazione ha una diversa gradazione a seconda dell’ambito cui è fatto riferimento. Sicché, nel pilastro comunitario si è registrato e si continua a registrare un uso frequente ed ampio del principio con diversa portata e diversi significati, proprio in ragione dell’elevato livello di integrazione che esso implica in quel contesto e che lo stesso contesto favorisce. Viceversa, è da escludere ogni sua applicazione

²⁵ Cfr. R. QUADRI, *Commento all’art. 5*, cit., p. 54.

nell'ambito del secondo pilastro, poiché la politica estera e di sicurezza comune è – e rimarrà, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di riforma – caratterizzata dal metodo della cooperazione intergovernativa che, come risaputo, affida essenzialmente alla volontà degli Stati l'adozione di ogni decisione. Di conseguenza, sembra lecito sostenere che, in tale pilastro, le relazioni non sono ispirate al principio di leale collaborazione, quanto piuttosto ad un generale dovere di buona fede.

Infine, nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, il principio di leale collaborazione può emergere con riferimento sia ad una norma diretta a disciplinare il comportamento degli Stati e delle istituzioni dell'UE sia ad una norma concernente la tutela dello svolgimento di un determinato procedimento. Tuttavia, non è possibile assegnargli un rilievo autonomo e completamente indipendente dalla volontà manifestata dagli Stati nella fissazione degli adempimenti derivanti dal Trattato. In realtà, proprio perché si tratta di un contesto governato da un diverso livello di integrazione, gli Stati sono sì chiamati a cooperare lealmente e proficuamente, ma ogni decisione resta ancorata alle loro scelte espressamente indicate in sede di redazione del testo convenzionale. Vale a dire che in questo settore il principio assume una valenza intermedia: più *soft* di quella attribuitagli nel primo pilastro, più incisiva rispetto al secondo.

4. Poste le premesse fin qui enunciate, è tempo di analizzare nello specifico il rilievo che il principio di leale collaborazione assume nel terzo pilastro; rilievo che è stato valorizzato grazie agli interventi degli organi giurisdizionali dell'Unione europea. Adoperando la stessa distinzione elaborata in relazione alla sua attuazione nel primo pilastro, esso comporta, anzitutto, quale obbligo di profilo verticale, di facilitare l'Unione europea nell'assolvimento dei suoi compiti.

Sicché, il principio consente, nell'esecuzione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea adottati nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, di modulare, a seconda delle esigenze, i rapporti e gli interventi delle istituzioni dell'Unione europea e degli Stati membri²⁶.

Nel dettaglio, è fatto obbligo agli Stati membri di conformarsi, nella loro azione interna ed esterna, all'orientamento dell'Unione esplicitato in posizioni comuni; di trasporre le decisioni-quadro nei termini da esse stabiliti; di rispettare le decisioni; di adottare le convenzioni secondo le proprie regole costituzionali (art. 34, par. 2 TUE). A tal proposito, la Corte di giustizia ha avuto modo di precisare: “Una posizione comune obbliga gli Stati membri a conformarvisi, in forza del principio di leale cooperazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea”²⁷. Così, il

²⁶ Cfr. M. CONDINANZI, *Fonti del “terzo pilastro” dell'Unione europea e ruolo della Corte Costituzionale*, in *DUE*, 2007, p. 513 ss.

²⁷ V. sentenze *Segi e Gestoras pro Amnistia*, cit., punto 52.

giudice lussemburghese rifacendosi ad una consolidata giurisprudenza elaborata con riferimento al primo pilastro, dichiara che, anche nell’ambito del terzo pilastro, il principio di leale collaborazione configura anzitutto un dovere continuo degli Stati membri di adoperarsi per rendere effettiva l’applicazione della normativa comunitaria di rango primario e derivato.

Sempre nei rapporti tra Unione europea e Stati membri, il principio di leale collaborazione viene in rilievo nei rapporti tra l’Ufficio europeo di polizia (Europol) e le forze di polizia, le autorità doganali e le altre autorità competenti nazionali che sono tenute a collaborare per prevenire e reprimere la criminalità, il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga ed armi, la corruzione e la frode. Infatti, Europol è chiamato ad agevolare, sostenere e promuovere “il coordinamento e l’effettuazione di specifiche operazioni investigative”, nonché le azioni operative di unità miste con il supporto di suoi rappresentanti. Ed, ancora, a organizzare lo scambio ed il trattamento delle informazioni, comprese quelle relative a transizioni finanziarie sospette (art. 30 TUE).

Neppure, va dimenticata l’Unità europea di cooperazione giudiziaria (Eurojust), che deve contribuire al coordinamento delle autorità giudiziarie nazionali responsabili dell’azione penale e partecipare alle indagini relative ai crimini transnazionali (art. 31, par. 1 TUE).

Ricalcando quanto stabilito dalla Corte con riferimento all’ambito comunitario, è dato affermare che il dovere di leale collaborazione comporti l’obbligo di facilitare le due agenzie (Europol ed Eurojust) nell’assolvimento dei loro compiti (ad esempio, provvedendo a che le autorità incaricate dell’applicazione della legge trasmettano tutte le pertinenti informazioni sulla criminalità non appena ne vengano a conoscenza, favorendo le attività di controllo e partecipando attivamente alle indagini). In tale ottica, è possibile inquadrare la stretta cooperazione sviluppatasi tra la Rete giudiziaria, Europol e gli Stati membri, in materia di coordinamento delle indagini su gravi fenomeni di criminalità organizzata transnazionale, non espressamente previsti dall’art. 29, 2° co., TUE (a titolo esemplificativo, la lotta all’immigrazione clandestina). Le nuove forme di cooperazione hanno determinato un allargamento della competenza e della specifica responsabilità della Rete giudiziaria europea verso nuovi modelli di cooperazione internazionale riguardante le forme di criminalità.

Va rammentato che l’esigenza di creare un’adeguata rete di rapporti tra le diverse autorità, sotto il profilo sostanziale e procedurale penale, era stata già avvertita prima dell’entrata in vigore del Trattato di Maastricht²⁸. Difatti, il giudice di Lussemburgo aveva avuto modo di sottolineare che l’art. 10 TCE obbliga “gli Stati membri ad adottare tutte le misure atte a garantire, se necessario anche penalmente, la portata e l’efficacia del diritto comunitario”, ma aveva precisato altresì che “tale obbligo di leale collaborazione, che incombe alle istituzioni

²⁸ Cfr. S. RIONDATO, *Profili processual-penalistici di influenza del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 1123 ss.

comunitarie, assume una particolare importanza ove sorga con le autorità giudiziarie degli Stati membri incaricate di vigilare sull'applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale"²⁹. E sulla base di tali considerazioni, lo stesso giudice aveva ingiunto alla Commissione di trasmettere, nel più breve tempo possibile, taluni documenti che teneva come riservati al giudice interno che invano li aveva richiesti³⁰.

Quanto agli obblighi di profilo orizzontale, essi interessano sia le relazioni tra le istituzioni dell'Unione europea sia quelle tra le autorità nazionali competenti in materia. In tal ottica, ad esempio, l'art. 31, par. 2, lett. c) TUE, sancisce espressamente che Eurojust e la Rete giudiziaria europea devono agire in stretta cooperazione per facilitare l'esecuzione delle rogatorie e delle domande di estradizione. Mutuando le statuizioni della Corte relative ai rapporti tra le istituzioni comunitarie, diventa importante ricordare l'accordo di stretta collaborazione, firmato il 9 giugno 2004, tra Europol ed Eurojust diretto a potenziare il coordinamento tra le due agenzie per operazioni transfrontaliere e per indagini penali complesse relative a reati gravi e alla criminalità organizzata. Né minor rilievo assume la fitta trama di relazioni tra Eurojust, la Rete giudiziaria europea e l'Olaf (Ufficio europeo per la lotta antifrode) per combattere le violazioni contro gli interessi finanziari dell'Unione europea.

Molto più puntuali gli obblighi individuati a carico delle autorità degli Stati membri. Invero, la condivisione di principi comuni ha facilitato, nell'ambito della cooperazione di polizia, il coordinamento dell'esercizio delle autorità competenti, compresi la polizia, le dogane e altri servizi specializzati e, nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, la collaborazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie³¹. Ancora una volta, la leale collaborazione sembra esprimersi nel dovere di eliminare ogni ostacolo di carattere pratico che l'adempimento dei compiti assegnati viene a incontrare: ostacoli dovuti a vari motivi, non ultima una scarsa collaborazione da (e tra) le autorità di polizia statali.

Infine, merita di fermarsi un momento a riflettere sul ruolo che il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni attualmente riveste nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia; giacché, nell'ottica della buona amministrazione della giustizia e della protezione della società dal crimine, esso ne è divenuto il cardine principale. È evidente che il reciproco riconoscimento delle decisioni costituisce l'espressione più raffinata ed elaborata del principio di leale collaborazione, in quanto l'intero meccanismo poggia su un elevato grado di fiducia tra gli Stati membri e su una diffusa solidarietà tra di essi. Infatti, il reciproco rico-

²⁹ Ordinanza della Corte di giustizia del 13 luglio 1990, *Zwartveld*, causa 2/88 Imm, *Raccolta*, p. I-3365.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères SA contro Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, *Raccolta*, p. I-9011.

³¹ Tale obbligo è stato ribadito anche dalla Corte di giustizia nella sentenza del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten vaar de Wereld VZW*, *Raccolta*, p. I-3633 ss., punto 33.

noscimento comporta che una decisione presa da uno Stato sarà accettata come equivalente a quella che avrebbe adottato l'autorità competente dello Stato di esecuzione sulla base dell'equivalenza e della reciproca fiducia, vale a dire in presenza soltanto di garanzie procedurali e di principi fondamentali dei diversi sistemi repressivi statali³². Soltanto a titolo esemplificativo, si segnala la decisione-quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri³³, massima espressione dell'assistenza in campo giudiziario. Conformemente al principio del reciproco riconoscimento, con essa vengono attribuiti all'istituto del mandato d'arresto (istituto tradizionale del diritto processuale penale nazionale), in alcuni casi e nel rispetto di determinate condizioni, effetti transfrontalieri. Specificatamente, si tratta della decisione emessa da un giudice in vista dell'arresto e della consegna di una persona ricercata da parte di un'autorità giudiziaria straniera ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena. La disciplina posta dalla decisione-quadro armonizza le modalità e i contenuti di tale decisione, i modi e i tempi dell'emissione e dell'esecuzione del mandato, i motivi della non esecuzione, nonché le garanzie a tutela della persona detenuta nel corso del procedimento e gli effetti della consegna.

Insomma, il reciproco riconoscimento configura un modello che va al di là delle classiche forme di cooperazione tra Stati ed assicura la corretta esecuzione delle decisioni in materia penale al di fuori dello Stato in cui sono state rese sia estendendo ad esse gli effetti giuridici dello Stato in cui viene data esecuzione sia garantendo gli effetti stabiliti dallo Stato della medesima decisione.

5. Il dovere di cooperare investe tutti i settori in cui ha incidenza il diritto dell'Unione europea e, di conseguenza, vincola indistintamente tutti gli organi

³² Il 15 e 16 ottobre 1999, nella riunione straordinaria del Consiglio europeo di Tampere, fu affermato che il principio del reciproco riconoscimento doveva diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Precisamente: “Il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione tra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli”.

In dottrina: L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e Affari interni nell'Unione Europea. Il Terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996, p. 140 ss.; S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, p. 69 ss.; F. ANTOISEI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2003, XVI ed., p. 732 ss.; v. anche, tra i numerosi contributi raccolti nel volume di M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGÈ, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, 2003, quelli di M. DELMAS-MARTY, *A la recherche d'un langage commun*, p. 374 ss.; A. ESER, *Comparative Typology of Convergences and Divergences*, p. 379 ss.; E. BACIGALUPO, *L'exécution des peines*, p. 417; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Faisabilité de l'harmonisation. Tentative de modélisation*, p. 429; A. BERNARDI, *Opportunité de l'harmonisation*, p. 451 ss.; K. NUOTIO, *Reasons for Maintaining the Diversity*, p. 465 ss.; E. GINDRE, *La légitimité au regard des sources du droit*, p. 473 ss.

³³ In *GUCE* L 190, 18 luglio 2002.

dello Stato, dal legislatore al giudice, alla pubblica amministrazione. Per tal via, ogni articolazione statale è chiamata a garantire il rispetto delle disposizioni dell'Unione e a perseguire gli obiettivi prefissati dal Trattato.

Il ruolo più significativo è certamente quello attribuito al giudice nazionale³⁴. Come ha osservato l'Avvocato generale Mengozzi, nelle conclusioni alle cause *Gestoras Pro Amnistia e Segi*, dall'applicazione del principio di leale collaborazione, discende che “anche nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione spetta agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva ed ai loro giudici interpretare e applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l'esercizio delle azioni in maniera da garantire tale tutela”³⁵. E, nelle relative sentenze, la Corte ha confermato che è compito degli organi giurisdizionali degli Stati interpretare ed applicare le norme procedurali nazionali che regolano l'esercizio delle azioni, così “da consentire alla persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giurisdizionale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'elaborazione o all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'Unione europea”³⁶. Inoltre, nelle conclusioni al caso relativo alla validità della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, *Advocaten voor de Wereld*, l'Avvocato generale Colomer, pur non richiamando espressamente il principio di leale collaborazione, ha ritenuto che in un contesto basato sulla fiducia reciproca la “normativa comune fa leva sulla giurisdizione dei tribunali nazionali per perseguire i reati cui si riferisce”³⁷.

Non vi è dubbio alcuno, quindi, che le giurisdizioni nazionali siano chiamate a tutelare i diritti che i singoli vantano in forza di atti adottati in tale ambito che siano stati correttamente e tempestivamente trasposti.

Nondimeno, suscita più di una perplessità l'atteggiamento assunto dal giudice di Lussemburgo che, grazie al principio di leale collaborazione, ha proceduto ad una graduale assimilazione degli atti del terzo pilastro al regime giuridico che governa gli atti comunitari, facendo derivare a carico dei giudici nazionali i relativi obblighi. È noto, infatti, che nella sentenza *Pupino*³⁸ la Corte ha sollecitato – questa la *ratio decidendi* – l'immediata vincolatività delle decisioni-quadro in sede ermeneutica. Infatti, essa ha utilizzato in relazione alle decisioni-quadro – nei caratteri simili alle direttive – il principio di interpretazione conforme che, come noto, porta a risultati non dissimili da quelli connotati all'idoneità della norma a produrre un effetto diretto negli ordinamenti nazionali³⁹. In tal modo, è stato ridotto lo scarto tra le diverse tipologie normative

³⁴ Cfr., in particolare, C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 213 ss.

³⁵ Cfr. punti 105-107.

³⁶ Sentenze *Gestoras Pro Amnistia e Segi*, cit., punto 56.

³⁷ Conclusioni del 12 settembre 2006.

³⁸ Sentenza *Pupino*, cit., conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, punti 22-27, 32-33.

³⁹ Nello specifico, la Corte ha dichiarato: “Occorre subito rilevare che la formulazione dell'art. 34, n. 2, lett. b), UE è strettamente ispirata a quella dell'art. 249, terzo comma, CE. L'art. 34, n. 2,

e la decisione-quadro ha ricevuto un sensibile potenziamento (un’*autentica upgradation*), giacché il Trattato espressamente sancisce che tali atti non hanno efficacia diretta⁴⁰.

La portata di tale decisione, che trova la sua motivazione nella delicatezza della fattispecie⁴¹, va valutata sotto due profili tra loro strettamente collegati.

Primo profilo. Il giudice comunitario ha utilizzato l’elaborata costruzione giurisprudenziale relativa al principio di leale collaborazione per aggirare l’espressa dichiarazione di non efficacia diretta delle decisioni-quadro. Difatti, ha affermato che “sarebbe difficile per l’Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il principio di leale cooperazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l’esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell’Unione europea, non si imponesse anche nell’ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che è del resto interamente fondata sulla cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni”⁴². E subito dopo ha fatto derivare dalla corretta applicazione di tale principio l’obbligo per il giudice nazionale di interpretazione conforme del diritto nazionale “alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all’art. 34, n. 2, lett. b), TUE”⁴³.

lett. b), UE attribuisce un carattere vincolante alle decisioni quadro nel senso che queste ultime ‘sono vincolanti’ per gli Stati membri quanto al risultato da raggiungere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi”. Ed ha aggiunto: “Il carattere vincolante delle decisioni quadro, formulato in termini identici a quelli dell’art. 249, terzo comma, CE, comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale” (sentenza *Pupino*, punti 33-34).

⁴⁰ Cfr. V. MANES, *L’incidenza delle «decisioni-quadro» sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150 ss.

⁴¹ Si ricorda che nell’ambito di un processo penale a carico della sig.ra Maria Pupino, maestra in una scuola materna, veniva contestato il reato di “abuso dei mezzi di disciplina” ai sensi dell’art. 571 c.p. italiano e di lesioni aggravate ex articoli 582, 585 e 576 c.p., per aver maltrattato e percorso alcuni suoi studenti di età inferiore ai cinque anni. A causa della peculiarità della situazione delle vittime, il pubblico ministero chiedeva di poter ascoltare otto bambini, essendo questi ultimi vittime e testimoni dei fatti accaduti, attraverso la forma dell’incidente probatorio. In tal modo sarebbe stata garantita una maggiore tutela degli interessi delle vittime, ascoltate secondo modalità particolari, e sarebbe stata assicurata sia la tutela della dignità, del pudore e della personalità del teste, sia la genuinità della prova. Va rammentato che ai sensi dell’art. 392, 1° co. c.p.p. si può assumere una testimonianza nella fase delle indagini preliminari se vi è “fondato motivo di ritenere” che la persona che deve rendere la testimonianza “non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento”. Inoltre, il co. 1 *bis* della norma in parola, stabilisce che nei procedimenti concernenti reati a sfondo sessuale il p.m. o la persona sottoposta alle indagini “possono chiedere si proceda con incidente probatorio all’assunzione della testimonianza di persona minore degli anni sedici, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1”.

⁴² Cfr. sentenza *Pupino*, cit., punto 42.

⁴³ Cfr. sentenza *Pupino*, cit., punto 43. La soluzione prospettata dalla Corte di giustizia nella sentenza in parola è stata seguita da alcune corti nazionali. Infatti, un primo espresso richiamo si è avuto ad opera delle Sezioni unite della Cassazione penale (sentenza del 30 gennaio 2007, n. 4615, *Ramoci*, in *Foro it.*, 2007, II, c. 137): “Anche per le decisioni-quadro vale tuttavia la regola della ‘interpretazione conforme’ analogamente a quanto previsto dall’articolo 10 CE per gli stru-

Secondo profilo. Il giudice comunitario ha fondato il suo ragionamento sull'assimilazione tra le direttive e le decisioni-quadro⁴⁴: è di palmare evidenza che tale analogia, praticabile per quanto riguarda la struttura dei due atti (contenuto generale e efficacia vincolante per gli Stati quanto al risultato da ottenere, salva restando la scelta per quanto concerne i mezzi), non possa essere estesa agli aspetti procedurali⁴⁵. Neppure va dimenticato che la possibilità di produrre effetti diretti per le direttive, in presenza di specifiche condizioni (mancata attuazione, scadenza del termine, contenuto dettagliato ed incondizionato), è stata il frutto di un'interpretazione del giudice comunitario, giustificata dalla necessità di garantire l'effettività e l'omogeneità dell'integrazione comunitaria sul piano legislativo negli Stati membri. Nondimeno, la situazione è sostanzialmente diversa quanto all'esercizio della giurisdizione penale, ambito tutt'ora ampiamente riservato alla sovranità degli Stati⁴⁶.

A conferma di un atteggiamento diretto a trasferire posizioni assunte in relazione a fonti comunitarie al terzo pilastro, nelle sentenze *Gestoras Pro Amnistia* e *Segi* la Corte di giustizia ha riconosciuto, al giudice nazionale, la possibilità di sottoporle un quesito pregiudiziale relativo alla validità o all'interpretazione di una posizione comune – atto non annoverato ai sensi dell'art. 35 TUE tra quelli per i quali è previsto il rinvio –, qualora tale atto fosse idoneo a produrre effetti

menti comunitari (tra molte, Corte di giustizia sentenza 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino). Essa comporta che il giudice nazionale deve prendere in considerazione il diritto interno nel suo complesso per valutare se la norma considerata possa essere interpretata in senso conforme al risultato perseguito dalla decisione-quadro, con l'unico evidente limite dell'impossibilità della interpretazione *contra legem* del diritto interno, nei casi di accertata incompatibilità tra questo e la decisione-quadro". In tal senso, anche, la House of Lords (Opinions of the Lords of Appeal, del 28 febbraio 2007, causa *Dabass c. High Court of Justice*, www.publications.parliament.uk, reperibile *on line*) e la Corte costituzionale della Repubblica Ceca, sentenza del 3 maggio 2006 (www.concourt.cz, reperibile *on line*).

⁴⁴ Cfr. R. CALVANO, *Il caso Pupino: ovvero dello stravolgimento del quadro concettuale dei rapporti tra diritto interno (penale) ed europeo, e tra diritto UE e diritto comunitario* (www.associazionedeicostituzionalisti.it, reperibile *on line*).

⁴⁵ Al riguardo, va ricordato che – ai sensi dell'art. 34, 2° co., TUE –, le decisioni-quadro sono adottate all'unanimità dal Consiglio su iniziativa degli Stati o della Commissione. È prevista la consultazione del Parlamento che può formulare il proprio parere entro il termine di tre mesi o altro termine maggiore fissato dal Consiglio, decorso il quale, quest'ultimo può deliberare in assenza del parere richiesto (art. 39 TUE). Sono evidenti le sostanziali differenze che distinguono questa procedura da quelle che disciplinano l'adozione degli atti del primo pilastro sancite dagli articoli 251 e 252 TCE.

⁴⁶ In tal senso cfr. S. CAMPAILLA, *Per la Corte l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale sussiste anche in relazione alle decisioni-quadro ex art. 34, par. 2, UE* (Corte di Giustizia delle Comunità europee. Sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Maria Pupino*), in *Innovazione e Diritto*, 2006, n. 6 (www.innovazionediritto.it, reperibile *on line*). V., altresì, P. SALVATELLI, *La Corte di Giustizia e la «comunitarizzazione» del «terzo pilastro»*, in *Q. cost.*, 2005, p. 887 ss.; G. ARMONE, *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea: quale futuro*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 587 ss.; F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme «sconfina» nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in questa *Rivista*, 2006, p. 157 ss.

giuridici nei confronti dei terzi⁴⁷. Questa soluzione non fa una piega, sul piano logico⁴⁸. Solo che, a volerla avallare, si condividerebbe un’interpretazione della disposizione incompatibile con la sua formulazione testuale e, quindi, in contrasto in maniera radicale con l’espressa volontà degli Stati.

Mette conto sottolineare, però, che grazie all’applicazione del principio di leale collaborazione è stato possibile garantire un’adeguata protezione alle situazioni giuridiche individuali nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, a fronte di un sistema di tutela giurisdizionale incompleto, soprattutto se paragonato a quello comunitario⁴⁹.

Va altresì notato che, a bilanciare l’orientamento eccessivamente spinto ad una comunitarizzazione *de facto* del terzo pilastro, la Corte, nelle suddette sentenze, ha precisato che il sistema attualmente vigente può essere modificato soltanto dagli Stati membri attraverso la procedura di revisione sancita dall’art. 48 TUE⁵⁰. Pure, ha aggiunto che la mutazione di principi del pilastro comunitario incontra un limite logico-formale, in quanto non può spingersi fino ad un’interpretazione *contra legem* del Trattato UE⁵¹.

Al di là di tali importanti precisazioni, va rilevato, per quanto qui interessa, che, sebbene nelle decisioni sommariamente esaminate il giudice comunitario si sforzi di rispettare la natura intergovernativa del terzo pilastro, egli comunque mutua, senza sforzarsi di adattarlo ai caratteri del settore, il principio di leale collaborazione in tutta la sua portata, attribuendogli così un effetto autonomo e indipendente rispetto alle disposizioni pattizie. Infatti, alla sentenza *Pupino* hanno fatto seguito altre pronunce della Corte, le quali hanno confermato che i principi di leale cooperazione e di interpretazione conforme possono essere, per

⁴⁷ Sentenze *Gestoras Pro Amnistia e Segi*, cit., punto 53 ss. Cfr. M. E. BARTOLONI, *La tutela giurisdizionale nell’ambito del secondo e del terzo pilastro UE: in margine alla pronuncia Segi*, in *Q. cost.*, 2005, p. 170 ss.; C. MORVIDUCCI, *Unità del sistema e articolazione in pilastri nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007; S. PEERS, *Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments*, in *CML Rev.*, 2007, p. 883 ss.

⁴⁸ Tale orientamento si basa su una giurisprudenza risalente, la cui prima formulazione si è avuta nella sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, *Raccolta*, p. 263 ss. V., anche, sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 1997, causa C-57/95, *Francia c. Commissione*, *ivi*, p. I-1627 ss.

⁴⁹ È noto che il sistema di tutela giurisdizionale di cui all’art. 35 TUE non prevede alcuna azione diretta dei privati né per contestare la legittimità degli atti o la carenza delle istituzioni, né per ottenere un risarcimento dei danni da essi subiti. Invero, i rimedi azionabili dinanzi alla Corte sono il rinvio pregiudiziale (art. 35, paragrafi 1, 2 e 3 TUE), il ricorso per annullamento (art. 35, par. 6 TUE) e la risoluzione delle controversie tra Stati membri o tra questi e la Commissione (art. 35, par. 7 TUE). Nondimeno, tali azioni presentano difformità sostanziali con quelle analoghe del primo pilastro.

⁵⁰ Sentenze *Gestoras Pro Amnistia e Segi*, cit., punto 50.

⁵¹ Sentenze *Gestoras Pro Amnistia e Segi*, cit., punto 60. In dottrina cfr., anche, F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008, p. 161 ss.

così dire, assorbiti nel terzo pilastro e, conseguentemente, elevati al rango di principi generali e unitari dell'Unione⁵².

In realtà, la Corte, valorizzando il ricorso al principio di leale collaborazione, si è ingegnata a fare un passo in avanti sulla via della comunitarizzazione della materia collocandosi adeguatamente nella prospettiva di riforma dei Trattati, a cui sembra aver offerto in tal modo il suo prezioso contributo.

6. Prima di concludere va osservato, infatti, che, allorché entrerà in vigore il Trattato di Lisbona (Trattato sull'Unione europea e Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), il terzo pilastro sarà ufficialmente “comunitarizzato”, con qualche residua differenza procedimentale e di controllo giurisdizionale⁵³. Ciò sta a significare che la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia (capo 4 e capo 5 del titolo V TFUE, “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”) saranno sottoposte ai medesimi principi validi per l'intero sistema dell'Unione europea. Tra questi, il principio di leale collaborazione, trasfuso nell'art. 4 TUE che, codificando la cospicua giurisprudenza in materia, invita entrambi i livelli ad agire in uno schema di cooperazione ed ausiliarietà⁵⁴.

Ma vi è di più. La comunitarizzazione del terzo pilastro avrà un'altra conseguenza importante: il reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie diviene fondamento della cooperazione in materia penale insieme al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (art. 82 TFUE). Ancorché si tratti soltanto della codificazione di un orientamento e di una prassi oramai consolidata, risulta evidente che la scelta si basa sulla valutazione del vantaggio e della semplicità insiti in uno strumento – non esclusivo – che, senza comportare l'abolizione delle difformità legislative, ne sopprime gli effetti ostativi rilevanti⁵⁵. Peraltro, viene espressamente sancito che il reciproco riconoscimento sarà assicurato mediante l'adozione di misure, secondo la procedura ordinaria. Ed ecco allora che con ammirevole disinvoltura il cerchio si chiude: l'adozione di misure – *rectius* regolamenti, direttive e deci-

⁵² Cfr., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2008, causa C-404/07, *Katz*.

⁵³ Cfr., soprattutto, M. G. GARBAGNATI KETVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i “pilastri” dell'Unione europea?*, in *DUE*, 2007, p. 395 ss.; F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il “Terzo pilastro” dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, *ivi*, p. 773 ss.

⁵⁴ L'art. 4 del nuovo TUE sancisce al par. 3: “In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione”.

⁵⁵ Cfr. F. CARUSO, *Unificazione del diritto, diritto uniforme e ravvicinamento delle legislazioni nella CEE*, in *Appendice N.mo DI*, 1987; dello stesso autore, *Armonizzazione dei diritti e delle legislazioni nella Comunità europea*, in *EG, Aggiornamento II*, 1994; nonché *Commento agli articoli 94-97*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 651 ss.

sioni – convaliderà appunto l’orientamento della Corte, estendendo legittimamente all’intero sistema il ricorso a principi e regole elaborati in ambito comunitario.

Abstract

The Third Pillar of the European Union between Good Faith and Sincere Cooperation

This article – focused on the general principle of sincere cooperation (or principle of loyalty) – stems from Article 10 of the Treaty establishing the European Community. The paper aims to ascertain the role of this principle in the Third Pillar, starting from its international character. In particular, this analysis aims to evaluate the effectiveness of this principle in the field of police and judicial cooperation in criminal matters, and to verify its consequences, in order to clarify the real meaning and the value of the principle of loyalty in the Third Pillar and to outline the role that it will have if the Lisbon Treaty comes into force.

Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia

SOMMARIO: 1. Evoluzione della cooperazione pregiudiziale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG). – 2. Pregiudiziale comunitaria e dovere di cooperazione tra giudici nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. L'attuale non omogeneità nelle competenze pregiudiziali della Corte comunitaria nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. – 4. La proposta della Commissione europea per una omogeneizzazione del rinvio *ratione personae*. – 5. La nuova procedura d'urgenza della Corte di giustizia per l'intero SLSG. – 6. *Segue*: le innovazioni caratterizzanti la procedura. – 7. *Segue*: le finalità della procedura. – 8. La procedura d'urgenza nell'ambito delle previsioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. – 9. *Segue*: prime applicazioni giurisprudenziali. – 10. Conclusioni

1. Il rinvio pregiudiziale rappresenta il meccanismo di interpretazione del diritto comunitario¹, oltre a costituire il principale strumento di cooperazione giudiziaria e dialogo tra giudici comunitari e magistrature nazionali²; garantisce

¹ Per una analisi dei meccanismi e del ruolo del rinvio pregiudiziale, v. M. DARMON, *Réflexions sur le recours préjudiciel*, in *CDE*, 1995, p. 577 ss.; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996; G. VANDERSANDEN, *La procédure préjudicielle: à la recherche d'une identité perdue*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, I, Bruxelles, 1999, p. 619 ss.; M. BAPTISTA, *Manuale del rinvio pregiudiziale* (traduzione italiana a cura di G. CARPANELLO), Padova, 2000; P. IVALDI, *Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive*, in *Com. St.*, XXIII, 2002, p. 233 ss.; B. NASCIBENE (a cura di), *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano, 2003; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, spec. p. 407 ss. Per un approfondimento sulla specifica pregiudiziale di validità v. A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997.

² Principio costantemente ribadito dalla giurisprudenza della Corte. Si vedano, ad esempio, le sentenze del 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e 197/89, *Dzodzi*, *Raccolta*, p. I-3793, punto 33; del 12 marzo 1998, causa C-314/96, *Djabali*, *ivi*, p. I-1149, punto 17, e del 5 febbraio 2004, causa C-380/01, *Schneider*, *ivi*, p. I-1389, punto 20.

l'evoluzione del sistema e la sua uniforme applicazione, nonché la protezione giudiziaria effettiva dei diritti. Quasi la metà delle cause davanti alla Corte di giustizia è di tipo pregiudiziale³. L'evoluzione di questo strumento merita un approfondimento in relazione alle modalità d'interazione fra giudici nazionali e giudice comunitario, in ottica sia istituzionale che giurisprudenziale.

Dal punto di vista procedurale è noto come, sin dai primi anni '70, la disciplina ordinaria del rinvio pregiudiziale, che prevede notoriamente l'obbligo di rinvio solo per i giudici di ultima istanza⁴ lasciando agli altri valutazione facoltativa sul punto, sia stata affiancata da procedure ulteriori⁵ in relazione all'interpretazione di alcune convenzioni c.d. "comunitarie"⁶, stipulate dagli Stati membri sulla base giuridica dell'art. 293 TCE. In particolare, il protocollo di Lussemburgo del 1971⁷, relativo alla Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale⁸, prevedeva l'obbligo di rinvio per i giudici di ultima

³ L'ultima Relazione annuale sull'attività della Corte, del 2007, evidenzia come nel periodo 2000-2007 circa il 45% delle cause promosse e definite dalla Corte di giustizia ineriva questioni pregiudiziali. Relazione annuale 2007, Sezione C, Statistiche giudiziarie, pp. 84 e 89, disponibile *on line* sul sito della Corte.

⁴ Per le evoluzioni giurisprudenziali sul punto avviate dalla sentenza *Foto-Frost*, v. *infra*, par. 3.

⁵ Per una panoramica generale sulle diverse procedure relative al rinvio pregiudiziale si veda G. GAJA, *The Growing Variety of Procedures Concerning Preliminary Rulings*, in D. O'KEEFFE, A. BAVASSO (eds.), *Judicial Review in European Union Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, II, The Hague-London-Boston, 2000, p. 143 ss.

⁶ Si ricordi però l'ampio dibattito in dottrina in riferimento alla possibilità di qualificare la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali come convenzione "comunitaria": in senso negativo si vedano, *ex multis*, R. BARATTA, *Sull'adattamento del diritto interno alla Convenzione di Roma*, in T. BALLARINO (a cura di) *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione*, Milano, 1994, p. 140 ss.; L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000 p. 58 ss.; U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000, II ed., p. 8 ss. Per una diversa opinione, tendente a riqualificare la Convenzione di Roma in convenzione stabilita sulla base dell'art. 293 (ex 220), si veda P. E. PARTSCH, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Bruxelles, 2003.

⁷ Protocollo relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (riprodotto in F. POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 1995, III ed., p. 73 ss.). Una versione consolidata è pubblicata in *GUCE C 27*, 26 gennaio 1998, p. 28 ss. In argomento, v. F. POCAR, *Il protocollo sull'interpretazione uniforme della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze*, in *RDIPP*, 1978, p. 281 ss.

⁸ Il testo originario della Convenzione è pubblicato in *GUCE L 299*, 31 dicembre 1972, p. 32 ss.; la *Relazione* esplicativa di P. JENARD si trova in *GUCE C 59*, 5 marzo 1979, p. 1 ss. (riprodotta in F. POCAR, *La Convenzione di Bruxelles*, cit., p. 369 ss.). L'ultima versione consolidata, risultante dalle modifiche apportate dalle varie convenzioni di adesione stipulate con gli Stati successivamente entrati a far parte della Comunità, è reperibile in *GUCE C 27*, 26 gennaio 1998, p. 1 ss. Sulla disciplina convenzionale, limitandosi ai più recenti riferimenti generali, v. per tutti L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999; H. GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exé-*

istanza e la facoltà per le Corti che giudicano in grado di appello, restando precluso il deferimento alla Corte di giustizia da parte dei giudici di primo grado; era altresì prevista la possibilità di un ricorso *dans l'interêt de la loi* da parte dei Procuratori generali presso le Corti di cassazione degli Stati contraenti, assente invece nella disciplina ordinaria di cui all'art. 234⁹. Altre convenzioni riproponevano la stessa previsione in tema di rinvio pregiudiziale¹⁰. Il primo Protocollo del 1988¹¹ alla Convenzione di Roma del 1980 relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali¹² riconosceva invece facoltà di rinvio sia ai giudici di appello che a quelli di ultima istanza¹³.

cution des jugements en Europe, Paris, 2002, II ed.; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, Padova, 2006, III ed.

⁹ Come noto, tale Convenzione è stata recepita in un regolamento comunitario, che trova la sua base giuridica nel titolo IV TCE. Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUCE L* 12, 16 gennaio 2001.

¹⁰ Si vedano in proposito la Convenzione del Lussemburgo del 1975 sul brevetto comunitario, come modificata dall'Accordo concluso a Lussemburgo il 15 dicembre 1989; il Protocollo del 1997 relativo alla Convenzione sulle notificazioni giudiziali ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, *GUCE C* 261 del 27 agosto 1997, p. 18 ss., ed il Protocollo del 1998 sull'interpretazione della Convenzione c.d. Bruxelles II sulla giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze in materia matrimoniale, *GUCE C* 221, 16 luglio 1998, p. 19 ss., preceduta dall'atto di adozione da parte del Consiglio ed accompagnata dalla *Relazione* esplicativa curata da A. BORRAS. Su di essa, v. P. BEAUMONT, G. MOIR, *Brussels Convention II: A New Private International Law Instrument in Family Matters for the European Union or the European Community?*, in *ELR*, 1995, p. 268 ss.

¹¹ Primo Protocollo concernente l'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e secondo Protocollo che attribuisce alla Corte di giustizia delle Comunità europee alcune competenze per l'interpretazione della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, *GUCE L* 48, 20 febbraio 1989, rispettivamente p. 1 ss. e p. 17 ss. (versione consolidata in *GUUE C* 334, 30 dicembre 2005, p. 20 ss.). Essi sono accompagnati dalla *Relazione* esplicativa di A. TIZZANO, pubblicata in *GUCE C* 219, 3 settembre 1990. La duplicazione dell'accordo attributivo di competenza, che emerge dalla stessa intitolazione dei Protocolli, si è resa necessaria per ovviare agli impedimenti di carattere costituzionale che impedivano ad alcuni Stati (segnatamente, all'Irlanda) di attribuire funzioni giurisdizionali ad organi diversi da quelli nazionali: si è così separato il riconoscimento in linea di principio della competenza della Corte (operato dal secondo Protocollo, per la cui entrata in vigore era necessaria la ratifica di tutti gli Stati membri) dalla concreta attribuzione di essa (primo Protocollo, che necessitava di almeno sette ratifiche). In argomento si veda A. MIGNOLLI, *L'interpretazione della convenzione di Roma da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1994, p. 229 ss.

¹² Per il testo originario della Convenzione v. *GUCE L* 266, 9 ottobre 1980. Una versione consolidata, come risultante dalla convenzione di adesione degli ultimi dieci Stati membri, è stata da ultimo pubblicata in *GUUE C* 334, 30 dicembre 2005, p. 1 ss. In dottrina, sulla disciplina della Convenzione v. recentemente per tutti U. VILLANI, *op. cit.*; R. BARATTA, *La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II, Torino, 2006, II ed., p. 1896 ss.

¹³ Di rilievo la circostanza dell'estremo ritardo nell'entrata in vigore del Protocollo, avvenuta solo nel 2004, sedici anni dopo la sua adozione. Peraltro, la prima domanda di pronuncia pregiu-

Altrettanto note sono le ulteriori deroghe alla disciplina ordinaria apportate dalla parziale comunitarizzazione del sistema a pilastri, avviata ad Amsterdam e dalla previsione di discipline autonome per il rinvio nell'ambito dei titoli IV TCE e VI TUE, in cui si riscontrano elementi di specialità rispetto al regime generale di cui all'art. 234 TCE. Ai soli fini di quanto si esporrà in seguito si ricorda che il titolo IV TCE limita la possibilità di rinvio verso il giudice comunitario ai soli giudici nazionali di ultima istanza¹⁴. In proposito, stante la dubbia formulazione della norma, la dottrina si è interrogata circa l'eventuale facoltà, anziché obbligo, di rinvio anche una volta giunti davanti ad una giurisdizione di ultimo grado¹⁵. Secondo quanto già previsto nei protocolli accessori alle Convenzioni di Bruxelles del 1968 e di Roma del 1980, anche l'art. 68 TCE prevede la possibilità di ricorso nell'interesse della legge, attivabile da parte del Consiglio, della Commissione e degli Stati membri¹⁶. Dal raffronto con le precedenti convenzioni emerge una più ampia applicabilità del ricorso¹⁷, che ha fatto pensare ad una sorta di "compensazione" rispetto alla esclusione della legittimazione a proporre domanda di rinvio pregiudiziale per le giurisdizioni

diziale vertente sull'interpretazione dell'art. 4 della Convenzione di Roma è stata proposta alla Corte di giustizia solo nel 2008 dall'Hoge Raad olandese, nell'ambito della controversia tra *Intercontainer Interfrigo (ICF) SC e Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV*, causa C-133/08. Si vedano in proposito le Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, presentate il 19 maggio 2009. Si noti inoltre che il meccanismo introdotto dai Protocolli del 1988 è destinato ad esaurire progressivamente la propria funzione, in ragione della sostituzione della Convenzione di Roma del 1980 ad opera del regolamento (CE) n. 593/2008, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), *GUUE* L 177, 4 luglio 2008, p. 6 ss. Tale regolamento, adottato sulla base dell'art. 61 TCE, è soggetto infatti all'ordinario regime pregiudiziale del titolo IV TCE, previsto dall'art. 68 TCE.

¹⁴ Come vedremo nei paragrafi successivi, tale previsione comporta problematiche complesse, che potrebbero essere risolte con l'approvazione del progetto di decisione del Consiglio che adatta le disposizioni relative alla Corte di giustizia nei settori contemplati al titolo IV TCE: *infra*, par. 4.

¹⁵ La lettera dell'art. 68 TCE dispone infatti che "quando è sollevata, in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, una questione concernente l'interpretazione del presente trattato oppure la validità o l'interpretazione degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo, tale giurisdizione, qualora reputi necessaria, per emanare la sua sentenza, una decisione su tale punto, *domanda* alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla questione" (corsivo aggiunto). Il problema ha trovato soluzione nel senso dell'obbligatorietà, proprio nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, che ha costantemente ritenuto separati il momento della valutazione circa la necessità del rinvio pregiudiziale (considerato discrezionale), e quello della obbligatorietà del rinvio, una volta che sia ritenuta dubbia l'interpretazione o la validità dell'atto. Tale soluzione, peraltro, si pone in piena coerenza con le previsioni di cui all'art. 10 TCE in ordine all'obbligo di leale cooperazione tra giudici nazionali e comunitari. Del resto, in alcune versioni linguistiche, *notamment* portoghese e olandese, la norma si esprime in termini maggiormente imperativi. Si veda sul punto la ricostruzione effettuata da G. RAITI, *op. cit.*, p. 466. Nello stesso senso si veda anche P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 72 ss. Ma per una posizione dissenziente in dottrina, v. P. BIAVATI, *op. cit.*, p. 436 s.

¹⁶ Per un'analisi sul punto si veda G. RAITI, *op. cit.*, p. 471 ss.

¹⁷ L'art. 68, 3° co., TCE consente infatti di sollecitare la Corte con un ricorso *dans l'intérêt de la loi* in qualunque grado di giudizio.

non di ultima istanza, poi superata dal riconoscimento di una natura di tipo consultivo al rinvio, con efficacia di autorevole precedente¹⁸. Del resto, riconoscere a tale pronuncia valore di precedente vincolante avrebbe reso incoerente la previsione che vieta il dialogo tra giudici sino all'ultimo grado di giudizio, se rapportata con la concessione di tale potere, esperibile in qualunque momento in via discrezionale, a istituzioni comunitarie e Stati membri¹⁹.

Vale ancora la pena di ricordare che il titolo VI TUE, invece, pur non precludendo la possibilità di rinvio ai giudici non di ultima istanza²⁰, tuttavia la àncora ad una esplicita dichiarazione di accettazione della competenza pregiudiziale da parte dello Stato membro, riservandogli anche autonoma valutazione circa l'attribuzione di tale potere ai soli giudici di ultima istanza o anche a quelli di primo o di secondo grado. In pratica, con riferimento alla cooperazione penale si riconduce la competenza della Corte di giustizia a quella di un normale tribunale internazionale, che necessita del *consenso* da parte degli Stati per il riconoscimento della propria giurisdizione²¹, da effettuarsi attraverso un'apposita dichiarazione "all'atto della firma dei trattati o, successivamente, in qualsiasi momento"²². Allo stato attuale diciassette Stati membri²³ hanno effettuato una tale dichiarazione, optando quasi sempre per il riconoscimento del potere di proporre rinvio pregiudiziale ad ogni giurisdizione nazionale (solo la Spagna restringe tale competenza alle sole giurisdizioni per le quali non esiste possibilità di ricorso²⁴), mentre Danimarca, Irlanda e Regno Unito hanno scelto di non rico-

¹⁸ In dottrina, si vedano R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *DUE*, 1998, p. 481 ss.; P. BIAVATI, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 805 ss.; G. RAITI, *op. cit.*, p. 473.

¹⁹ G. RAITI, *op. cit.*, p. 477.

²⁰ Art. 35 TUE, introdotto ad Amsterdam recependo una raccomandazione della Corte. V. Rapporto su *Alcuni aspetti dell'applicazione del TUE*, 1995, p. 5 s.

²¹ Sulla competenza della Corte di giustizia in base all'art. 35 TUE si veda I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *CI*, 2000, p. 477 ss.

²² Art. 35, 2° co. TUE.

²³ Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria. Si veda la Tabella relativa alla "Competenza della Corte di giustizia a statuire in via pregiudiziale in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale", realizzata ad opera del Servizio Ricerca e Documentazione della Corte di giustizia, aggiornata al marzo 2008, disponibile *on line* sul sito della Corte.

²⁴ In precedenza anche l'Ungheria limitava il riconoscimento di competenza pregiudiziale per la Corte di giustizia alle sole giurisdizioni di ultima istanza (*GUUE* L 327, 14 dicembre 2005, p. 19, e C 318, 14 dicembre 2005, p. 1), ma in occasione delle dichiarazioni di Lettonia, Lituania e Slovenia, la Repubblica di Ungheria ha ritirato la propria precedente dichiarazione, accettando la competenza della Corte di giustizia conformemente alle disposizioni stabilite nell'art. 35, paragrafi 2 e 3, lett. b) TUE, estendendo cioè anche alle giurisdizioni non di ultima istanza dello Stato la possibilità di chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale (*GUUE* L 70, 14 marzo 2008, p. 23, e C 69, 14 marzo 2008, p. 1).

noscere competenza pregiudiziale in tali materie²⁵. Ma anche con riferimento agli Stati che hanno adottato la soluzione più larga, permane una difformità fra quanti hanno ritenuto di rendere obbligatorio il rinvio nel caso di giurisdizione di legittimità e quelli che invece mantengono il rinvio quale ipotesi facoltativa per i giudici nazionali in tutti i gradi di giudizio²⁶. Il primo rinvio pregiudiziale effettuato (da un giudice italiano) sulla base dell'art. 35 TUE²⁷ si è avuto in occasione del caso *Pupino*²⁸. Nella sentenza la Corte ha riconosciuto la propria competenza a risolvere una questione pregiudiziale proposta da un giudice (nella specie giudice per le indagini preliminari italiano) di uno Stato membro che abbia dichiarato di accettare la competenza della Corte a statuire sulla validità e sull'interpretazione degli atti previsti dall'art. 35 TUE. Essa ha precisato che, in tali circostanze, risulta applicabile anche a tale articolo la giurisprudenza comunitaria sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali, salvi casi eccezionali, e che dunque occorre riconoscere 'i diritti per i singoli di far valere le decisioni-quadro, al fine di ottenere interpretazioni conformi del diritto nazionale dinanzi ai giudici degli Stati membri'.

2. La recente evoluzione giurisprudenziale comunitaria relativa al rinvio pregiudiziale *ex art. 234 TCE* sembra volgere verso un tendenziale ampliamento delle possibilità di rinvio e verso l'estensione delle fattispecie di rinvio obbligatorio.

²⁵ Per Bulgaria, Cipro, Malta, Estonia, Polonia, Romania e Slovacchia non sono disponibili informazioni ufficiali.

²⁶ Dichiarazione (n. 10) sull'articolo 35 (ex articolo K.7) del Trattato sull'Unione europea (allegata all'Atto finale di Amsterdam). Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Germania, Francia, Austria, Belgio, Spagna, Repubblica Ceca e Slovenia hanno effettuato una riserva ai sensi della detta Dichiarazione.

²⁷ Sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/2003, *Pupino*, *Raccolta*, p. I-5285 ss. (si vedano in particolare i punti 19, 20, 22, 28-30, 36, 38). A seguito della pronuncia *Pupino*, altre domande di pronuncia pregiudiziale sono state proposte alla Corte ai sensi dell'art. 35 TUE. Si veda, in ultimo, quella formulata dal Fővárosi Bíróság (Ungheria) con decisione del 6 luglio 2007 e pervenuta in cancelleria il 27 agosto 2007, vertente sull'interpretazione degli articoli 2 e 3 della decisione-quadro del Consiglio 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, su cui v. la sentenza della Corte del 9 ottobre 2008, causa C-404/07, *György Katz c. István Roland Sós*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²⁸ Fra i molti commenti alla sentenza si vedano M. FLETCHER, *Extending "Indirect Effect" to the Third Pillar: The Significance of Pupino?*, in *ELR*, 2005, p. 862 ss.; F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in questa *Rivista*, 2006, p. 157 ss.; M. MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *DUE*, 2006, p. 563 ss.; A. WEYEMBERGH, P. DE HERT, P. PAEPE, *L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme: la Cour de justice pose ses jalons (note sur l'arrêt Pupino, du 16 juin 2005, de la Cour de justice des Communautés européennes)*, in *RTDH*, 2007 p. 269 ss. Si veda anche F. SUGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007.

Già nell'ambito della sentenza *Foto-Frost*²⁹ la Corte, con riferimento alle questioni di validità, aveva precisato l'obbligo di rinvio per i giudici non di ultima istanza qualora questi ritenessero fondati i motivi adottati dalle parti. Successivamente i giudici del Kirchberg hanno esteso tale posizione anche alle cause in cui le parti non abbiano sollevato questioni di validità³⁰. Nella sentenza *Kraaijeveld* il giudice comunitario ha poi specificato la sussistenza di tale obbligo anche in assenza di eccezione di invalidità *ex parte*³¹.

In pronunce più recenti il giudice comunitario ha arricchito tale concetto, ritenendo che il dialogo tra giudici nazionali e comunitari, basato sul dovere di leale cooperazione e sulla valutazione della pertinenza e della necessità del detto rinvio compiuta dal giudice nazionale, non possa essere precluso.

Sotto un primo profilo che non è qui possibile approfondire, la Corte di Lussemburgo ha infatti riconosciuto che il principio di leale collaborazione fonda la possibilità per i giudici nazionali di effettuare il rinvio, in presenza di determinati requisiti, anche al di là del principio dispositivo, che invece obbligherebbe tali giudici a non esorbitare dai limiti della controversia come è stata circoscritta dalle parti. La sentenza *Kempter*³² precisa che non è necessario che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno e ricorda come "il sistema introdotto dall'art. 234 CE per assicurare l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario negli Stati membri istituisce[a] una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento estraneo ad ogni iniziativa delle parti"³³. I giudici del rinvio, allora, al fine di scongiurare rischi di violazione del diritto comunitario "sono tenuti a sollevare d'ufficio i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante quando, in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o *la facoltà* di farlo con riferimento ad una norma interna di natura

²⁹ Sentenza del 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost contro Hauptzollamt Lübeck-Ost.*, *Raccolta*, p. 4199 ss.

³⁰ V. in tal senso, le sentenze del 14 dicembre 1995, cause riunite C-430 e 431/93, *Van Schijndel e Van Veen*, *Raccolta*, p. I-4705, punti 13, 14 e 22, del 24 ottobre 1996, causa C-72/95, *Kraaijeveld e al.*, *ivi*, p. I-5403, punti 57, 58 e 60.

³¹ Sentenza *Kraaijeveld*, *cit.*, punti 57 e 58: "Quando, in forza del diritto nazionale, i giudici devono sollevare *d'ufficio* i motivi di diritto basati su una norma interna di natura vincolante che non siano stati adottati dalle parti, siffatto obbligo si impone anche qualora si tratti di norme comunitarie vincolanti. Lo stesso vale se il diritto nazionale conferisce al giudice la *facoltà* di applicare *d'ufficio* la norma di diritto vincolante" (corsivo aggiunto).

³² Sentenza del 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*, *Raccolta*, p. I-411 ss., punto 45. Per un commento in dottrina v. E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *DUE*, 2008, p. 447 ss., spec. 460 s.; A. WARD, *Do Unto Others as You Would Have Them Do Unto You: Willy Kempter and the Duty to Raise EC Law in National Litigation*, in *ELR*, 2008, p.739 ss.

³³ Sentenza *Kempter*, *cit.*, punti 40 e 41 (in cui la Corte richiama anche le sentenze del 27 marzo 1963, cause riunite 28-30/62, *Da Costa e al.*, *Raccolta*, p. 59 ss.; del 1° marzo 1973, causa 62/72, *Bollmann*, *ivi*, p. 269, punto 4, e del 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, *ivi*, p. I-4025, punto 31).

vincolante³⁴, anche al di là dei limiti indicati dalle parti nel procedimento interno³⁵.

Sotto un profilo diverso, è possibile rinvenire un'ulteriore precisazione del dovere di leale cooperazione fra giudici nell'analisi di alcune recenti sentenze della Corte di giustizia. Tradizionalmente la Corte ha ritenuto irricevibile un ricorso laddove la causa fosse ipotetica o il suo contenuto risultasse esterno agli scopi comunitari, ovvero in presenza di questione fittizia³⁶. Recentemente, tuttavia, appare emergere una maggiore resistenza a fondare l'irricevibilità su tali elementi, aprendo ad un positivo accoglimento del ricorso anche in caso di preordinazione di una causa ai fini strumentali del rinvio, qualora la questione pregiudiziale abbia un'effettiva rilevanza per la soluzione della controversia nella causa principale³⁷. Nell'alveo di questa nuova tendenza può inserirsi la causa *Gourmet Classic*³⁸ in cui il giudice comunitario ha precisato i tratti di una questione ipotetica, ritenendo ammissibile un rinvio effettuato da un giudice d'appello cui era stato richiesto di confermare un parere preliminare emesso da un organo tributario in ordine al mancato assoggettamento di un bene ad un determinato regime fiscale³⁹. La Corte ha ritenuto che la prospettata richiesta di appello confermativo connotasse di natura giurisdizionale il procedimento principale, pur in assenza di una contestazione fra le parti, concordi nel ritenere operante il predetto parere e nel chiederne, dunque, la conferma al giudice di rinvio, non adito in merito ad una controversia.

Un ulteriore profilo rileva nella ricostruzione dell'evoluzione del dovere di cooperazione fra giudici nazionali e comunitari per mezzo del procedimento pregiudiziale. Nella sentenza *Cartesio*⁴⁰ la Corte di giustizia, statuendo sulla

³⁴ Sentenza *Kempter*, cit., punto 45 (corsivo aggiunto). Con riferimento alla possibile emersione, in tali circostanze, di un criterio oggettivo di giudicato irregolare, si rinvia alle considerazioni svolte da E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 447 ss., spec. p. 464 ss.

³⁵ Sentenza *Kempter*, cit., punto 23.

³⁶ Sentenze del 16 dicembre 1981, causa 244/80, *Foglia Novello* (n. 2), *Raccolta*, p. 3045, punti 18-21; del 9 ottobre 1997, causa C-291/96, *Grado e Bashir*, *ivi*, p. I-5531 ss.; del 13 marzo 2001, causa C-379/98, *Preussen Elektra*, *ivi*, p. I-2099, punto 39; del 22 gennaio 2002, causa C-390/99, *Canal Satélite Digital*, *ivi*, p. I-607, punto 19; del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, *ivi*, p. I-9981, punti 36 e 37; del 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini e al.*, *ivi*, p. I-9199; del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, *ivi*, p. I-6199, punto 44; e del 28 giugno 2007, causa C-467/05, *Dell'Orto*, *ivi*, p. I-5557.

³⁷ R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 312.

³⁸ Sentenza del 12 giugno 2008, causa C-458/06, *Gourmet Classic Ltd*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³⁹ Si vedano però le conclusioni dissenzienti dell'Avvocato generale Bot, presentate il 3 aprile 2008.

⁴⁰ Sentenza del 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. V. anche le conclusioni relative alla stessa causa, presentate dall'Avvocato generale Pócsai Maduro in data 22 maggio 2008, punti 11-21, che introduce argomentazioni ulteriori a favore di tale interpretazione, già proposta nelle conclusioni dell'Avvocato generale Warner del 12 dicembre 1973 relative alle cause 146 e 166/73, *Rheinmühlen*, *Raccolta*, p. 40 ss. L'Avvocato Maduro sottolinea che "questo è il motivo per cui, alla fine, la ricevibilità di una domanda di pronuncia pregiudiziale è stabilita dalla Corte di giustizia e non dagli organi giu-

questione relativa agli effetti, per il giudice di rinvio, della proposizione di gravame contro una domanda di rinvio pregiudiziale qualora la legislazione nazionale consenta un tale ricorso, ha ribadito che il potere di proporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, attribuito in forza dell'art. 234 TCE, non può essere limitato dal diritto nazionale. Nel caso di specie, la Corte d'appello regionale di Seghedino, Ungheria, aveva presentato una domanda di interpretazione pregiudiziale, vertente fra l'altro a chiarire se la disposizione della legge ungherese che consente di impugnare la decisione con la quale viene sollevata una domanda di pronuncia pregiudiziale sia compatibile con il procedimento di rinvio pregiudiziale istituito a norma del Trattato. La Corte ha stabilito la contrarietà al diritto comunitario di disposizioni nazionali che impediscano la proponibilità del ricorso, con conseguente impossibilità di effetti sospensivi o risolutivi obbligatori in capo al giudice del rinvio.

A tali elementi si aggiunga che nelle recenti Conclusioni della causa *Roda Golf*, relativa ad una domanda di pronuncia pregiudiziale a norma dell'art. 68 TCE⁴¹, l'Avvocato generale Colomer ha ribadito la necessità di interpretare i limiti di applicabilità dell'art. 68 in maniera assolutamente restrittiva, per rendere la norma pienamente compatibile con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva⁴². L'Avvocato generale ha precisato che "l'entrata in vigore dell'art. 68 CE ha costituito un precedente di dubbia conformità con lo spirito che ha ispirato l'art. 234 CE, non soltanto per le anomalie che introduce nella sua dinamica, ma anche per quelle che interessano l'architettura giudiziaria comunitaria"⁴³, limitando fortemente il modello giurisprudenziale europeo e la

risdizionali nazionali che, nel quadro processuale nazionale, sono di grado superiore rispetto al giudice del rinvio. Se fosse vero il contrario potrebbe avvenire che, in forza di disposizioni o prassi nazionali, le decisioni di rinvio pregiudiziale emanate da organi giurisdizionali di grado inferiore diverrebbero sistematicamente soggette a gravame, dando luogo ad una situazione in cui – quanto meno *de facto* – il diritto nazionale consenta solo agli organi giurisdizionali di ultimo grado di proporre domande di pronuncia pregiudiziale. (...) Ciò equivarrebbe a consentire al diritto nazionale di modificare le condizioni stabilite all'art. 234 CE per un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia".

⁴¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer del 5 marzo 2009, causa C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort SL*, vertenti sull'interpretazione del regolamento (CE) n. 1348 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti extragiudiziali in materia civile o commerciale.

⁴² Punto 29 delle conclusioni: "(...) «To no one will we sell, to no one will we deny or delay right or justice», recitava la Magna Carta nel 1215 [capitolo 40], riflettendo un assioma che è rimasto in vigore in Europa, fino al suo recepimento nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo [art. 6], nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [art. 47], e nella giurisprudenza della Corte di giustizia [sentenze del 15 maggio 1986, causa 222/84, in *Johnston*, *Raccolta*, p. 1651, punti 18 e 19; del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heyens e al.*, *ivi*, p. 4097, punto 14; del 27 novembre 2001, causa C-424/99, *Commissione c. Austria*, *ivi*, p. I-9285, punto 45; del 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, *ivi*, p. I-6677, punto 39, e del 19 giugno 2003, causa C-467/01, *Eribrand*, *ivi*, p. I -6471, punto 61]".

⁴³ Punto 32. Si veda anche quanto riportato da P. PESCATORE, *Preliminary Rulings – Evolution of the System*, in *50th Anniversary of the Court of Justice of the European Communities. Conference on Cooperation between the Court of Justice and the National Courts*, Lussemburgo, 2003, p. 29.

possibilità di dialogo tra giudici. La previsione che limita la possibilità di proporre rinvio ai soli giudici di ultima istanza deve quindi essere intesa in senso estremamente restrittivo, al fine di garantire uniformità e coerenza al sistema comunitario. E dunque, conclude l'Avvocato Colomer, occorre applicare anche all'art. 68 TCE la teoria giurisprudenziale della "controversia concreta"⁴⁴, secondo cui sono soggetti all'obbligo di rinvio, oltre alle Corti supreme, anche tutti gli organi giurisdizionali nazionali avverso le cui decisioni non sia proponibile ricorso⁴⁵.

3. Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) si pone, come noto, l'ambizioso compito di coordinare in un sistema unitario sia elementi di cooperazione in materia civile, attualmente rientranti nel titolo IV TCE dedicato a "visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone", sia elementi propri del c.d. terzo pilastro, identificati nel titolo relativo alla "cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale" (titolo VI TUE). Lo SLSG prevede tra le proprie priorità anche la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva, che possa declinarsi in accesso alla giurisdizione e soluzione di controversie in termini ragionevoli e comunque proporzionali alla gravità delle conseguenze per l'individuo. Peraltro la giurisprudenza comunitaria ha avuto in svariate occasioni modo di ribadire molto chiaramente che la tutela individuale avverso atti ritenuti invalidi non può esaurirsi nelle mere procedure di ricorso per infrazione, ma deve potersi perseguire anche in forme diverse, quale quella del rinvio pregiudiziale⁴⁶.

Questo obiettivo, tuttavia, non appare agevolmente raggiungibile nell'attuale assetto istituzionale, in particolare per quel che concerne la disciplina del rinvio pregiudiziale nello SLSG, che comprende alcune tra le materie di maggiore delicatezza e di maggiore impatto per i diritti individuali.

⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 21 febbraio 2002, causa C-99/00, *Kenny Roland Lyckeskog*, *Raccolta*, p. I-4839, punti 32-38, riportate nel punto 33 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Colomer.

⁴⁵ Punto 36 delle conclusioni di Ruiz-Jarabo Colomer. Al punto 33 delle medesime l'Avvocato generale richiama ancora la sentenza *Lyckeskog*, cit., la quale, al punto 15, introduce nell'ordinamento comunitario il principio suddetto. Egli peraltro ravvede in tale posizione un elemento di coerenza con la giurisprudenza in tema di cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, segnatamente con la sentenza *Danmarks Rederiforening*, in cui la Corte ha dichiarato ricevibile una domanda basata sul protocollo relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione di Bruxelles, effettuata dall'Arbejdsret (Tribunale del lavoro) in qualità di organo di ultima istanza, nonostante il fatto che nel Protocollo si limitasse la facoltà di rinvio dei giudici danesi allo Højesteret (Corte suprema). Nel caso di specie era stata quindi affermata la teoria della controversia concreta in un terreno affine, sebbene non identico, a quello dell'art. 68 TCE. Sentenza del 5 febbraio 2004, causa C-18/02, *Danmarks Rederiforening, che agisce per conto del DFDS Torline*, *Raccolta*, p. I-1417.

⁴⁶ Per tutte, v. quanto precisato nella sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, *Raccolta*, p. 3 ss. Si veda sul punto la ricostruzione di U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008, p. 321 ss.

L'apparato disomogeneo sul punto è stato infatti oggetto di vasta critica in dottrina⁴⁷, con l'eccezione di una voce dissenziente⁴⁸, ed anche il Presidente della Corte di giustizia si è espresso in senso critico in occasione del dibattito in seno alla Convenzione europea chiamata a predisporre il testo di base del Trattato costituzionale⁴⁹.

⁴⁷ H. LABAYLE, *Un espace de liberté, sécurité et justice*, in *RTDE*, 1997, p. 813 ss.; L. S. ROSSI, *Verso una parziale comunitarizzazione del Terzo Pilastro*, in *DUE*, 1997, p. 248 ss.; R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, *ivi*, 1998, p. 481 ss.; H. BRIBOSIA, *Liberté, Sécurité et Justice: l'imbroglione d'un nouvel espace*, in *RDUE*, 1998, p. 27 ss.; P. GIRERD, *L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines*, in *RTDE*, 1999, p. 239 ss.; E. CORTESE PINTO, *Trattato di Amsterdam e competenza della Corte comunitaria in materia di giustizia e affari interni*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Milano, 1999, p. 95 ss.; P. ECKHOUT, *The European Court of Justice and the 'Area of Freedom, Security and Justice': Challenges and Problems*, in D. O'KEEFFE, A. BAVASSO (eds.), *op. cit.*, p. 153 ss.; L. GAROFALO, *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l'articolo 68 del Trattato CE*, in *DUE*, 2000, p. 806 ss.; A. ADINOLFI, *Art. 68 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 315 ss.; S. BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *DUE*, 2001, p. 261 ss.; A. ARNULL, *The Past and Future of the Preliminary Ruling Procedure*, in *EBLR*, 2002, p. 183 ss.; N. FENNELLY, *The Area of 'Freedom, Security and Justice' and the European Court of Justice. A Personal View*, in *ICLQ*, 2002, p. 1 ss.; P. IVALDI, *op. cit.*, p. 233 ss.; G. RAITI, *op. cit.*, p. 407 ss.; T. TRIDIMAS, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, in *CML Rev.*, 2003, p. 9 ss.; C. CHENEVIÈRE, *L'article 68 CE. Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris*, in *CDE*, 2004, p. 567 ss.; L. DANIELE, *Commento all'art. 68 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 460 ss.; B. NASCIBENE, *Nuovi profili di competenza del giudice comunitario in materia di cooperazione giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 55 ss.; P. BERTOLI, *op. cit.*, p. 54 ss.; G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di una "Unione di diritto"*, in questa *Rivista*, 2007, p. 371; S. M. CARBONE, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona*, *ivi*, 2008, p. 239 ss.

⁴⁸ J. KOMAREK, *In the Court(s) We Trust? On the Need for Hierarchy and Differentiation in the Preliminary Ruling Procedure*, in *ELR*, 2007, p. 467 ss. L'autore sottolinea come la limitazione del potere di effettuare rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia ai soli giudici di ultima istanza sia nella maggior parte dei casi positiva, mentre critica le argomentazioni contrarie a tale limitazione, basate sulle nozioni di uniformità, di protezione giudiziaria degli individui e di ruolo delle corti minori nello sviluppo del diritto comunitario, ritenendole giustificazioni pretestuose della Corte di giustizia per un suo intervento generalizzato nel processo giudiziale nazionale. Egli ritiene che una equiparazione di apertura del rinvio pregiudiziale nello SLRG sia da respingere, a favore di una "differenziazione" *ratione materiae*. Inoltre l'autore considera la gerarchia nelle corti nazionali un elemento importante del processo giudiziario dell'Unione europea e ritiene che l'intervento della Corte di giustizia anche nei casi ancora pendenti davanti alle giurisdizioni minori nazionali "does not aim at uniformity, but supremacy of union law" (p. 471). Tale approccio, comunque non privo di eccezioni, non pare tuttavia considerare la mancanza di coerenza del sistema comunitario complessivamente inteso, che preclude, proprio nelle materie maggiormente sensibili per l'individuo, ciò che invece concede in ambiti materiali generalmente meno coinvolti nella tutela di situazioni giuridiche personali particolarmente delicate.

⁴⁹ Intervento del Presidente Rodríguez Iglesias nell'ambito dei lavori della Convenzione europea, doc. CONV 572/03, 20 febbraio 2003; si veda anche il documento di riflessione della Corte *L'avvenire del sistema giurisdizionale dell'Unione europea*, 2002, p. 31 ss., in cui si sottolineava

Ed infatti, già nell'ambito del Trattato costituzionale si era prevista l'unificazione in un unico titolo delle questioni attinenti alla materia della cooperazione civile e penale. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea conferma tale approccio riunendo nel titolo V, dedicato appunto allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia le precedenti previsioni degli articoli 61 TCE e 29 TUE⁵⁰.

La Commissione europea e la Corte stanno procedendo, a Trattati invariati, nel tentativo di dare maggiore uniformità e coerenza al sistema a pilastri creato dal Trattato di Maastricht, in particolare con riferimento alla riconduzione ad unità dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁵¹ e alle problematiche connesse alla frammentazione delle procedure in tema di rinvio pregiudiziale. Una soluzione definitiva potrà venire al momento dell'entrata in vigore dei Trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'UE, dell'esercizio della facoltà di *opting out* riconosciuta ad Irlanda e Regno Unito rispetto allo SLSG⁵², nonché all'esito della scelta circa le attribuzioni della Corte di giustizia per gli atti rientranti nella cooperazione penale, scaduto il periodo transitorio⁵³.

la necessità di garantire la possibilità per tutte le giurisdizioni nazionali di adire la Corte di giustizia e si ribadiva che "l'applicazione uniforme del diritto comunitario spesso dipende dal fatto che la risposta alle questioni d'interpretazione sollevate davanti alle giurisdizioni non rimanga sospesa fino all'appello o al ricorso in Cassazione, ma venga data immediatamente dalla Corte, di modo che si possa fissare quanto prima una giurisprudenza negli Stati membri dell'Unione".

⁵⁰ Art. 67 TFUE.

⁵¹ Per una articolata disamina dell'evoluzione della disciplina relativa allo SLSG, v. G. CAGGIANO, *op. cit.*, p. 335 ss.

⁵² Protocollo n. 21 al Trattato di Lisbona sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, a norma del quale si precisa che "il Regno Unito e l'Irlanda non partecipano all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea" (art. 1) e che dunque "nessuna disposizione della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nessuna misura adottata a norma di detto titolo, nessuna disposizione di accordi internazionali conclusi dall'Unione a norma di detto titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure è vincolante o applicabile nel Regno Unito o in Irlanda" (art. 2), salva espressa notificazione contraria (articoli 3-6).

⁵³ Art. 10 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie, *GUUE C 115*, 9 maggio 2008, p. 322 ss. In esso si prevede che nell'ambito degli atti relativi alla cooperazione in materia penale le attribuzioni della Corte di giustizia ai sensi del Titolo VI TUE nelle versione vigente prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona restino invariate per un periodo transitorio di 5 anni. Si prevedono poi posizioni differenziate per Regno Unito e Irlanda. Con riferimento al primo, nei sei mesi antecedenti la scadenza di detto periodo, il Regno Unito può notificare al Consiglio di non accettare le attribuzioni delle istituzioni relative alla cooperazione in materia penale. Con riferimento alla posizione dell'Irlanda si veda invece la Dichiarazione n. 56, relativa all'art. 3 del Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo SLSG, in cui si esprime la ferma intenzione di esercitare il diritto di partecipare, per quanto possibile, all'adozione di misure del titolo V TFUE, in particolare per quelle in materia di cooperazione di polizia, *GUUE C 115*, 9 maggio 2008, p. 335 ss. Per un commento, si veda R. BARATTA, *Le principali novità del trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 21 ss., spec. p. 65 ss. Sulla posizione del Regno Unito v. C. GABRIELLI, *La partecipazione differenziata del Regno Unito all'acquis di Schengen ed alla Carta dei diritti fondamentali secondo la giurisprudenza della Corte ed il Trattato di Lisbona*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, L'Aquila, 2008, p. 355 ss.

4. Il regime di cui all'art. 68 TCE traeva la propria ragion d'essere dalla transitorietà delle limitazioni previste al momento della sua entrata in vigore⁵⁴. Scaduto il periodo transitorio⁵⁵, la Commissione e il Consiglio hanno tentato una prima strada di uniformazione del regime del rinvio pregiudiziale, che rendesse l'art. 68 TCE maggiormente coerente con la disposizione dell'art. 234 TCE e con l'obiettivo di una più forte tutela dell'individuo. L'attuale previsione, infatti, convogliando sotto una fattispecie unitaria materie molto eterogenee, non contribuisce alla coerenza del sistema e lede importanti garanzie procedurali dell'individuo, in particolare nelle materie per le quali l'attesa dei tempi necessari per una decisione non più contestabile può risultare estremamente deleteria (si pensi alle questioni relative al diritto di asilo).

Peraltro, è stata notata in dottrina la possibile difficoltà nell'individuare, *ratione materiae*, il discrimine tra "libera circolazione delle persone", disciplinata pertinentemente anche nel titolo III del Trattato CE e dunque soggetta al regime ordinario di cui all'art. 234 TCE, e "altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone" del titolo IV, ricadenti nella regolamentazione dell'art. 68 TCE⁵⁶.

Un apposito *punto* del programma dell'Aja invitava la Commissione europea proprio a studiare una proposta "per trattare in modo spedito e appropriato le richieste di pronuncia pregiudiziale sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, modificando se necessario, lo statuto della Corte di giustizia".

Sulla base di questa disposizione programmatica, nel 2006 la Commissione europea ha predisposto una Comunicazione, con annesso progetto di decisione del Consiglio⁵⁷, mirante, da un lato, ad adattare le disposizioni specifiche dell'art. 68 TCE al regime generale sulla competenza pregiudiziale stabilito nell'art. 234 TCE e, dall'altro, ad eliminare le previsioni di cui al 2° co., dello stesso articolo⁵⁸, in considerazione della sua perdita di ragion d'essere, una volta

⁵⁴ Espressamente precisata nell'art. 67, par. 2 TCE, che costituisce la norma-passerella che consente di modificare le previsioni di cui all'art. 68 TCE. Per un commento, v. L. GAROFALO, *op. cit.*, p. 806 ss.; A. ADINOLFI, *Art. 68 TCE*, cit., p. 317 ss.; L. DANIELE, *op. cit.*, p. 460 ss.

⁵⁵ Periodo di 5 anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, scaduto il 1° maggio 2004. Il 4 e 5 novembre 2004 il Consiglio europeo riunitosi a Bruxelles, dando seguito agli impegni assunti a Tampere nel 1999 (nel primo documento programmatico in materia di libertà, sicurezza e giustizia; v. Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, in *Boll. UE*, 1999, n. 10, p. 5 ss.), ha approvato un documento, il c.d. "Programma dell'Aja", dedicato al rafforzamento dello SLSG, pubblicato in *GUUE C 53*, 3 marzo 2005, p. 1 ss.

⁵⁶ H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 813 ss.; P. GIRERD, *op. cit.*, spec. p. 254 ss.; G. RAITI, *op. cit.*, p. 459 s.

⁵⁷ COM(2006)346 def., Comunicazione della Commissione europea, del 28 giugno 2006, predisposta reiterando una Comunicazione già avanzata al Consiglio nel 2004. Progetto di Decisione del Consiglio che adatta le disposizioni relative alla Corte di giustizia nei settori contemplati al titolo IV della parte terza del trattato che istituisce la Comunità europea. Per una analisi, v. G. GATTINARA, *La Commissione propone di modificare la disciplina della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia nelle materie oggetto del titolo IV del Trattato CE*, in *Sud in Europa*, 2006, n. 4.

⁵⁸ Tale comma esclude la competenza della Corte di giustizia "a pronunciarsi sulle misure o decisioni adottate a norma dell'articolo 62, punto 1, in materia di mantenimento dell'ordine pub-

allineate le competenze pregiudiziali in materia a quelle ordinarie. Diverse erano le motivazioni addotte a fondamento di una tale proposta. In primo luogo veniva sottolineata l'imprescindibile necessità di garantire uniforme interpretazione ed applicazione della normativa comunitaria, specie in un ambito tanto delicato quanto quello dello SLSCG, in cui si è progressivamente sviluppato un importante *corpus* normativo in materia di asilo, immigrazione, ricongiungimenti familiari, responsabilità genitoriale nei confronti dei minori contesi, libera circolazione delle persone (sia cittadini comunitari che cittadini di Paesi terzi). In tal senso, se da un lato la proposta sembra rafforzare l'attribuzione alla Corte di un ruolo di tipo costituzionale, dall'altro mira a consolidare anche in queste materie "un'effettiva cooperazione fra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali"⁵⁹, con un più fattivo avvicinamento a quello che è stato definito "pluralismo costituzionale dell'Unione"⁶⁰. Ancora, il riconoscimento a tutti giudici nazionali della possibilità di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia avrebbe consentito di garantire una protezione giudiziaria effettiva per gli individui in tempi ragionevoli.

A sua volta, il Parlamento europeo in seduta plenaria⁶¹ ha adottato una risoluzione legislativa che approva il progetto di decisione del Consiglio, invitandolo nel contempo ad accelerare l'attivazione della clausola-passerella⁶². Il Consiglio ha dunque presentato il progetto di decisione alle Delegazioni, in vista della preparazione della riunione del Gruppo "Corte di giustizia". Nonostante l'impegno profuso per raggiungere un accordo, tuttavia i negoziati inter-istituzionali non hanno evidenziato un sostanziale progresso a causa di alcuni aspetti

blico e di salvaguardia della sicurezza interna". V. Comunicazione della Commissione, cit., p. 6 s.

⁵⁹ Sentenza del 22 febbraio 1990, causa C-221/88, *Comunità europea del carbone e dell'acciaio contro Fallimento acciaierie e ferriere Busseni SpA*, Raccolta, p. I-495, punto 13.

⁶⁰ T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 9. Con riferimento al costituzionalismo dell'Unione, l'autore riporta le considerazioni di C. TIMMERMANS, *The Constitutionalisation of the European Union*, in *YEL*, 2002, p. 1 ss., cui si rinvia per un approfondimento. Si vedano anche C. GREWE, H. LOUIS FABRI, *Droits Constitutionnels Européens*, Paris, 1995; J. H. H. WEILER, J. P. TRACHTMAN, *European Constitutionalism and its Discontent*, in *Northwestern JILB*, 1996-97, p. 354 ss.; N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, EUI, Working Paper, 2001; G. DE BÚRCA, J. B. ASCHENBRENNER, *The Development of European Constitutionalism and the Role of EU Charter of Fundamental Rights*, in *Columbia JEL*, 2003, p. 360 ss.; J. H. H. WEILER, M. WIND (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2003; M. POIARES MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, p. 502 ss.; ID., *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *EJLS*, 2007; J. KOMÁREK, M. AVBELJ (eds.) *Four Visions of Constitutional Pluralism, A Communication Between Miguel Poiares Maduro, Neil Walker, Mattias Kumm and Julio Baquero Cruz*, EUI Working Paper, 2009.

⁶¹ Il progetto di Decisione del Consiglio era stato discusso in seno alla Commissione giuridica (JURI) del Parlamento europeo nell'ambito della procedura di consultazione (Doc. n. A6-0082/2007, del 27 marzo 2007, Relatore Jozsef Szajer).

⁶² Doc. P6_TA(2007)0140, 25 aprile 2007. Tutti i predetti documenti sono disponibili *on line* sul sito dell'Osservatorio legislativo (OEIL) del PE europarl.europa.eu/oeil, rif. procedura CNS/2006/0808.

particolarmente complessi di questa materia, sui quali non è stato finora possibile conciliare le varie posizioni⁶³.

Vale comunque la pena di commentare la proposta, che offre infatti una possibile soluzione a problematiche rilevanti, la prima delle quali riguarda il rischio di incongruenze negli obblighi ricadenti sul giudice nazionale. La maggioranza dei commentatori ha rilevato, infatti, come la previsione di cui all'art. 68, par. 1, TCE comporti un rilevante problema di effettività della tutela giurisdizionale nel precludere al giudice non di ultima istanza il rinvio alla Corte di giustizia, in particolare per quel che riguarda le pregiudiziali di validità⁶⁴ e, contestualmente, nell'impedirgli di dichiarare invalido un atto ritenuto lesivo di un diritto individuale. La dottrina ha allora formulato diverse ipotesi miranti a ridurre gli effetti derivanti dalla restrizione del potere di rinvio previsto dall'art. 68 TCE: si è ad esempio ritenuto che si potesse estendere il potere di sospensione provvisoria, già previsto nella sentenza *Foto-Frost*⁶⁵, o che fosse necessario consentire ai giudici non di ultima istanza la verifica della validità degli atti e la loro eventuale disapplicazione⁶⁶, con deroga rispetto alla disciplina generale, pur in assenza di legittimazione ad investire la Corte comunitaria, o ancora, che la Corte di giustizia dovesse considerare come ricevibili, nonostante il contrasto con la lettera dell'articolo, le questioni pregiudiziali di validità sollevate da istanze di primo o di secondo grado⁶⁷, con approccio simile a quello tenuto dalla stessa Corte del Lussemburgo con riferimento all'obbligo di rinvio per i giudici non di ultima istanza nell'ambito della pregiudiziale di validità nella disciplina ordinaria dell'art. 234 TCE⁶⁸.

Una seconda questione concerne l'ulteriore pericolo di contrarietà della norma comunitaria alle garanzie riconosciute dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Infatti, la preclusione della possibilità di far valere l'invalidità di un atto sino all'ultima istanza potrebbe risultare incompatibile con il diritto ad un rimedio effettivo, tutelato dall'art. 13 CEDU, che costituisce principio generale dell'ordinamento comunitario e che dovrebbe trovare equivalente tutela nei due sistemi. In particolare per materie quali quelle ricadenti nel titolo IV TCE, in cui è particolarmente evidente il collegamento con i diritti fondamentali.

L'approvazione della proposta, ulteriormente, consentirebbe di ricondurre ad una maggiore coerenza l'intera materia della competenza pregiudiziale della Corte, anche con riferimento alla comunitarizzazione delle convenzioni

⁶³ Doc. n. 8943/07 del 26 aprile 2007 (Progetto di decisione del Consiglio che adatta le disposizioni relative alle competenze della Corte di giustizia contemplate al titolo IV del trattato che istituisce la Comunità europea – Preparazione della riunione del Gruppo “Corte di giustizia” del 22 maggio 2007).

⁶⁴ P. EECKHOUT, *op. cit.*, p. 153 ss.

⁶⁵ Sentenza *Foto-Frost*, cit.

⁶⁶ L. GAROFALO, *op. cit.*, p. 806, nota 5; G. GAJA, *op. cit.*, p. 143 ss. *Contra*, v. P. GIRERD, *op. cit.*, p. 245 s.; G. STROZZI, *Diritto istituzionale dell'Unione europea. Dal Trattato di Roma al Trattato di Nizza*, Torino, 2001, p. 323; G. RAITI, *op. cit.*, p. 468 ss.

⁶⁷ A. ADINOLFI, *Art. 68 TCE*, cit., p. 317.

⁶⁸ Sentenza *Foto-Frost*, cit.

internazionali nelle materie oggetto del titolo IV TCE. Difatti, con la modifica suggerita verrebbe a trovare soluzione la questione della diversa legittimazione dei giudici nazionali ad effettuare il rinvio nell'ambito della Convenzione di Bruxelles⁶⁹ (così come disciplinato nel Protocollo di Lussemburgo del 1971⁷⁰) e nel regolamento che la comunitarizza⁷¹. Nel primo caso, infatti, i giudici di appello risultavano autorizzati a rinviare alla Corte comunitaria; il regolamento comunitario, invece, adottato sulla base dell'art. 61, lett. c) TCE, ricade nell'ambito delle disposizioni di cui all'art. 68 TCE e comporta l'anomala conseguenza di consentire il rinvio pregiudiziale d'interpretazione ai soli giudici di ultima istanza⁷².

5. Parallelamente, la Corte di giustizia, nell'ambito della sua competenza, ha assunto un'iniziativa autonoma, volta a modificare il proprio regolamento di procedura⁷³. Nel 2006 la Corte ha infatti trasmesso al Consiglio un documento di riflessione al fine di introdurre nel regolamento di procedura un procedimento pregiudiziale d'urgenza riferito espressamente alle materie dello SLSG, da aggiungere al procedimento accelerato ("*accelerated procedure*"), previsto nell'ambito dell'art. 104 *bis* del predetto regolamento, alla procedura semplificata di cui all'art. 104, 3° co., e alle altre procedure anticipatorie, non riferite precipuamente al rinvio pregiudiziale, previste nel regolamento di procedura e nello statuto della Corte: procedimento accelerato nei ricorsi diretti ("*expedited procedure*")⁷⁴, decisione

⁶⁹ Convenzione di Bruxelles del 1968 (versione consolidata), cit.

⁷⁰ Primo protocollo del 3 giugno 1971 (versione consolidata), cit.

⁷¹ Regolamento 44/2001, cit.

⁷² Per un cenno in proposito v. K. LENAERTS, *The Unity of European Law and the Overload of the ECJ. The System of Preliminary Rulings Revisited, in The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, 6th International ECLN (European Constitutional Law Network) Colloquium/IACL Round Table, 2005, disponibile *on line* sul sito kluwerlawonline.com. L'autore richiama l'ordinanza del 22 marzo 2002, causa C-24/02, *Marseille Fret SA*, punti 14 e 15: "tale regolamento è stato adottato in base all'art. 61, lett. c), CE, risulta dall'art. 68, n. 1, CE che soltanto gli organi giurisdizionali avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno sono legittimati a domandare alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla sua interpretazione. Tenuto conto di tali circostanze, occorre applicare l'art. 92, n. 1, del regolamento di procedura e dichiarare che la Corte è manifestamente incompetente a statuire sulle questioni proposte dal Tribunal de commerce de Marseille".

⁷³ Documento di riflessione del 25 settembre 2006, (doc. 13272/06), poi integrato da un successivo documento, trasmesso su richiesta del Consiglio il 22 dicembre 2006 (doc. 17013/06).

⁷⁴ Modifica al regolamento di procedura della Corte di giustizia del 28 novembre 2000, introduzione dell'art. 62 bis, *GUCE* L 322, 19 dicembre 2000, p. 1 ss.; e modifica al regolamento di procedura del tribunale, introduzione dell'art. 76 bis, *GUCE* L 322, 19 dicembre 2000, p. 4 ss.; entrato in vigore il 1° febbraio 2001. Per un commento, v. A. ALÌ, *La riforma della giustizia comunitaria: le recenti modifiche del regolamento di procedura della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee*, in *RDIPP*, 2001, p. 365 ss.; G. PORCELLI, *Le modifiche ai regolamenti di procedura della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 171 ss.

con priorità e possibilità di statuire senza le conclusioni⁷⁵ dell'Avvocato generale⁷⁶.

Tale innovazione è risultata necessaria in considerazione del fatto che i precitati procedimenti anticipatori, di natura eccezionale, non hanno prodotto risultati apprezzabili nell'ambito della competenza pregiudiziale. Infatti il procedimento accelerato di cui all'art. 104 *bis*⁷⁷ è utilizzabile nell'ambito dei procedimenti di rinvio *ex art.* 234 TCE solo nel caso in cui sia stato richiesto dal giudice nazionale e sia stata valutata positivamente da parte del giudice comunitario la sussistenza di un'urgenza straordinaria, tale da giustificare la delibazione immediata. Tale procedura ha pertanto trovato applicazione solo in un numero molto ristretto di cause, avendo la Corte applicato criteri estremamente restrittivi nel verificare la sussistenza del requisito di eccezionale urgenza⁷⁸. La procedura

⁷⁵ Possibilità introdotta dal Trattato di Nizza qualora nella causa non vi fossero da trattare punti di diritto nuovi. Art. 20, 5° co., dello Statuto della Corte di giustizia. Per un commento, v. J. INGHELAM, *Les arrêts sans conclusions de l'Avocat Général: aperçu de l'application, depuis le traité de Nice, de l'article 20, dernier alinéa, du statut de la Cour*, in *DUE*, 2007, p. 183 ss.

⁷⁶ Tali procedimenti anticipatori, non specificamente previsti per i casi di rinvio pregiudiziale, risultano di applicazione generalizzata (procedura con priorità) o sono attivabili nei casi di ricorsi diretti davanti al tribunale di prima istanza (art. 76 *bis*, reg. proc. Trib.) e alla Corte (art. 62 *bis* reg. proc. Corte). Questi ultimi sono stati utilizzati per la maggior parte nell'ambito dei procedimenti di annullamento *ex art.* 230 TCE. Si veda, per un esempio, la sentenza del 13 luglio 2004, causa C-27/04 P, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-6649. Gli effetti discendenti dal ricorso a tali procedure sono riconducibili all'anticipazione della trattazione orale rispetto al numero di causa (decisioni con priorità *ex art.* 55, 2° co., reg. proc. Corte, e procedimento accelerato nei ricorsi diretti) e all'abbreviazione della fase scritta del procedimento (procedimento accelerato *ex art.* 62 *bis* reg. proc. Corte). Anche l'espedito tecnico della priorità è risultato raramente utilizzato dalle parti ed ancora meno concesso dalla Corte. Si veda il Rapporto annuale della Corte del 2002, nel quale si riconosce l'eccezionalità dell'anno *de quo*, con riferimento all'accoglimento di due richieste di procedere con priorità (causa C-274/02, *Commissione c. Francia*, poi però cancellata dal ruolo con ordinanza del 5 dicembre 2002, e causa C-491/01, *British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco*, *Raccolta*, p. I-11453). Rapporto Annuale della Corte di giustizia, 2002, p. 7, disponibile *on line* sul sito www.curia.eu. Ma anche in questi casi i giudici comunitari hanno verificato con estremo rigore la sussistenza dei requisiti di "particolare urgenza" (sostanzialmente riconducibili a quelli "eccezionale urgenza" del procedimento accelerato nei rinvii pregiudiziali) previsti per l'applicabilità di tali procedure, riconoscendone discrezionalmente la sussistenza solo in un numero molto ristretto di casi. Per una disamina, v. E. BARBIER DE LA SERRE, *Accelerated and Expedited Procedures Before the EC Courts: A Review of the Practice*, in *CML Rev.*, 2006, p. 796 ss.

⁷⁷ Modifica al regolamento di procedura della Corte di giustizia del 16 maggio 2000, *GUCE L* 122, 24 maggio 2000, p. 43 ss., entrato in vigore il 1° luglio 2000.

⁷⁸ Ad esempio, non è stata riconosciuta l'urgenza in un caso in cui la decisione della corte nazionale avrebbe avuto un impatto sul mercato del lavoro (svedese) ma non erano state fornite da parte della corte rimettente motivazioni riguardanti l'urgenza del caso principale: v. ordinanza del Presidente della Corte, del 15 novembre 2005, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet e al.*, punto 10: "En effet, il n'est fait mention dans la décision de renvoi que d'un seul chantier affecté par une action collective menée par les syndicats mentionnés au point 2 de la présente ordonnance, à savoir le chantier de construction d'un établissement scolaire à Vaxholm. À supposer même que les chantiers concernés soient plus nombreux qu'il n'apparaît dans ladite décision, il n'en reste pas moins que, si la juridiction nationale a sou-

semplificata⁷⁹, modificata di recente⁸⁰, consente invece ai giudici comunitari di decidere con ordinanza motivata su un rinvio pregiudiziale formulato ai sensi dell'art. 234 TCE, senza ascoltare le argomentazioni orali delle parti e senza le conclusioni scritte dell'Avvocato generale⁸¹. Il ricorso a tale procedura è ammissibile⁸² nei casi in cui la questione riferita sia identica ad altra già decisa, ovvero qualora la risposta al quesito possa essere interamente dedotta dalla giurisprudenza esistente (c.d. *acte éclairé*), o quando non sussistano dubbi ragionevoli in riferimento al quesito (c.d. *acte clair*)⁸³. Si rinvencono, cioè, sul punto gli stessi criteri identificati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di insussistenza dell'obbligo di rinvio alla Corte per pregiudiziali interpretative a carico dei giudici nazionali di ultima istanza⁸⁴, che però si rivolgono *ratione personae* a giudici distinti⁸⁵. In tali ipotesi la Corte può statuire in qualsiasi momento, menzionando il riferimento alla precedente giurisprudenza pertinente⁸⁶. Tuttavia, neppure il ricorso a tale procedura esplica effetti rilevanti con riferimento alla

ligné l'importance potentielle que revêt le litige au principal, elle n'a pas pour autant établi l'urgence à statuer sur ce dernier". È stata invece riconosciuta l'eccezionale urgenza in un caso di rischio di diffusione di afta epizootica sulla base delle considerazioni formulate dal giudice *a quo*, riguardanti il numero di focolai di afta epizootica nei Paesi Bassi, la rapidità di diffusione dell'epizootia, l'incertezza relativamente al modo in cui questa continuerà a diffondersi ed il numero di animali che potrebbero essere abbattuti. V. sentenza della Corte, del 12 luglio 2001, causa C-189/01, *Jippes, Raccolta*, p. I-5689, punto 44.

⁷⁹ Modifica al regolamento di procedura della Corte di giustizia del 19 giugno 1991, *GUCE L* 176, 4 luglio 1991, p. 1 ss.

⁸⁰ Modifica al regolamento di procedura della Corte di giustizia, *GUUE L* 203, 4 agosto 2005, p. 9 ss.

⁸¹ A. ALÌ, *Procedimenti pregiudiziali semplificati e urgenti nelle recenti modifiche del regolamento di procedura della Corte di Giustizia CE: primi casi di applicazione*, in B. NASCIBENE (a cura di), *op. cit.*, p. 83 ss.

⁸² Art. 104, 3° co., reg. proc. Corte.

⁸³ In questo ultimo caso è però previsto che il giudice comunitario informi il giudice del rinvio della propria intenzione di decidere con ordinanza, e che ascolti le eventuali osservazioni degli interessati (art. 104, 3° co., 2° trattino).

⁸⁴ Per tutte, v. sentenza del 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT, Raccolta*, p. 3415 ss.

⁸⁵ Sulle differenze tra i due criteri, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Antonio Tizzano, presentate il 21 febbraio 2002, causa C-99/00, *Kenny Roland Lyckeskog contro Åklagarkammaren i Uddevalla*, punti 53, 73 e soprattutto 74, in relazione alla disamina di similitudini e differenze tra i criteri espressi nella sentenza *CILFIT*, che identificano i casi in cui una Corte nazionale può essere esentata dall'effettuare rinvio pregiudiziale e quelli individuati con riferimento alla possibile applicabilità del procedimento semplificato. L'Avvocato generale nota che le previsioni di cui all'art. 104, par. 3, reg. proc. mirano a considerare "i dubbi che la soluzione della questione può eventualmente suscitare *nella Corte* ai fini della scelta della procedura da seguire per la risposta", laddove i criteri *CILFIT* hanno a riferimento qualità e consistenza "dei dubbi che *il giudice nazionale* deve nutrire rispetto ad una questione di diritto comunitario al fine di decidere se sottoporla o meno alla Corte di giustizia". Ed infatti, precisa ulteriormente l'Avvocato generale, "il fatto che la disposizione in parola fosse indirizzata alla Corte ed avesse avuto esclusivo riguardo alle sue specifiche esigenze risulta ulteriormente confermato dal fatto che nel primo caso manca, a differenza che in *CILFIT*, qualsiasi riferimento alla condizione della pertinenza della questione pregiudiziale con l'oggetto della causa, condizione la cui valutazione spetta in principio al giudice nazionale".

⁸⁶ Per un commento, v. T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 9 ss.

tutela dei diritti individuali⁸⁷, anche perché si limita a prevedere una mera facoltà per la Corte comunitaria di ridurre la fase contraddittoria sulla base della rilevanza dei quesiti prospettati pur se, rispetto alla precedente, risulta utilizzata dalla Corte in maniera decisamente più frequente⁸⁸.

Peraltro è stato notato in dottrina come nel caso in ultimo esaminato si ottiene una reale riduzione dei tempi procedurali solo qualora la procedura semplificata sia avviata nel corso della fase orale, potendo invece risultare più lunga di quella ordinaria nel caso di avvio durante la fase scritta⁸⁹.

Nella proposta relativa all'introduzione di un rinvio pregiudiziale d'urgenza, la Corte ha presentato al Consiglio due opzioni di modifica, la prima caratterizzata da una partecipazione al procedimento pregiudiziale limitata alle sole parti principali, ma compensata dalla possibilità per gli altri soggetti di chiedere il riesame della decisione adottata dal giudice comunitario; la seconda aperta alla partecipazione di tutte le parti e degli altri interessati, ma assortita di regole restrittive circa i termini di presentazione di osservazioni e memorie e circa l'utilizzo dei servizi di traduzione.

Sulla base della preferenza manifestata dal Consiglio per la seconda di queste due ipotesi, è stata presentata una proposta formale⁹⁰, contenente un progetto di modifica del regolamento di procedura della Corte. Nel documento si prevedeva di modificare l'art. 9 del suddetto regolamento e di introdurre un nuovo art. 104 *ter* per un inedito tipo di procedimento pregiudiziale, destinato ai casi in cui venissero sollevate questioni urgenti in materia di libertà, sicurezza e giustizia⁹¹. La proposta è stata approvata dal Consiglio nel dicembre 2007⁹² ed è entrata in vigore il 1° marzo 2008⁹³.

⁸⁷ Per un commento vedi, in ultimo, J. INGHELRAM, *Quelques réflexions relatives à l'utilisation de la procédure préjudicielle simplifiée par la Cour de Justice des CE*, in *DUE*, 2007, p. 285 ss.

⁸⁸ Per un quadro d'insieme, v. J. INGHELRAM, *Quelques réflexions*, cit., tabella 1, p. 290.

⁸⁹ V. in tal senso le considerazioni di J. INGHELRAM, *Quelques réflexions*, cit., p. 294.

⁹⁰ Indirizzata dal Presidente della Corte di giustizia, in forza del potere attribuitogli dagli articoli 223, 6° co., TCE e 139, 6° co., TCEEA, al Presidente del Consiglio dell'Unione europea. Documento n. 11759/07, dell'11 luglio 2007 disponibile *on line* sul Registro del Consiglio: register.consilium.europa.eu.

⁹¹ Nello specifico, l'allegato alla nota di trasmissione prevedeva l'istituzione nell'ambito della Corte di una o, in caso di un carico di lavoro notevole, di più sezioni a cinque giudici, incaricate per periodi annuali di ricevere i rinvii pregiudiziali nel settore SLSG, di verificare la sussistenza di requisiti d'urgenza e di decidere se sottoporre o meno il rinvio al procedimento pregiudiziale d'urgenza. La decisione nel merito sarebbe invece stata definita da un collegio di tre giudici o, nel caso in cui l'importanza o la complessità della causa l'avessero giustificato, da un collegio giudicante più ampio, sulla base di quanto riportato dal giudice relatore.

⁹² Previa discussione da parte del Consiglio Giustizia e Affari Interni, che ha demandato ai propri organi istruttori un esame più approfondito della questione (documento n. 12705/07 del 18 settembre 2007, punto 7, p. 3, disponibile *on line* sul Registro del Consiglio). Decisione del Consiglio, del 20 dicembre 2007, recante modifica del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia, *GUUE L* 24, 29 gennaio 2008, p. 42 ss. Si veda anche il documento Modifiche del regolamento di procedura della Corte di giustizia, cit., p. 39 ss.

⁹³ Per un primo commento v. C. HONORATI, *Il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *RDIPP*, 2008, p. 625 ss. Si veda an-

6. Le modalità di attivazione della procedura d'urgenza sono, come accennato, duplici: normalmente la richiesta deve essere presentata da parte del giudice nazionale, chiamato anche ad esporre "le circostanze di diritto e di fatto che comprovano l'urgenza e giustificano l'applicazione di tale procedimento derogatorio"⁹⁴, avendo anche la facoltà di proporre una soluzione alle questioni pregiudiziali presentate; in via del tutto eccezionale la proposta "può" essere presentata d'ufficio da parte del Presidente della stessa Corte di giustizia⁹⁵, qualora risultino evidenti motivi che impongono tale procedimento.

Le ipotesi nelle quali è possibile attivare la procedura d'urgenza devono essere eccezionali e riguardare, ad esempio, con elencazione non esaustiva "una persona detenuta o privata della libertà, qualora la soluzione data alla questione sollevata sia determinante per valutare la situazione giuridica di tale persona, ovvero, una controversia relativa alla potestà dei genitori o alla custodia dei figli, qualora la competenza del giudice adito in base al diritto comunitario dipenda dalla soluzione data alla questione pregiudiziale"⁹⁶. In mancanza di tali requisiti, ma qualora ragioni d'urgenza lo richiedano, resta comunque possibile procedere con procedura accelerata sentito l'Avvocato generale, per quanto tale procedura, non perfettamente rispondente alle peculiari finalità dello SLSCG, non sia stata frequentemente invocata in questo settore⁹⁷.

che la notizia riportata in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 961 ss., nonché l'Editorial *Speeding up the Preliminary Reference Procedure. Fast but not too Fast*, in *ELR*, 2008, p. 617 s.

⁹⁴ Art. 104 *ter*, 1° co., reg. proc. Corte.

⁹⁵ Art. 104 *ter*, par. 1, 3° co.: "Se il giudice nazionale non ha presentato alcuna domanda diretta all'adozione del procedimento d'urgenza, il presidente della Corte, qualora l'applicazione di tale procedimento sembri, *prima facie*, imporsi, può chiedere alla sezione di seguito indicata di verificare la necessità di sottoporre il rinvio al detto procedimento".

⁹⁶ Comunicazione di integrazione alla nota informativa della Corte di giustizia, riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, punto 3, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 961 ss. In proposito appare allora improprio il richiamo alla procedura d'urgenza effettuato dalla legge italiana del 6 giugno 2008, n. 101, relativa alla conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, in *GURI* 132, del 7 giugno 2008. La legge prevede infatti che, qualora la sospensione dei titoli di pagamento si fondi su motivi attinenti alla illegittimità della decisione di recupero, il giudice o la Commissione tributaria provinciale provvedano "alla sospensione del giudizio e all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di giustizia delle Comunità europee, con richiesta di trattazione d'urgenza ai sensi dell'articolo 104 *ter* del regolamento di procedura della Corte di giustizia del 19 giugno 1991, *GUCE* L 176 del 4 luglio 1991, e successive modificazioni, se ad essa non sia stata già deferita la questione di validità dell'atto comunitario contestato". Risulta tuttavia evidente l'estraneità delle procedure di recupero di aiuti di Stato rispetto alle fattispecie caratterizzate dai requisiti di urgenza richiesti per accedere alla procedura d'urgenza di cui all'art. 104 *ter* reg. proc. Corte. Si attendono in proposito gli esiti degli eventuali primi rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia.

⁹⁷ In ultimo, con riferimento al tema dell'immigrazione, v. causa C-127/06, *Blaise Baheten Metock e al. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, riferita ad un rinvio pregiudiziale effettuato dalla High Court of Ireland il 25 marzo 2008, vertente sull'interpretazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto di cittadini dell'Unione e dei membri delle loro famiglie di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri. Le ragioni d'urgenza fatte valere

Qualora la sezione incaricata della decisione ritenga che non sussistano i requisiti per procedere con urgenza, la causa torna ad esser regolata mediante il procedimento pregiudiziale ordinario; se invece si ritengano integrati i requisiti predetti, la decisione della sezione a cinque giudici viene immediatamente comunicata senza essere tradotta in lingue ulteriori rispetto a quella processuale, al giudice nazionale, alle parti della causa principale, allo Stato membro e alle istituzioni interessate, che sono contemporaneamente informati di un termine, molto breve, per la presentazione di eventuali memorie o osservazioni scritte. Scaduto tale termine, la Corte notifica il rinvio pregiudiziale a tutte le parti e agli altri interessati, questa volta unitamente alle traduzioni della domanda, delle memorie e delle osservazioni eventualmente presentate, convocando tutte le parti all'udienza dibattimentale, salvaguardando così il principio del contraddittorio fra le parti nella fase orale del procedimento. La sezione incaricata decide, "sentito" l'Avvocato generale. Trova quindi conferma anche in questo caso l'esclusione del ricorso alle conclusioni scritte, in analogia a quanto già previsto nell'ambito del procedimento accelerato, che limita l'intervento dell'Avvocato generale ad una procedura informale, tramite audizione orale⁹⁸.

7. Tale procedura, originata, come logico, da finalità diverse rispetto a quelle che hanno ispirato la proposta di modifica dell'art. 68 TCE, ove si propone l'estensione *ratione personae* della legittimazione a ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, pare però in linea con le finalità perseguite dalla proposta della Commissione. Scopo della proposta del Presidente Skouris è stato infatti quello di ridurre il carico di lavoro della Corte, ma si è perseguito espressamente anche l'intento di assicurare, nell'ambito dello SLSG, tutela effettiva e rapida nei casi di particolare urgenza.

Con riferimento alla prima finalità, il procedimento accelerato tradizionale, introdotto dal Trattato di Nizza all'art. 245, 2°co. TCE, e disciplinato dall'art. 104 *bis* reg. proc., non aveva infatti contribuito a snellire il cumulo di lavoro della

nel caso di specie erano duplici: è stata primariamente evidenziata l'esigenza di speditezza per lo stesso Ministero nella determinazione di un'eventuale sua responsabilità a seguito del rifiuto del riconoscimento di carte di soggiorno a cittadini di Stati terzi che non possiedano residenza legale anteriore in altro Stato membro. Ulteriormente, veniva fatta valere la necessità di rispettare il diritto alla vita familiare, tutelato dall'art. 8 della CEDU e protetto nell'ordinamento giuridico comunitario, diritto che risultava non goduto dalle parti ricorrenti per due motivi: in un caso a cagione della separazione forzata di una coppia di sposi a seguito dell'arresto del marito, cittadino nigeriano, e della sua successiva espulsione dell'Irlanda; negli altri a causa della condizione di irregolarità di tre cittadini di Paesi terzi che, pur non destinatari di decreto di espulsione, tuttavia si trovavano privi della possibilità di lavorare e di condurre una vita familiare regolare (punti 11-14 dell'ordinanza del Presidente della Corte, del 17 aprile 2008, che dispone il procedimento accelerato, ai sensi degli articoli 23 *bis* dello Statuto e 104 *bis* reg. proc.).

⁹⁸ In tal senso v. A. DAMATO, *Rito breve su domanda del giudice nazionale o per iniziativa del Presidente della Corte CE*, in *Guida al Diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2008, n. 2, p. 48 s. Ritieni tuttavia ricorrere la necessità di disporre delle conclusioni C. HONORATI, *op. cit.*, p. 627. In senso analogo, sottolinea l'opportunità di disporre delle conclusioni dell'Avvocato generale l'Editorial *Speeding up*, *cit.*, p. 618.

Corte, poiché non prevedeva modifiche alle normali fasi del procedimento pregiudiziale, ma poggiava sul riconoscimento di una priorità assoluta in ciascuna fase ad una determinata causa, accelerata a discapito delle altre cause pendenti.

Né a tal fine, come sopra si è cercato di indicare, soccorre la procedura semplificata di cui all'art. 104, par. 3, reg. proc.

La modifica introdotta dalla Corte di giustizia intende invece influire sui tempi di deliberazione, qualora “a domanda del giudice nazionale o, in via eccezionale, d’ufficio” (nuovo art. 104 *ter*, par. 1, reg. proc. Corte), si ritenga necessario applicare un procedimento urgente, strutturato in una fase scritta, salvi casi eccezionali di estrema urgenza in cui viene omessa⁹⁹, che si limita ai soggetti del procedimento che hanno la padronanza della lingua processuale, e in una fase orale aperta a tutti gli interessati. Inoltre, sempre al fine di accelerare la procedura di deliberazione, si prevede che il procedimento si sviluppi per via elettronica e che le comunicazioni fra Corte, giudici nazionali, parti della causa principale, Stati membri, Commissione e, quando ne sia il caso, Parlamento europeo e Consiglio si svolgano prioritariamente per mezzo dello strumento elettronico (art. 104 *ter*, par. 6, reg. proc.).

Con riferimento alla seconda finalità, la procedura d’urgenza mira a garantire un’applicazione uniforme dell’istituto negli ambiti materiali di competenza della Comunità relativi allo SLSCG, garantendo inoltre a tutte le parti e agli eventuali interessati di partecipare alla procedura, a condizioni simili a quelle di un normale procedimento pregiudiziale. In questo senso sembra opportuna la preferenza accordata dal Consiglio alla seconda opzione presentata dalla Corte, l’unica in grado di consentire la partecipazione a tutti i soggetti e dunque di tener conto delle posizioni di ciascuno.

Peraltro, riconoscendo l’applicabilità della nuova procedura a tutte le cause vertenti *ratione materiae* nell’ambito dello SLSCG, e dunque anche a quelle relative alla cooperazione penale, contribuisce a rafforzare la coerenza generale del sistema e depone ulteriormente a favore della modifica al Trattato CE proposta nel Trattato di Lisbona. Il nuovo assetto così introdotto risulta infine pienamente compatibile con le tutele garantite dalla Convenzione europea per i diritti dell’uomo (articoli 6 e 13 CEDU). Infatti, la previsione di un termine istruttorio molto ridotto garantisce al contempo il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e quello di tempi ragionevoli per la decisione della controversia, particolarmente rilevanti in ambiti delicati per la tutela dei diritti fondamentali, quali quelli dello SLSCG.

Tuttavia, il richiamo nell’art. 104 *ter* ai settori del titolo VI TUE e del titolo IV TCE e lo specifico riferimento agli articoli 35 TUE e 68 TCE nella nota informativa diffusa dalla Corte in tema di procedura d’urgenza¹⁰⁰ sembrano mantenere inalterate le disposizioni ivi previste in ordine alla legittimazione a proporre il rinvio. La previsione, dunque, appare insufficiente da un punto di vista

⁹⁹ Art. 23 *bis* dello Statuto della Corte di giustizia.

¹⁰⁰ Punto 3 del documento integrativo emanato in seguito all’entrata in vigore del procedimento pregiudiziale d’urgenza applicabile ai rinvii relativi allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, reperibile *on line* sul sito della Corte.

di tutela sostanziale delle posizioni soggettive dei singoli, poiché mantiene fermi gli stringenti limiti entro cui le norme sopra richiamate consentono di sollecitare l'interpretazione della Corte. Circostanza che non appare del tutto coerente con l'esigenza di soddisfare quelle necessità di urgenza richieste ed espressamente richiamate ai fini dell'applicabilità della procedura.

8. L'estensione dell'applicabilità della nuova procedura d'urgenza all'intero SLSG appare infine consonante con le previsioni del nuovo Trattato di riforma. Come noto, esso prevede la soppressione dell'art. 68 TCE e dell'art. 35 TUE, eliminando ogni distinzione tra il regime del rinvio pregiudiziale nell'ambito del titolo IV del Trattato CE/titolo VI TUE e quello generale dell'art. 234 TCE. Del resto, l'eliminazione di ogni elemento di specialità nel regime del rinvio pregiudiziale nello SLSG, rispetto alla disciplina comune, era già prevista nell'ambito del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e viene qui confermata.

Il Trattato di riforma, riproponendo quanto già previsto nell'ambito del Trattato costituzionale, prende in considerazione la procedura d'urgenza introdotta dalla Corte di giustizia in materia di SLSG e pone una nuova disciplina rispetto all'attuale art. 234 TCE, stabilendo che, qualora venga sollevata una questione pregiudiziale con riguardo ad una persona in stato di detenzione, la Corte di giustizia debba pronunciarsi nel più breve tempo possibile¹⁰¹.

Il Trattato sul funzionamento dell'UE ripropone anche, nell'art. 276, l'unica eccezione di specifica restrizione alla competenza pregiudiziale della Corte in materia, che nel Trattato costituzionale era disciplinata nell'art. III-377¹⁰². Tale restrizione trova applicazione però solo con riferimento alle leggi penali e di polizia. Tutte le altre limitazioni risultano dunque abrogate.

9. A riprova dell'interesse delle giurisdizioni nazionali verso tale innovazione, già nel breve lasso di tempo fra la pubblicazione della Decisione del Consiglio di modifica del regolamento di procedura della Corte di giustizia e la sua entrata in vigore, è stata depositata presso la Corte una domanda di rinvio pregiudiziale, proveniente dalla terza sezione penale dello *Oberlandesgericht Stuttgart* (Germania), contenente la richiesta di ricorso al procedimento di cui all'art. 104 *ter* reg. proc.¹⁰³. Il caso riguardava un procedimento di estradizione

¹⁰¹ Art. 267, 4° co., TFUE (già art. III-369 Trattato costituzionale). Numerazione della versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, pubblicata in *GUUE* C115, 9 maggio 2008. V. anche l'art. 23 *bis* del Protocollo 3 sullo Statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea, inserito con decisione 2008/79/CE ed Euratom, *GUUE* L 24, 29 gennaio 2008, p. 42.

¹⁰² Art. III-377: "Nell'esercizio delle attribuzioni relative alle disposizioni dei capi 4 e 5 della parte terza, titolo V, concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna".

¹⁰³ Domanda del 18 febbraio 2008, causa C-66/08, *procedimento penale a carico di Szymon Kozłowski*.

nei confronti di un cittadino polacco, detenuto per altra causa in un istituto penitenziario di Stoccarda. Nel caso di specie, tuttavia, la procedura non è risultata applicabile: l'ordinanza del Presidente della Corte del 22 febbraio 2008 ha precisato, infatti, che la procedura in questione, pur se pubblicata nel gennaio 2008, sarebbe entrata in vigore solo "il primo giorno del secondo mese successivo a quello della pubblicazione stessa" e dunque a partire dal 1° marzo 2008, come peraltro correttamente richiamato nella domanda di rinvio. Introdotta prima di tale data, la causa non poteva essere soggetta ad una procedura d'urgenza. La Corte, tuttavia, "avuto riguardo allo spirito di cooperazione che caratterizza le relazioni tra le giurisdizioni nazionali e la corte, [ha] interpreta[to] la domanda della giurisdizione di rinvio come mirante a una riduzione sostanziale della durata del trattamento della presente causa e la [ha] considera[ta] come una domanda di procedura accelerata, in applicazione dell'articolo 104 bis, primo comma, del proprio regolamento di procedura"¹⁰⁴.

Dalla sua entrata in vigore, tre sono state le cause decise con procedura d'urgenza, una relativa alla cooperazione civile, le altre riferite alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Nella causa *Rinau* la domanda di rinvio, proposta dalla Corte suprema lituana, verteva sull'interpretazione di alcune norme del regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. La questione concerneva il rimpatrio nello Stato d'origine dei figli minori illecitamente trattenuti in altro Stato membro, ciò che motivava l'applicazione della procedura d'urgenza. La trattazione orale della causa è avvenuta il 26 giugno davanti alla terza sezione della Corte di giustizia, a meno di due mesi dalla presentazione della domanda pregiudiziale, e la causa è stata definita nel luglio 2008, sentito l'Avvocato generale¹⁰⁵.

Nel rinvio relativo alla causa *Goicoechea*, proposto nell'ambito di un procedimento di estradizione¹⁰⁶, la Corte remittente¹⁰⁷ ha chiesto indicazioni circa la possibilità di utilizzare, nella formulazione di una domanda di estradizione, la Convenzione del 1996 relativa all'extradizione nell'UE¹⁰⁸, in luogo della decisione-quadro relativa al mandato di arresto europeo, che la sostituisce a partire dal 1° gennaio 2004¹⁰⁹. Nel caso di specie, la procedura d'urgenza è apparsa motivata dal fatto che il soggetto nei cui confronti era stata chiesta l'estradi-

¹⁰⁴ Ordinanza del Presidente della Corte, punto 8.

¹⁰⁵ Domanda di pronuncia pregiudiziale del Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania), proposta il 14 maggio 2008. Sentenza della Corte dell'11 luglio 2008, causa C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Si veda il commento di M. FRAGOLA, *Il primo rinvio pregiudiziale "d'urgenza": il caso Rinau*, in *DCSI*, 2008, p. 765 ss.

¹⁰⁶ Domanda del 3 luglio 2008, causa C-296/08 PPU, *Ignacio Pedro Santesteban Goicoechea*.

¹⁰⁷ Si tratta della Cour d'Appel di Montpellier.

¹⁰⁸ Convenzione stabilita sulla base dell'articolo K.3 TUE con atto del Consiglio 27 settembre 1996 e sottoscritta in pari data da tutti gli Stati membri, relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, *GUCE* C 313, 23 ottobre 1996, p. 12 ss.

¹⁰⁹ Decisione-quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, *GUCE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1 ss.

zione, scontata la pena del carcere per fatto diverso, era ancora detenuto a titolo di custodia cautelare in attesa del procedimento di estradizione nel cui quadro era maturata la questione pregiudiziale. La Corte, chiamata ad interpretare gli articoli 31 e 32 della decisione-quadro, nella sentenza ha stabilito la facoltà, per uno Stato membro, di utilizzare nelle proprie relazioni con un altro Stato membro procedure diverse da quelle previste dalla decisione-quadro, segnatamente quelle previste dalla Convenzione di Dublino, e la “possibilità, per lo Stato dell’esecuzione del mandato d’arresto, di applicare una convenzione adottata anteriormente al 1° gennaio 2004, ma entrata in vigore, in detto Stato, successivamente a tale data”¹¹⁰.

Nella recente sentenza *Leymann-Pustovarov*¹¹¹, le autorità finlandesi avevano spiccato due mandati d’arresto nei confronti di un cittadino spagnolo e di uno polacco alle rispettive autorità nazionali, per un sospetto di importazione illecita di droga in Finlandia a fini di rivendita. La giurisdizione di rinvio ha motivato la richiesta del procedimento d’urgenza sottolineando come il cittadino polacco, in particolare, già scontasse una pena in prigione per infrazioni diverse, che sarebbe terminata nel marzo 2009. L’urgenza derivava dunque dalla circostanza che, nel caso in cui l’atto d’accusa relativo all’infrazione *de qua* fosse decaduto, la messa in libertà avrebbe potuto essere anticipata. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che fosse possibile modificare la descrizione dei fatti nel corso del procedimento per raffigurare in maniera più precisa una fattispecie, senza che per questo risultasse violata la regola di specialità. Dunque, mentre rimane sempre necessario il consenso dello Stato membro richiesto di eseguire l’extradizione per poter perseguire una persona per un reato diverso, tale consenso non è necessario nell’ipotesi in cui vengano previsti solo emendamenti ad un capo d’imputazione già notificato, che non determinino una diversa caratterizzazione dell’offesa.

10. Da quanto sopra esposto appare possibile esprimersi nel senso d’una tendenziale e progressiva emersione nell’Unione europea d’una tutela giurisdizionale omogenea in tema di rinvio pregiudiziale nell’ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in termini sia procedurali¹¹² che sostanziali¹¹³.

¹¹⁰ Sentenza del 12 agosto 2008, causa C-296/08 PPU, *Goicoechea*, cit. Per un primo commento, v. A. VALENTINI, *Commento alla sentenza C-296/08 PPU: il caso Goicoechea e il secondo rinvio pregiudiziale d’urgenza*, in questa *Rivista*, 2009, p. 267 ss.

¹¹¹ Sentenza del 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Artur Leymann, Aleksei Pustovarov*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹¹² S. PRECHAL, *Administration of Justice in the EU. Who Should Do What?*, in *La Cour de justice des Communautés européennes 1952-2002: Bilan et perspectives*, Brussels, 2004, p. 63 ss.: “Highly sensitive areas – both in political and human terms – [that] require effective, transparent and above all speedy court procedures” (p. 66). In giurisprudenza, v. per tutte la sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti ecologiste “Les Verts” c. Parlamento europeo*, *Raccolta*, p. 1339 ss.

¹¹³ A. ARNULL, *Judicial Architecture or Judicial Folly? The Challenge Facing the European Union*, in *ELR*, 1999, p. 516 ss.: “European law is no longer confined to the realm of trade and commerce, but reaches into the nooks and crannies of national life”.

Nelle more dell'entrata in vigore della nuova disciplina prevista in materia dal Trattato di Lisbona, infatti, appare rafforzata la convergenza verso una coerenza complessiva dell'istituto del rinvio, a seguito dell'avviata messa a regime della nuova procedura d'urgenza nell'intero SLSG. Essa ha già mostrato capacità di accelerare cospicuamente i tempi di delibazione comunitaria per casi particolarmente incompatibili con procedimenti nazionali lenti e protrattisi in più gradi di giudizio, riducendo i rischi di mancato rispetto dei principi fondamentali, primi fra i quali quelli relativi alla tutela giurisdizionale effettiva entro termini ragionevoli ed alla certezza del diritto. Fondamentale si rivelerebbe, a questo proposito, l'ampliamento della legittimazione ad attivare la procedura d'urgenza a tutte le giurisdizioni nazionali, oltre i limiti degli articoli 68 TCE e 35 TUE, che si porrebbe in linea di continuità con i sopra riferiti sviluppi della giurisprudenza della Corte in tema di legittimazione a proporre il rinvio¹¹⁴.

Un ulteriore auspicio riguarda, *de iure condendo*, il superamento della stasi in cui versa la proposta di decisione del Consiglio mirante ad uniformare le modalità di rinvio per le Corti nazionali¹¹⁵.

Le suddette innovazioni, superando il mero assetto procedurale, permetterebbero di fornire un elemento di coerenza anche nell'ambito delle relazioni fra ordinamenti nazionali e comunitario. È noto l'ampio dibattito in dottrina, connotato da posizioni non sempre pacifiche, che configura un rapporto di reciproca interferenza nel meccanismo pregiudiziale. In esso, infatti, i giudici nazionali possono essere considerati parti dell'apparato comunitario e, di converso, i rimedi giurisdizionali propri di tale ordinamento possono entrare nel sistema di tutela giurisdizionale di diritto interno, potendosi addirittura sostituire, se del caso, a quello degli Stati membri, qualora i procedimenti nazionali appaiano contrari alla garanzia dei diritti comunitaria. L'evoluzione del rinvio pregiudiziale sembra allora spiegare la sua influenza anche su aspetti più generali dei rapporti fra ordinamenti, e superare i tradizionali schemi di interazione incentrati su monismo e dualismo, basati su relazioni di tipo verticale: il rinvio costituirebbe in questo senso una delle manifestazioni di quei contatti di tipo "circolare" che parte della dottrina rinviene nel fenomeno comunitario, la cui "capacità di penetrazione e ramificazione nei sistemi nazionali"¹¹⁶ si è rivelata, nel corso dei

¹¹⁴ V. *supra*, par. 7.

¹¹⁵ V. *supra*, par. 4.

¹¹⁶ A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 479 ss., riprodotto anche in *DUE*, 2007, p. 734 ss.; E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 447 ss. Tali previsioni sembrano poi rafforzate dalla recente posizione della Consulta italiana, che per la prima volta ha disposto un rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia: Ordinanza n. 103 del 16 aprile 2008, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, reperibile *on line* sul sito www.giurcost.org, che riporta anche alcuni primi commenti della dottrina. In materia v. anche G. DELLA CANANEA, *The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice: From Separation to Interaction?*, in *EPL*, 2008, p. 523 ss. V. anche la sentenza n. 348 della Corte Costituzionale italiana, del 12 dicembre 2007,

decenni, “assolutamente singolare”¹¹⁷. Anche in una simile prospettiva le limitazioni alla possibilità di dialogo con la Corte di giustizia, attualmente gravanti sulle giurisdizioni nazionali non di ultima istanza, dimostrano la propria inadeguatezza; ed appaiono ancor più stridenti ove si consideri il fondamentale ruolo che proprio tali organi giudiziari hanno svolto nella costruzione e nel consolidamento del sistema giuridico comunitario.

Abstract

Some Remarks on the Recent Evolution of the Preliminary Ruling Procedure to the European Court of Justice: Towards a Uniform Regime in the Area of Freedom, Security and Justice

The article deals with the recent evolution of ECJ case law on preliminary ruling and with the inconsistencies arising out of the differences currently laid down in the regime governing preliminary ruling in the Area of Freedom Security and Justice (Art. 68 TEC and Art. 35 TEU) vis-à-vis the general regime set out in Art. 234 TEC. Two different solutions put forward by the European institutions are analysed: a proposal by the European Commission, aimed at enlarging the possibilities of preliminary rulings in the area of Title IV TEC, aligning Art. 68 TEC with Art. 234, and the recent introduction of a new urgent preliminary ruling procedure (PPU in the French acronym) in the entire field of Freedom Security and Justice, in force as of 1 March 2008. Both are assessed in their pros and cons, and the first cases of application of the urgent procedure are reported. In her concluding remarks, the Author emphasizes the role played by the preliminary ruling procedure in building and strengthening the Community legal system, advocating its function of encouraging the judicial dialogue between national judges and EC judges in a “circular” way, which can be severely affected by the restrictive conditions under which preliminary references are at present admitted in a sensitive area such as Freedom, Security and Justice.

laddove la Consulta riconosce natura sovranazionale all'ordinamento comunitario, salva la tutela dei “controlimiti” nazionali (punto 3.3).

¹¹⁷ A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti*, cit., p. 735.



Note e Commenti

Fino a dove si può spingere il diritto comunitario nell'ambito dell'Unione.

Un commento alla sentenza *ECOWAS* alla luce dei precedenti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I contenuti della sentenza. – 3. Il criterio generale enunciato nella sentenza *ECOWAS* alla luce delle due precedenti *Reati ambientali* e *Inquinamento provocato da navi*: novità o riaffermazione dell'orientamento precedente? – 4. Il criterio distintivo e l'art. 47 TUE. – 5. Conclusioni.

1. La sentenza del 20 maggio 2008 sul caso c.d. *ECOWAS*¹ è la quarta² pronunciata dalla Corte di giustizia su supposte ingerenze di un pilastro intergovernativo nell'ordinamento comunitario in esito all'*actio finium regundorum* prevista dall'art. 46, lett. f) TUE³. I richiami operati da questa sentenza alle precedenti,

¹ Sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio (ECOWAS)*, *Raccolta*, p. I-3651.

² Le precedenti sentenze della Corte di giustizia (Grande sezione) sono la sentenza del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio (Transito aeroportuale)*, *Raccolta*, p. I-2763; la sentenza del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio (Reati ambientali)*, *ivi*, p. I-7879 e la sentenza del 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio (Inquinamento provocato da navi)*, *ivi*, p. I-9097. Successivamente alla sentenza *ECOWAS*, la Corte si è occupata di nuovo della base giuridica di un atto in relazione ai rapporti tra i pilastri, peraltro sempre attraverso la Grande sezione, nella sentenza del 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Quest'ultima sentenza, oltre ad avere un profilo decisamente più basso della *ECOWAS*, riguarda una situazione speculare rispetto a quelle oggetto delle quattro sentenze succitate, cioè un caso di supposto sconfinamento di un atto comunitario in un pilastro intergovernativo. Inoltre, vertendo sull'impugnazione di una direttiva, è stata pronunciata non già sulla base dell'art. 46, lett. f) TUE ma nel quadro della competenza sulla legittimità degli atti comunitari ex art. 230 s. TCE e l'art. 47 TUE non ha rilievo come possibile parametro dell'illegittimità dell'atto impugnato (v. *infra* quanto si dirà sull'art. 47).

³ L'espressione *actio finium regundorum* è di C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *RDE*, 1998, p. 43.

in particolar modo alle due più articolate (concernenti rispettivamente una decisione-quadro sulla tutela dell'ambiente con strumenti penali, c.d. sentenza *Reati ambientali*, e una decisione-quadro sull'inquinamento marino causato dalle navi, c.d. sentenza *Inquinamento provocato da navi*), sono formulati nel senso della continuità⁴. In effetti, sono più d'uno gli aspetti sotto i quali è possibile ravvisare un'identità di vedute fra le pronunce in gioco. Ad una prima considerazione, tuttavia, la sentenza *ECOWAS* sembra evidenziare soprattutto discontinuità rispetto alla giurisprudenza pregressa, in particolar modo rispetto alle due sentenze relative a decisioni-quadro. Tali discontinuità riguardano la problematica centrale dei casi sottoposti alla Corte, vale a dire la questione della corretta base giuridica di discipline trasversali rispetto all'ordinamento comunitario e ad un pilastro intergovernativo. La sentenza *ECOWAS* indica infatti al riguardo un criterio del tutto nuovo che costituisce espressione dell'art. 47 TUE⁵.

Nel presente scritto si intende ripercorrere i caratteri della disciplina *interpilliers* oggetto del caso *ECOWAS* e i principi alla base della declaratoria di illegittimità dell'atto PESC che la conteneva, per operare poi un confronto con la disciplina dedotta in causa nei due precedenti temporalmente più vicini e con i criteri impiegati dalla Corte per negare allora la legittimità delle decisioni-quadro. Il quadro così ricavato fornirà gli strumenti per esaminare l'interpretazione dell'art. 47 seguita dalla Corte di giustizia e per trarre alcune conclusioni circa il ruolo di questa disposizione nell'attuale struttura dell'Unione.

2. L'oggetto del ricorso portato dinanzi alla Corte nella causa *ECOWAS* è costituito da due atti: la decisione 2004/833/PESC del 2 dicembre 2004, e l'azione comune 2002/589/PESC del 12 luglio 2002, cui la prima dava attuazione. La sentenza verte però solo sulla decisione 2004/833/PESC (d'ora innanzi "la decisione"), poiché il suo annullamento ha reso superfluo l'esame delle contestazioni – le stesse lamentate con riferimento alla decisione – relative all'azione comune.

La decisione impugnata disponeva che l'Unione dovesse apportare un contributo finanziario e fornire un'assistenza tecnica all'*ECOWAS* in relazione a

⁴ La sentenza *Transito aeroportuale* è di scarso interesse per la presente analisi perché riguarda un caso più semplice dei successivi, che non ha richiesto particolari elaborazioni al fine di interpretare e applicare l'art. 47 TUE. In dottrina ha destato interesse soprattutto sotto il profilo del titolo di competenza che la Corte di giustizia si è riconosciuto (l'art. 46, lett. f), appunto, il quale ha reso possibile l'esame di atti che i Trattati istitutivi per ogni altro verso sottraevano al controllo giurisdizionale: cfr. C. NOVI, *La competenza della Corte di giustizia in materia di atti contemplati dal titolo VI del Trattato UE*, in *DCSI*, 1998, p. 407 ss.; C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*; I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il Terzo pilastro dell'Unione europea*, in *CI*, 2000, p. 484 s.; G. ISAAC, *Le "pilier" communautaire de l'Union européenne, un "pilier" pas comme les autres*, in *CDE*, 2001, p. 75 s.

⁵ Riguardo alla recente sentenza *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, che pure verte (ancorché in un'ottica diversa rispetto alle quattro sentenze prima nominate) sull'art. 47 TUE (cfr. punto 75), non sembra che la Corte abbia fatto uso dei criteri introdotti con la sentenza *ECOWAS*. V. in proposito *infra*, quanto si dirà nelle note 25, 26 e 43.

due attività: la creazione dell'unità "armi leggere" in seno al Segretariato tecnico di quest'Organizzazione e la trasformazione della moratoria da essa sancita sull'importazione, l'esportazione e la fabbricazione delle armi leggere e di piccolo calibro in una convenzione tra i suoi Stati membri. La Commissione, sostenuta dal Parlamento europeo, ha chiesto l'annullamento della decisione, ritenendo che misure siffatte rientrassero nella politica comunitaria di sviluppo e che per questo motivo la decisione violasse l'art. 47 TUE⁶. La Corte ha accolto il ricorso, rinvenendo il contrasto con l'art. 47 per l'appunto nel fatto che la decisione trovasse il proprio fondamento giuridico nel titolo V del TUE.

I parametri utilizzati per valutare la correttezza del fondamento giuridico della decisione impugnata sono i medesimi dalla Corte già enunciati nella giurisprudenza pregressa, in particolare nelle due sentenze che hanno portato all'annullamento di decisioni-quadro peraltro in continuità con le precedenti pronunce sulla questione della base giuridica nell'ordinamento comunitario. Si tratta del contenuto e delle finalità delle disposizioni contestate. Secondo la Corte, si è così in presenza di una violazione dell'art. 47 TUE allorché le disposizioni adottate nel quadro di uno dei pilastri c.d. intergovernativi dell'Unione abbiano contenuto e finalità tali da avere in effetti "come oggetto principale l'attuazione di una politica attribuita alla Comunità dal Trattato CE"⁷. In tale eventualità, le disposizioni in questione devono trovare fondamento in quest'ultimo Trattato.

Nel caso *ECOWAS*, il contenuto delle disposizioni contestate, vale a dire l'attribuzione di un contributo finanziario e di un'assistenza tecnica, per la Corte era tale da poter rientrare sia nella PESC che nella politica comunitaria di cooperazione allo sviluppo⁸.

L'individuazione della base giuridica adeguata dipendeva dunque dalle loro finalità: nelle parole della Corte, l'inquadramento delle misure interessate nel primo o nel secondo pilastro poteva essere valutato "solo alla luce delle finalità che perseguono".

Queste ultime erano due ed erano ricollegabili l'una (il sostegno allo sviluppo economico e sociale) alla politica comunitaria di cooperazione allo sviluppo, l'altra (il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale) alla PESC. Di qui l'individuazione, da parte della Corte, di una distinzione nuova: quella tra finalità principali e accessorie, da una parte, e concorrenti, dall'altra. Il suo rilievo per la soluzione del problema della base giuridica di discipline *interpiliers* è il seguente: l'esistenza di una finalità principale rispetto alle altre riconduce al fondamento normativo corrispondente; se le finalità perseguite risultano sullo stesso piano, si dovranno utilizzare i diversi fondamenti giuridici cui sono collegate. Ciò a meno che una delle finalità concorrenti si inquadri nell'ordinamento comunitario: in questo caso il fondamento giuridico nel TCE prevale sugli altri.

⁶ Sentenza *ECOWAS*, cit., punto 35.

⁷ *Ibidem*, punto 60.

⁸ *Ibidem*, punto 104.

Nel merito, l'analisi della Corte nella sentenza *ECOWAS* ha rivelato che il programma di lotta contro la proliferazione delle armi leggere e di piccolo calibro ha una “duplice ottica di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, da un lato, e di tutela delle prospettive di sviluppo, dall'altro”⁹. Quanto alla decisione impugnata, la Corte ne ha ammesso la riconducibilità a “un'ottica generale di mantenimento della pace e di rafforzamento della sicurezza internazionale”¹⁰, sottolineandone però lo “scopo specifico di rafforzare le capacità di un gruppo di Paesi africani in via di sviluppo di lottare contro un fenomeno che costituisce (...) un ostacolo al loro sviluppo sostenibile”¹¹. Per la Corte, dunque, le finalità della decisione impugnata, rientranti rispettivamente nella PESC e nella politica comunitaria di cooperazione allo sviluppo, erano sullo stesso piano¹².

Alla luce di siffatte risultanze, il nuovo criterio per identificare il corretto fondamento giuridico di discipline *interpiliers* ha agevolmente condotto alla soluzione della causa¹³: la decisione impugnata avrebbe dovuto essere inquadrata nel Trattato CE e, sulla base dell'art. 47 TUE, è stata pertanto annullata.

3. Il tratto della sentenza *ECOWAS* che certamente è nuovo rispetto ai precedenti è l'elaborazione, per l'individuazione dei confini tra i pilastri, di un criterio di tenore generale. La distinzione tra finalità principali e secondarie, da una parte, o concorrenti, dall'altra, si applica infatti ai casi di sovrapposizione al pilastro comunitario sia della PESC che del terzo pilastro, e qualunque siano i contenuti e gli obiettivi degli atti specificamente interessati. Tanto non si può dire dei due precedenti in cui la Corte ha annullato, rispettivamente, le decisioni-quadro 2003/80/GAI sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale e 2005/667/GAI sul rafforzamento del quadro penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi. Nelle due sentenze e in special modo nella seconda, le ragioni a sostegno dell'inquadramento nell'ordinamento comunitario delle discipline contenute nelle decisioni-quadro riguardavano strettamente il confine tra primo e terzo pilastro e anzi, in modo ancor più specifico, il confine tra il pilastro comunitario e la porzione di terzo pilastro relativa al ravvicinamento delle legislazioni penali sostanziali. In tali sentenze, infatti, in seguito

⁹ La Corte ricostruisce tale duplice ottica dal contenuto dell'azione comune 1993/34/PESC, cui l'azione comune contestata nel ricorso era succeduta: cfr. punti 82-85 della sentenza (la citazione è tratta dal punto 85). A conferma della doppia finalità delle misure di contrasto all'accumulazione delle armi leggere e di piccolo calibro, dall'azione comune contestata e da altri strumenti considerati dalla Corte (cfr. punti 89-91), emerge altresì che a tale azione comune poteva darsi attuazione sia con atti PESC (quali, appunto, la decisione oggetto della sentenza), sia con atti comunitari.

¹⁰ Sentenza *ECOWAS*, cit., punto 95.

¹¹ *Ibidem*, punto 98.

¹² *Ibidem*, punti 99 e 108.

¹³ *Ibidem*, punto 109, dove si collega la conclusione alle “considerazioni svolte nei punti 76 e 77”: si tratta appunto della descrizione del nuovo criterio consistente nella distinzione tra le finalità.

all'identificazione della finalità "comunitaria" della decisione-quadro impugnata, il confine suddetto è formulato così: "Se è vero che, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità (...), resta nondimeno il fatto che il legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, può imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre tali sanzioni per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito"¹⁴. Il criterio usato per l'identificazione nel TCE

¹⁴ Cfr. la sentenza *Inquinamento provocato da navi*, cit., punto 66. I due elementi posti in contrapposizione nel passo citato (rispettivamente, la mancata appartenenza della legislazione penale alle competenze della CE in linea generale e le condizioni in presenza delle quali, in casi particolari, la Comunità detiene tuttavia una certa competenza in materia di diritto penale) sono enunciati in modo analogo nella sentenza *Reati ambientali*, cit., punti 47 e 48.

Tuttavia, sul punto specifico dell'interpretazione dell'art. 47 e dei confini fra i pilastri (segnatamente dell'ampiezza delle competenze comunitarie a scapito di quelle del terzo pilastro *in subiecta materia*), non sembra che le sentenze *Reati ambientali* e *Inquinamento provocato da navi* siano omogenee. La prima, successivamente al passo analogo a quello citato nel testo, afferma: "Emerge da quanto precede che, in ragione tanto della loro finalità quanto del loro contenuto, *gli artt. 1-7 della decisione quadro* hanno ad oggetto principale la protezione dell'ambiente e *avrebbero potuto validamente essere adottati sul fondamento dell'art. 175 CE*" (sentenza *Reati ambientali*, cit., punto 51, corsivi aggiunti). Il passaggio sembra in contraddizione almeno parziale con il paragrafo prima citato, che si riferisce esclusivamente a "sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive" (a tale proposito in dottrina si è parlato di ambiguità della pronuncia: cfr. L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il "caso" dell'inquinamento provocato da navi*, in *DUE*, 2006, p. 781 s.). Ciononostante, la Commissione ha ricavato dalla sentenza *Reati ambientali* risposte certe circa l'ampiezza della "competenza penale" della CE da questa riconosciuta. Nella visione della Commissione, secondo la sentenza avrebbero dovuto essere adottati sul fondamento giuridico dell'art. 175 TCE "la definizione delle fattispecie di reato, il principio dell'obbligo di sanzioni penali, le norme in materia di complicità e incitamento, il livello delle sanzioni, le pene accessorie e le norme specifiche in materia di responsabilità delle persone giuridiche", cioè appunto le misure già contenute negli articoli 1-7 della decisione-quadro: così la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza 13.09.05 della Corte (C-176/03 Commissione c. Consiglio), COM(2005)583 def., del 23 novembre 2005. Nello stesso senso anche le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 19 settembre 2007 nella citata causa *ECOWAS*, punto 174. Quanto alla Commissione, in coerenza con quanto preannunciato nella comunicazione (punto 15), essa ha dato seguito all'affermazione succitata impugnando dinanzi alla Corte la decisione-quadro 2005/667/GAI, la quale è per l'appunto l'oggetto del caso *Inquinamento provocato da navi*. Senonché, come si vedrà, nella relativa sentenza la Corte ha precisato che sono escluse dalla competenza comunitaria le disposizioni sul tipo e sul livello delle sanzioni penali applicabili, cui la precedente sembrava, invece, attribuire una base giuridica nel TCE.

La questione dell'omogeneità o meno tra le due sentenze è ulteriormente complicata dal fatto che le conclusioni dell'Avvocato generale della prima causa sono sostanzialmente in linea con la seconda sentenza (conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 26 maggio 2005, causa *Commissione c. Consiglio*, cit., *Raccolta*, p. I-7879, spec. punto 87). Infatti, nella comunicazione citata la Commissione ha tenuto a sottolineare "che la Corte si è spinta oltre quel che le proponeva l'avvocato generale. Questi riteneva infatti che il legislatore comunitario disponesse della competenza per stabilire il principio del ricorso a sanzioni penali per violazioni gravi

della corretta base giuridica per la disciplina collocata nelle decisioni-quadro riguardava dunque le sole norme sulle sanzioni penali da applicarsi per violazioni di norme sostanziali inquadrabili nel pilastro comunitario¹⁵. Tale ristretto ambito della giurisprudenza pregressa è ancora più evidente nella sentenza *Inquinamento provocato da navi*, dove si esclude, peraltro senza addurre motivazioni, che il criterio suddetto operi a favore del Trattato CE riguardo ad alcune specifiche norme della decisione-quadro contestata nel relativo giudizio: quelle sul tipo e il livello delle sanzioni penali applicabili¹⁶.

Quanto sopra non significa che l'omogeneità del criterio enunciato nella sentenza *ECOWAS* rispetto a quello (o quelli, come si dovrà appurare) utilizzato nei due precedenti non sussista. In verità, il confronto non è agevole poiché le due sentenze sulle decisioni-quadro sono state commentate soprattutto alla luce dell'annoso problema relativo alla c.d. competenza penale della Comunità in termini generali, cioè a prescindere dai rapporti tra competenze comunitarie e materie oggetto del terzo pilastro¹⁷. Le questioni legate all'art. 47 TUE e alla

all'equilibrio ambientale, non però per determinare in concreto e specificamente il regime delle sanzioni medesime" (punto 5). D'altra parte, balza agli occhi come le due sentenze, quando enunciano in termini generali le condizioni in presenza delle quali esiste la competenza comunitaria riguardo a misure in materia penale, si esprimono in modo identico: cfr. le citazioni riportate nel testo. Sotto questo punto di vista, l'esclusione esplicitata nella sentenza *Inquinamento provocato da navi* (sulla quale v. *infra*, in questo paragrafo) sembra avere il tenore di una precisazione.

¹⁵ È infatti significativo che la citata comunicazione del 23 novembre 2005 attiene ai soli rapporti tra primo e terzo pilastro e in particolar modo alla c.d. competenza penale della Comunità. In particolare, il solo aspetto in cui la Commissione ritenne di poter generalizzare il contenuto della sentenza riguardava il novero delle politiche comunitarie cui le relative conclusioni avrebbero potuto applicarsi. Nelle parole della Commissione: "il ragionamento della Corte *si applica a tutte le politiche comunitarie e libertà* entro le quali esistono norme vincolanti *la cui efficacia potrebbe essere garantita solo da sanzioni penali*" (punto 8, corsivi aggiunti). Della specificità del criterio di ripartizione tra pilastri indicato dalla Corte nella giurisprudenza pregressa si trova riscontro anche nei commenti, i quali riguardano per lo più la questione della competenza penale generalizzata che, dopo strenue resistenze degli Stati e ferma opposizione della dottrina, la sentenza *Reati ambientali* sembrerebbe riconoscere alla Comunità. Su questo aspetto e sulla dottrina menzionata v. *infra*, in questo paragrafo, rispettivamente quanto si dice nel testo e la nota 17.

¹⁶ Cfr. sentenza *Inquinamento provocato da navi*, cit., punto 70. Sulla portata di tale esclusione rispetto alla precedente sentenza *Reati ambientali* v. le note 14 e 28-31 con il testo corrispondente.

¹⁷ Cfr. A. FAVALE, *La Comunità europea ha il potere di esigere che gli Stati membri impongano sanzioni penali al fine di proteggere l'ambiente*, in *DPCE*, 2006, p. 480 ss.; E. HERLIN-KARNELL, *Commission v. Council: Some Reflections on Criminal Law in the First Pillar*, in *EPL*, 2007, p. 69 e l'inquadramento nella giurisprudenza precedente fatto alle pp. 71 ss. (v. però p. 70, in cui, in termini più ampi, si dice che la sentenza *Reati ambientali* attiene alla delimitazione delle competenze tra il primo e il terzo pilastro); F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il "terzo pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *DUE*, 2007, pp. 800-803; E. HERLIN-KARNELL, *The Ship-Source Pollution Case C-440/05, Commission v. Council, Judgment of 23 October 2007 (Grand Chamber)*, in *EPL*, 2008, spec. p. 542 s., dove si attribuisce scarsa importanza, pur riconoscendolo, al ridimensionamento operato dalla sentenza *Inquinamento provocato da navi* rispetto alla precedente (p. 542) e dove si afferma, a commento della prima: "So Article 47 EU stole the show, yet it should be observed that the matter of EU criminal law is not only about a delimitation of competences between the pillars – it is furthermore a question of

struttura a pilastri dell'Unione, che sono in effetti logicamente successive rispetto a quella predetta¹⁸, sono così rimaste sullo sfondo. Si aggiunga poi, quanto al criterio indicato dalla Corte in quelle sentenze per fondare e delimitare la competenza comunitaria in materia penale, che esso non risulta chiaramente indicato e che, anche per questo, è stato variamente ricostruito dalla dottrina. Ciò ha rilievo per la presente analisi perché è soprattutto questo criterio che interessa approfondire ai fini del confronto con quelli indicati dalla sentenza ECOWAS.

Anche alla luce delle considerazioni precedenti, sembra opportuno procedere all'analisi ripercorrendo il ragionamento seguito dalla Corte nei due casi pregressi per poi confrontarlo con quello nuovo.

Rispetto al caso oggetto della sentenza in commento, nei due precedenti si riscontrano anzitutto differenze circa i presupposti dell'applicazione del metodo per l'individuazione della corretta base giuridica, cioè a dire circa i modi in cui si atteggiava il carattere *interpiliers* degli atti contestati: delle due decisioni-quadro da un lato e della decisione PESC dall'altro. Quest'ultima aveva infatti un contenuto che si attagliava ad ambedue i pilastri interessati ed è proprio per questo motivo, come si è sottolineato, che la Corte ha incentrato la soluzione sulle finalità della decisione che erano pertinenti una al primo e un'altra al secondo pilastro.

I due casi relativi a decisioni-quadro sono diversi, giacché gli atti contestati avevano un contenuto di per sé estraneo al pilastro comunitario (nelle parole della Corte: “in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità”)¹⁹ ma erano

whether there is an EU law competence at all” (p. 543). V. anche C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *RDIPP*, 2006, p. 961 s., che considera la sentenza *Reati ambientali* quale ultimo tassello di un'evoluzione, fatta di sentenze della Corte di giustizia e proposte “legislative” avanzate dalla Commissione, sul tema degli effetti espansivi del diritto comunitario sul diritto penale nazionale.

Talvolta, inoltre, il criterio enunciato dalla Corte nelle due sentenze sulle decisioni-quadro per ascrivere alla competenza comunitaria alcune misure inserite invece in questi atti è inquadrato nella riflessione penalistica in tema di sanzioni: E. HERLIN-KARNELL, *Commission v. Council*, cit., rispettivamente p. 74 s. e p. 76 s.

¹⁸ Infatti, il problema della delimitazione delle competenze tra ordinamento comunitario e terzo pilastro – o, meglio, della tutela delle competenze comunitarie rispetto a quelle del terzo pilastro – sorge precisamente in relazione a competenze comunitarie *esistenti*. Questo è il motivo per cui la ricostruzione di una competenza penale (*lato sensu*) della CE è preliminare rispetto all'applicazione dell'art. 47 TUE, alla luce del quale va risolto il problema della sovrapposizione di tale competenza con il terzo pilastro. In dottrina sul punto cfr. H. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, in *RTDE*, 2006, p. 12, dove si evidenzia altresì come la sentenza *Reati ambientali* segua precisamente questa logica; C. TOBLER, *Case C-176/03, Commission v. Council, Judgment of the Grand Chamber of 13 September 2005 (Annotation)*, in *CML Rev.*, 2006, p. 844. Su questi aspetti v. *infra*, il par. 4.

¹⁹ Il punto, sul quale la dottrina in genere non si è soffermata preferendo concentrarsi sulla questione della c.d. competenza penale della Comunità in termini generali (non già, cioè, in ragione della distinzione tra primo e terzo pilastro), è invece stato sottolineato dalla Commissione nella citata comunicazione del 23 novembre 2005: “La sentenza mette in chiaro che il diritto penale di per sé non costituisce una politica comunitaria” (punto 7). Non dà rilievo alla diversità

di contro rivolti ad una finalità comunitaria. Infatti, secondo la sentenza del 2005, la decisione-quadro 2003/80 perseguiva un obiettivo di protezione dell'ambiente²⁰, il quale costituisce “uno degli obiettivi essenziali della Comunità”²¹. Secondo la sentenza del 2007, la decisione-quadro 2005/667 era preordinata a garantire “il miglioramento della sicurezza marittima e, nel contempo, il rafforzamento della tutela dell'ambiente marino contro l'inquinamento provocato dalle navi”²². Anche un siffatto obiettivo, ricorda la Corte, appartiene all'ordinamento comunitario. Infatti, dal momento che la protezione dell'ambiente costituisce uno degli obiettivi essenziali della Comunità, esso appartiene altresì alla politica comune dei trasporti²³, la quale ha peraltro, già se singolarmente considerata e anche quanto al particolare aspetto della navigazione marittima, un ambito materiale così ampio da comprendere gli aspetti della sicurezza e della protezione ambientale²⁴.

Riassumendo, nei due casi relativi alle decisioni-quadro il carattere *interpiliers* degli atti contestati stava nel fatto che il loro contenuto apparteneva a un pilastro e le loro finalità ad un altro. Di primo acchito sembrerebbe così che la sentenza *ECOWAS*, più che indicare criteri nuovi per l'individuazione del pilastro in cui inquadrare una disciplina *interpiliers*, attenga a criteri applicabili in situazioni finora mai considerate²⁵. In questa prospettiva la sentenza sarebbe dunque un completamento, e non un'evoluzione o addirittura un *revirement*, rispetto alle pronunce precedenti.

Tuttavia, nelle due sentenze relative alle decisioni-quadro il contenuto di per sé estraneo al pilastro comunitario ne viene attratto – tanto da trovare in esso, piuttosto che nel pilastro cui appartiene *ratione materiae*, la corretta base giuri-

relativa al contenuto delle misure contestate (diversità avente rilievo nella prospettiva della divisione in pilastri) tra il caso *Reati ambientali* e il caso *ECOWAS* l'Avvocato generale di quest'ultima causa (conclusioni *ECOWAS*, cit., punti 209-211).

²⁰ Sentenza *Reati ambientali*, cit., punto 46.

²¹ *Ibidem*, punto 41.

²² Sentenza *Inquinamento provocato da navi*, cit., punto 62. Al punto 63 si precisa che la decisione-quadro ha come ulteriore e specifico obiettivo “l'inserimento nel diritto comunitario delle norme internazionali in materia di inquinamento provocato dalle navi e l'istituzione di sanzioni, penali e amministrative, in caso di violazione di tali norme, al fine di garantirne l'efficacia”.

²³ *Ibidem*, punto 60. La Corte aveva precedentemente puntualizzato come questa comprenda sicuramente la navigazione marittima (punti 56-57).

²⁴ *Ibidem*, punto 58.

²⁵ Sotto questo punto di vista, il fatto che nella citata sentenza *Irlanda c. Parlamento e Consiglio* la Corte non sembra aver fatto uso dei criteri indicati in *ECOWAS* appare assolutamente giustificato. La Corte ha infatti chiarito che il contenuto della direttiva 2006/24, la cui impugnazione essa considerava, “ha essenzialmente come oggetto le attività dei fornitori di servizi nel settore interessato dal mercato interno, ad esclusione delle attività statali rientranti nel titolo VI del Trattato UE” (sentenza cit., punto 84; v. anche l'analisi del contenuto della direttiva ai punti 79-83). In altre parole tale sentenza, riguardando un atto con contenuto interamente riconducibile a un pilastro, è piuttosto accostabile ai due precedenti sulle decisioni-quadro. Diversamente da questi ultimi, però, la sentenza in discorso verte su un ricorso contro una direttiva: sotto questo profilo il caso che essa decide ha caratteristiche speculari rispetto ai due precedenti.

dica – in ragione del particolare legame che lo vincola a un suo obiettivo²⁶. In ambedue le sentenze, come si è detto, tale particolare legame è enunciato con riferimento allo specifico contenuto e allo specifico obiettivo in gioco. Tentandone una riformulazione in termini generali, esso consiste nel carattere indispensabile di certe disposizioni a perseguire, in situazioni critiche, l'obiettivo comunitario, ovvero nel loro essere strumentali a garantire la piena efficacia delle norme emanate in tale ambito²⁷.

²⁶ Anche nel caso *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, cit., si faceva questione di misure *ratione materiae* appartenenti a un solo pilastro, sebbene lì si trattasse del pilastro comunitario. In quella sentenza però, stranamente, in risposta all'argomento dello Stato ricorrente per cui l'unico o, in subordine, il principale scopo della direttiva impugnata era di pertinenza del terzo pilastro, la Corte non dedica un'analisi agli scopi dell'atto e si limita invece a rilevare la riconducibilità di tutti i suoi contenuti all'ordinamento comunitario. Essa risolve poi (a favore della Comunità) la questione delle finalità della direttiva nel modo seguente: "Visto tale contenuto materiale, occorre concludere che la direttiva 2006/24 concerne in materia preponderante il funzionamento del mercato interno" (punto 85). Da tale affermazione non risulta con chiarezza se la Corte abbia ravvisato *ipso facto* la finalità comunitaria nel contenuto squisitamente comunitario della direttiva ovvero se abbia semplicemente trascurato l'aspetto finalistico ritenendo che un contenuto radicato in un solo Trattato renda superflua, al fine di identificarne la corretta base giuridica, la considerazione dei suoi obiettivi. La prima ipotesi evidenzia un metodo mai utilizzato in precedenza né nelle sentenze sull'art. 47 né in quelle in tema di base giuridica degli atti comunitari: non risulta, infatti, che la Corte abbia mai ricavato la finalità di una misura dal suo contenuto. Risulta, invece, che i due profili siano sempre stati considerati separatamente. La seconda ipotesi è in aperto contrasto con i Trattati istitutivi, che delineano le finalità dei singoli pilastri oltre che dell'Unione nel suo complesso. Per quanto specificamente interessa la questione delle finalità nell'ambito dell'ordinamento comunitario, la problematicità dell'approccio seguito nella sentenza rispetto ai Trattati istitutivi è comprovata dall'art. 301 TCE, che nega la sola base giuridica comunitaria ad atti inerenti, sì, a rapporti commerciali con gli Stati terzi ma preordinati al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

²⁷ Le parole usate dalla Corte sono infatti tali, a mio modesto avviso, che è difficoltoso leggervi il ricorso al "classico" principio di effettività o dell'effetto utile, come anche l'utilizzo del principio delle competenze sussidiarie e/o dei poteri impliciti *sic et simpliciter*. Rispetto al principio che tra questi sembri più calzante (a mio giudizio è tale il principio di effettività), la Corte sembra richiedere un *quid pluris*. Ciò potrebbe forse giustificarsi con il fatto che, nel caso specifico, l'operare del principio in questione comporta di attrarre nell'ordinamento comunitario disposizioni pertinenti a un altro settore dell'Unione.

Ad ogni buon conto, il criterio grazie al quale la Corte ha ritenuto di attribuire alla competenza comunitaria misure quali quelle contenute nella decisione-quadro 2003/80/GAI è stato ricostruito in modo vario. L'Avvocato generale, nelle conclusioni della causa ECOWAS, cit., lo ha individuato nel semplice fatto che l'obiettivo principale delle disposizioni interessate fosse pertinente all'ordinamento comunitario (punti 93, 196 e 174). Quanto alla dottrina, K. M. APPS, *Case C-176/03, Commission v. Council: "Pillars asked: Criminal Law EC-style"*, in *Columbia JEL*, 2006, p. 628 s. e p. 637, che sottolinea ripetutamente l'ampiezza e l'indeterminatezza della pronuncia della Corte al riguardo, sembra ritenere che la sentenza *Reati ambientali* richieda, ai fini del riconoscimento della competenza della CE in materia penale, tre condizioni: il carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle pene prescritte, il fatto che siano *indispensabili* ad assicurare l'*effettività* di una certa misura. Secondo C. HONORATI, *op. cit.*, p. 962, nella pronuncia in considerazione la Corte fonda la "comunitarizzazione della sanzione penale" sul principio di effettività, "proseguendo nell'*iter* argomentativo avviato con la sentenza sul *mais greco*". Per H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 13, in *Reati ambientali* la Corte pone due condizioni a che si adottino nel

Nella sentenza del 2007 la Corte ha aggiunto al criterio suddetto una precisazione che, alla luce anche di molti commenti dedicati alla sentenza precedente, ha avuto l'effetto di un suo ridimensionamento²⁸. In particolare, la Corte ha puntualizzato che certe disposizioni della decisione-quadro ("la determinazione del

quadro della CE misure relative al diritto penale degli Stati membri: il loro carattere indispensabile in un'ottica penalistica, visto cioè alla luce del principio classico della "pénalisation appropriée" e il loro carattere necessario per assicurare l'effettività delle norme comunitarie sostanziali. Secondo A. MIGNOLLI, *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in questa *Rivista*, 2006, pp. 337-339, nella sentenza *Reati ambientali* la Corte ha applicato il principio dei poteri impliciti, il quale si fonda sul rapporto di strumentalità tra un potere non espressamente previsto e un certo fine stabilito nel TCE, necessario a garantire l'effetto utile di una competenza espressa. Per L. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 780, e S. WHITE, *Harmonisation of Criminal Law under the First Pillar*, in *ELR*, 2006, p. 91, la competenza comunitaria relativa a misure in materia penale poggia su tre elementi: l'indispensabilità delle misure penali in discussione, la gravità delle violazioni perseguite e la necessità di garantire la piena efficacia della normativa comunitaria sostanziale. Per C. TOBLER, *op. cit.*, p. 847 ss., la Corte ha fondato le proprie conclusioni congiuntamente sul principio dell'effetto utile e sull'obbligo per gli Stati di adottare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive (principio di effettività), argomentando però "not in a clear manner that would rule out all doubts and questions". Secondo E. HERLIN-KARNELL, *Commission v. Council*, *cit.*, p. 74 ss., in *Reati ambientali* la Corte utilizza il principio di effettività. Per V. HATZOPOULOS, *With or Without You... Judging Politically in the Field of Area of Freedom, Security and Justice*, in *ELR*, 2008, p. 52, l'armonizzazione delle legislazioni penali può avere luogo nel quadro del primo pilastro quando necessario per il raggiungimento degli obiettivi del TCE. Infine, E. BAKER, C. HARDING, *From Past Imperfect to Future Perfect? A Longitudinal Study of the Third Pillar*, in *ELR*, 2009, pp. 27 e 38, insistono sul fatto che la competenza comunitaria in materia penale, in particolar modo sotto il profilo della sua delimitazione rispetto al terzo pilastro, è rimasta non chiara nonostante le due sentenze *Reati ambientali* e *Inquinamento provocato da navi*.

²⁸ Così, ancorché con tono dubitativo, E. HERLIN-KARNELL, *The Ship-Source Pollution Case*, *cit.*, p. 542. La sentenza *Reati ambientali* è infatti stata generalmente intesa (come si è detto, in primo luogo dalla Commissione: cfr. la comunicazione del 23 novembre 2005, *cit.*) nel senso di riconoscere alla Comunità un'ampia competenza a imporre sanzioni penali ove necessario per garantire l'efficacia di una politica comunitaria: così C. HONORATI, *op. cit.*, p. 963 (la quale, con riferimento alla prassi degli atti gemelli, direttiva e decisione-quadro, fino ad allora seguita per le discipline rientranti nell'ambito di una politica comunitaria ma complete di disposizioni in materia di diritto penale, sottolinea che la sentenza "favorisce la riconduzione ad unità di una disciplina prima suddivisa in una molteplicità di atti"); A. MIGNOLLI, *op. cit.*, p. 338 s. (che, in seguito a tale sentenza, ha identificato l'ambito di applicazione del terzo pilastro nelle "misure di armonizzazione del diritto penale degli Stati membri che non siano accessorie al perseguimento di un obiettivo comunitario"); C. TOBLER, *op. cit.*, p. 850 (la quale conclude che "given the primacy of EC law over EU law, there is no room for corresponding action under Article 31 TEU"); S. WHITE, *op. cit.*, p. 91 (che sottolinea la "inherent contradiction" della struttura a pilastri dell'UE, specificamente della dicotomia tra primo e terzo pilastro, aperta dalla sentenza: in questo senso a p. 86); F. MUNARI, C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 798 ss. (sebbene con le cautele espresse a pp. 801-803, che inducono gli autori a criticare la citata comunicazione della Commissione poiché trascurerebbe erroneamente i criteri indicati dalla sentenza per il riconoscimento alla Comunità della competenza a imporre obblighi in tema di sanzioni penali. Su tali cautele v. anche *infra*); V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, p. 52 e p. 55 s. (che pure collega alla sentenza la conseguenza di porre fine alla prassi degli atti gemelli). Sulla questione dell'omogeneità o meno tra le due sentenze v. più ampiamente *supra*, la nota 14.

tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili”²⁹) non rientrano nella competenza della Comunità³⁰. Il motivo di tale esclusione non è stato specificato. Cercando di sviluppare il ragionamento fino ad allora seguito dalla Corte, si può ipotizzare che il motivo risieda nel fatto che, nelle disposizioni individuate, mancasse il legame richiesto affinché un contenuto *extra*-comunitario possa trovare la sua base giuridica, in forza del suo obiettivo comunitario, nel pilastro a questo corrispondente.

In alternativa, si può ipotizzare che il motivo dell’esclusione predetta sia il carattere spiccatamente attinente al terzo pilastro delle disposizioni sul tipo e sul livello delle sanzioni penali applicabili. In altre parole, certi contenuti non potrebbero trasmigrare in un pilastro cui sono estranei sul piano materiale, neppure quando si tratti dell’ordinamento comunitario, ancorché perseguano un obiettivo comunitario ed eventualmente anche se abbiano con questo un legame particolarmente stretto.

La seconda alternativa sembra invero la più credibile. Si deve infatti anzitutto riconoscere che anche le disposizioni sul tipo e il livello delle sanzioni penali applicabili erano rivolte agli obiettivi della protezione dell’ambiente e, rispettivamente, della sicurezza marittima e del miglioramento dell’ambiente marino contro l’inquinamento provocato da navi. In secondo luogo, sembra difficile negare che disposizioni siffatte potessero costituire “misure indispensabili di lotta contro danni ambientali gravi”, sì da “garantire la piena efficacia” delle norme comunitarie rilevanti³¹.

Quanto alla sentenza *ECOWAS*, giova ricordare che essa riconduce all’ordinamento comunitario disposizioni aventi un certo contenuto perché preordinate principalmente, ancorché non esclusivamente, a obiettivi comunitari ovvero perché preordinate nella stessa misura a obiettivi comunitari e non. Al confronto con i criteri finora ricostruiti, emergono a mio parere due sostanziali affinità e una differenza.

La prima e più importante affinità riguarda la necessità di collocare nell’ordinamento comunitario da un lato, secondo le sentenze sulle decisioni-quadro, le disposizioni aventi un legame “qualificato” con un obiettivo del TCE e, dall’altro lato, secondo la sentenza *ECOWAS*, quelle rivolte in via principale a un obiettivo siffatto. I due criteri sembrano infatti sostanzialmente simili³² e, se un

²⁹ Sentenza *Inquinamento provocato da navi*, cit., punto 70.

³⁰ Tale precisazione è peraltro in linea con le considerazioni già espresse da parte della dottrina: cfr. J. P. JACQUÉ, *La question de la base juridique dans le cadre de la Justice et des affaires intérieures*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dir.), *L’espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, p. 255 s.; A. FAVALE, *op. cit.*, p. 481; F. MUNARI, C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 799 s.

³¹ Riconosce infatti tale legame funzionale rispetto alla politica comune dei trasporti agli articoli da 1 a 10 della decisione-quadro 2005/667, L. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 777.

³² In senso analogo l’Avvocato generale nella causa *ECOWAS* (conclusioni, cit., punti 173-174), che accosta il criterio con cui propone di risolvere la stessa (la collocazione nel primo o nel secondo pilastro dello scopo principale dell’atto contestato) a quello usato nella sentenza *Reati ambientali* per ascrivere le misure della decisione-quadro alla competenza comunitaria (secondo

maggior rigore nel prediligere la base giuridica comunitaria emerge dal primo, esso è ben giustificato dal fatto che tale criterio si applica a disposizioni aventi un contenuto estraneo, *ratione materiae*, alla Comunità, mentre il criterio *ECOWAS* riguarda contenuti di per sé *interpiliars*.

La seconda affinità riguarda il caso in cui una disposizione persegua un obiettivo del TCE avendo forse con questo anche un legame “qualificato”, senza però poter trovare fondamento giuridico in tale Trattato. È la situazione che, come si è visto, sembra prospettarsi nelle sentenze sulle decisioni-quadro riguardo alle norme, relative al tipo e al livello delle sanzioni penali, che la seconda sentenza ha espressamente escluso dalla trasmigrazione nel primo pilastro. Già si osservava infatti che a tali norme l’obiettivo della protezione di certi interessi comunitari non può considerarsi estraneo e che, anzi, tramite esse l’obiettivo in questione si realizza con particolare incisività. L’affinità con la sentenza *ECOWAS* riguarda l’ipotesi, prospettata in quest’ultima, di una disposizione dotata di una finalità inquadrabile nel Trattato comunitario ma il cui profilo risulti secondario rispetto a un’altra finalità della disposizione medesima, riconducibile a un pilastro intergovernativo. Secondo la sentenza *ECOWAS*, una disposizione siffatta deve trovare fondamento giuridico non nel TCE ma nel TUE. Ebbene, il caso delle disposizioni sul tipo e sul livello delle sanzioni penali applicabili, la cui esclusione dall’ordinamento comunitario si è prima ricostruita in ragione del contenuto squisitamente attinente al terzo pilastro, sembra giustificabile anche nella logica del rapporto di accessorietà dell’obiettivo comunitario rispetto a quello proprio del titolo VI del TUE che in tali disposizioni sarebbe riscontrabile. Se infatti da un lato disposizioni siffatte perseguono, come si è evidenziato, obiettivi propri del TCE, dall’altro lato, a differenza delle disposizioni sull’obbligo di prevedere sanzioni penali di carattere dissuasivo, efficace e proporzionato, in esse la finalità del ravvicinamento delle norme statali sulle pene è prevalente.

Quanto alla differenza, si tratta della possibilità, ammessa dalla sentenza *ECOWAS* ma non dalle precedenti, di collocare nell’ordinamento comunitario una disciplina preposta, sì, al perseguimento di un obiettivo del TCE, ma senza avere con questo un legame particolarmente forte. È quanto avviene, come si ricorderà, nel caso si riscontri che le due finalità di una misura, l’una attinente all’ordinamento comunitario e l’altra a un pilastro intergovernativo, abbiano carattere concorrente.

È dunque opportuno chiedersi se, sotto questo specifico profilo, la sentenza in commento esprima un ammorbidimento nei requisiti richiesti a una disposizione *interpiliars* per essere assorbita nel primo pilastro. Ebbene, la minore intensità del legame con una finalità comunitaria che qui la Corte richiede per radicare la base giuridica nel TCE ha una giustificazione convincente: si tratta del fatto che, diversamente dai precedenti sulle decisioni-quadro, la disposizione

l’Avvocato generale, il fatto che il loro obiettivo principale fosse la protezione dell’ambiente, il quale si colloca nel TCE: v. *supra*, la nota 27).

interessata ha un contenuto inquadrabile in questo Trattato. Un'eventuale valutazione nel senso del maggior favore verso l'ordinamento comunitario manifestato dalla sentenza *ECOWAS* appare dunque infondata.

4. Da ultimo, si intende valutare l'attuazione che la sentenza *ECOWAS*, nelle specifiche circostanze che ne sono oggetto, assicura all'art. 47 TUE.

Tale disposizione non assolve alla funzione di tracciare i confini tra i pilastri in termini generali, perché al riguardo provvedono le stesse norme che delimitano gli ambiti di competenza di ciascun pilastro³³. Essendo infatti la Comunità e l'Unione enti a competenze attribuite, l'adozione dei loro atti normativi è subordinata all'esistenza di una base giuridica nei Trattati istitutivi: ne deriva che individuare tale base giuridica normalmente delinea *ipso facto* il confine tra le competenze comunitarie e l'ambito di applicazione dei titoli V e VI TUE. È anzitutto così che si spiega l'utilizzo, tanto nella sentenza *ECOWAS* quanto nelle precedenti, dei criteri elaborati dalla Corte di giustizia per individuare il fondamento giuridico degli atti comunitari. Si tratta, come si è già riportato, del contenuto e degli obiettivi di tali atti, che devono essere considerati in modo oggettivo.

La portata dell'art. 47, invece, è quella di occuparsi dei casi in cui le norme e i principi suddetti non siano sufficienti in quanto la loro applicazione genera sovrapposizioni tra i pilastri. Anche sotto il profilo dei confini tra gli ambiti delle competenze normative dell'UE, cioè, l'art. 47 dirime conflitti³⁴. Nel caso specifico, la sua funzione è indicare il metodo per risolvere le sovrapposizioni menzionate e determinare la base giuridica adeguata per le specifiche misure in gioco. Tale metodo è costituito dal *favor* verso l'ordinamento comunitario. L'art.

³³ Al riguardo va sottolineato che, nella sentenza *ECOWAS*, la Corte ha ricostruito il confine tra ordinamento comunitario e pilastri intergovernativi tracciato dall'art. 47 TUE senza tener conto del carattere esclusivo o concorrente delle competenze comunitarie interessate. Tale profilo merita attenzione non tanto perché l'impostazione opposta era stata sostenuta e dibattuta nel corso del giudizio, ma soprattutto perché, come ha rilevato l'Avvocato generale Mengozzi nelle conclusioni *ECOWAS*, cit., le due diverse impostazioni sottendono una visione completamente differente dei rapporti tra Unione e Comunità, con la conseguenza di poter dedurre dalla sentenza la visione della Corte circa la struttura di tali rapporti. Ebbene, secondo Mengozzi la circostanza di non far dipendere i confini tra i pilastri dalla natura delle competenze comunitarie significa vedere l'Unione come distinta dall'insieme degli Stati membri. I rapporti Comunità/Unione avrebbero pertanto autonomia rispetto ai rapporti Comunità/Stati membri, con la conseguenza di dar vita a una struttura triangolare Unione-Comunità-Stati membri (punto 85). Al contrario, ricostruire i confini dell'ordinamento comunitario rispetto ai pilastri intergovernativi in funzione della natura concorrente o esclusiva delle competenze della CE sottende una dinamica dualista Comunità-Stati membri in cui l'Unione manca di rilevanza autonoma rispetto a questi ultimi (punto 86).

³⁴ R. MASTROIANNI, *Commento all'articolo 47 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 167, per il quale l'art. 47 contiene una clausola di subordinazione del TUE al TCE, ai sensi dell'art. 30, par. 2, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati in tema di norme pattizie confliggenti. In quest'ottica, la disposizione dirime conflitti tra situazioni giuridiche soggettive degli Stati parti ad ambedue i trattati interessati.

47, imponendo a discipline inquadrabili nel secondo o nel terzo pilastro la base giuridica comunitaria in deroga ai Trattati istitutivi, opera così come meccanismo di “comunitarizzazione”. Dunque, uno squilibrio dei confini fra i pilastri a favore del TCE non può essere considerato di derivazione pretoria: esso è prescritto dal TUE e costituisce un elemento qualificante della struttura a pilastri dell’Unione, rappresentando in particolare uno degli elementi che giustifica lo *status* del pilastro comunitario come un pilastro diverso dagli altri³⁵. Uno squilibrio siffatto è del resto coerente con il rapporto tra Comunità e componenti intergovernative dell’Unione delineato dall’art. 1 TUE: queste ultime *integrano* le Comunità europee, sulle quali l’Unione “è fondata”. Nello specifico dei rapporti tra Comunità e terzo pilastro, un tale squilibrio si giustifica altresì sulla base dell’art. 29 TUE, che delinea l’obiettivo del terzo pilastro “fatte salve le competenze della Comunità europea”.

Il problema è in generale capire l’estensione del *favor Communitatis* assicurato dall’art. 47 e, per quanto attiene allo specifico della sentenza *ECOWAS*, valutare in quale misura il criterio per l’individuazione della base giuridica di discipline *interpiliars* in essa enunciato ne costituisce espressione.

Quanto ai termini del *favor* verso il TCE espresso dall’art. 47, la formulazione della disposizione è certamente tale da farvi rinvenire una garanzia “in negativo”. L’art. 47 non può cioè avallare l’esercizio, a scapito di un pilastro intergovernativo, di competenze comunitarie *nuove* rispetto a quelle già risultanti dal TCE³⁶. La deroga ai Trattati istitutivi che si realizza attraverso il meccanismo di “comunitarizzazione” in esame riguarda, infatti, il solo TUE³⁷. Più complesso è stabilire fino a che punto l’art. 47 salvaguardi le competenze comunitarie *esistenti* rispetto alle ingerenze degli altri pilastri. Un’interpretazione massimalista vorrebbe che ogni qualvolta una certa misura possa essere adottata sulla base di disposizioni del TCE – cioè a dire, anche se abbia contenuto trasversale e anche se le sue finalità siano, oltre che comunitarie, di politica estera e di sicurezza comune o di cooperazione penale – ad essa vada attribuita una base giuridica comunitaria³⁸.

³⁵ Cfr. G. ISAAC, *op. cit.*, pp. 71-77.

³⁶ In questo stesso senso le conclusioni *ECOWAS* dell’Avvocato generale Mengozzi, cit., punto 100. Dello stesso avviso sembra C. HONORATI, *op. cit.*, p. 965 allorché afferma che la sentenza *Reati ambientali* “sembra andare un pochino oltre” il compito assegnato all’art. 47 TUE “dato che la competenza a prescrivere sanzioni penali non poteva dirsi positivamente esistente in capo alle istituzioni”.

³⁷ Giova ricordare che secondo l’art. 47 nessuna disposizione del TUE “pregiudica i trattati *che istituiscono le Comunità europee* né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati” (corsivo aggiunto).

³⁸ Nelle parole dell’Avvocato generale Mengozzi: “if an action *could* be undertaken on the basis of the EC Treaty, it must be undertaken by virtue of that Treaty” (conclusioni *ECOWAS*, cit., punto 53). A favore dell’interpretazione “massimalista” sembra G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2007, II ed., p. 73, il quale sottolinea che l’art. 47 “sembra escludere la configurabilità di qualsiasi limite per la normativa comunitaria” derivante dall’esistenza di una disciplina dettagliata della cooperazione fra gli Stati membri nei settori della PESC e della materia pena-

Ebbene, va constatato come la sentenza *ECOWAS* non risponda a una siffatta impostazione. Il criterio di ripartizione delle competenze in essa enunciato comporta infatti, in un caso, l'attribuzione di una base giuridica di secondo o terzo pilastro a misure riguardo alle quali la competenza comunitaria sussisterebbe: si tratta del caso in cui la finalità comunitaria perseguita da una disposizione di contenuto *interpiliers* abbia carattere accessorio rispetto a una finalità di politica estera e di sicurezza comune o di cooperazione penale³⁹. Si deve dunque ritenere che, nell'interpretazione data all'art. 47 dalla sentenza in commento, tale norma non consente di ricondurre al TCE misure rientranti sì nelle competenze comunitarie, ancorché eventualmente con il supporto dell'art. 308, ma riguardo alle quali un altro pilastro risulti più pertinente. In questa sentenza, pertanto, il *favor* per l'ordinamento comunitario sancito dall'art. 47 TUE non opera pienamente. In particolare, esso non avalla la "comunitarizzazione" delle discipline *interpiliers* in modo generalizzato, ma vi pone un limite derivante in effetti dall'esistenza stessa dei pilastri.

Anche sotto questo profilo la sentenza *ECOWAS* risulta in continuità con la giurisprudenza pregressa, in particolar modo con la precisazione (o, se si vuole, con il ridimensionamento) operata nella sentenza *Inquinamento provocato da navi*. Come si è detto, in quel caso la Corte sembra aver escluso dalla competenza comunitaria alcune misure in tema di sanzioni penali non tanto perché faceva loro difetto il "criterio di collegamento" con il TCE rilevato nelle altre ma, per l'appunto, a causa della maggiore e più specifica pertinenza di quelle misure rispetto al terzo pilastro⁴⁰.

le; in tal senso v. anche C. TOBLER, *op. cit.*, p. 850. Sostengono l'interpretazione "massimalista" con specifico riferimento alla questione della ripartizione tra primo e terzo pilastro della competenza al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri M. WASMEIER, N. THWAITES, *The "Battle of Pillars": Does the European Community Have the Power to Approximate National Criminal Laws?*, in *ELR*, 2004, pp. 619 e 632. V. anche K. M. APPS, *op. cit.*, p. 637, che sottolinea come la sentenza *Reati ambientali* introduca una "new strong application" dell'art. 47 TUE, tale, da un lato, da espandere di fatto la competenza della CE e, dall'altro, di limitare le competenze degli altri due pilastri.

³⁹ A parte questo limite, l'interpretazione dell'art. 47 adottata dalla Corte in *ECOWAS* è tale per cui, affinché ricorra la sua violazione, è sufficiente che un atto non sia adottato sulla base del TCE in presenza di una competenza comunitaria al riguardo (salvo precisare, appunto, che in tale evenienza la violazione dell'art. 47 non sussiste *sempre*). Al contrario, nel corso della causa il Regno Unito aveva sostenuto che alla condizione predetta dovesse affiancarsene una ulteriore: che la misura interessata invadesse le competenze comunitarie prevenendone o limitandone l'esercizio. Su questa posizione, modellata sulla ripartizione delle competenze tra CE e Stati membri, è la sua critica v. conclusioni *ECOWAS* dell'Avvocato generale Mengozzi, *cit.*, punti 82-83 e punto 95, dove si evidenzia che la Corte aveva adottato l'impostazione prima descritta (accolta in *ECOWAS* in accordo con l'Avvocato generale) anche nella sentenza *Reati ambientali*.

⁴⁰ La differenza tra i due casi sotto questo aspetto dipende dalla diversità delle misure che ne sono oggetto sotto il profilo del carattere *interpiliers*. Secondo il criterio indicato in *ECOWAS*, la maggiore pertinenza di un pilastro intergovernativo rispetto al TCE che spinge a individuare nel primo la base giuridica di una certa misura dipende dalle finalità della stessa; in *Inquinamento provocato da navi*, la maggiore pertinenza del terzo pilastro rispetto all'ordinamento comunitario

Il descritto limite al *favor* verso l'ordinamento comunitario è pienamente coerente, a mio avviso, con l'art. 5 TUE. Tale disposizione non solo stabilisce il principio di attribuzione, sancito per la CE dall'art. 5, par. 1 TCE, in relazione all'Unione europea in generale (e dunque anche ai due pilastri c.d. intergovernativi), ma regola altresì la suddivisione dell'Unione in pilastri stabilendo che le sue istituzioni debbano operare "alle condizioni e ai fini" propri del quadro comunitario, da un lato, o nel quadro degli altri settori dall'altro, a seconda di quanto dispongano le disposizioni pertinenti.

Il limite in questione va tenuto distinto dalle situazioni in cui l'impossibilità di attribuire una base giuridica comunitaria a una disposizione pertinente anche a un pilastro intergovernativo derivi dal TCE. Si pensi alle misure con finalità esulanti dall'ordinamento comunitario. Queste non possono trovare fondamento nel TCE per effetto delle sue stesse disposizioni. In particolare, in casi simili non potrebbe soccorrere neppure l'art. 308, che fornisce o integra la base giuridica comunitaria con riguardo a misure preordinate per l'appunto a obiettivi comunitari⁴¹. In questi casi il ricorso all'art. 47 comporterebbe utilizzarlo come garanzia "in positivo" del diritto comunitario, cosa che sembra estranea alla sua portata. Sembra invece corretto ritenere che, in casi del genere, questa disposizione non venga in rilievo.

Vale la pena sottolineare che l'ampiezza contenuta del *favor Communitatis* messo in atto dalla sentenza *ECOWAS* emerge anche da un altro elemento. La valutazione circa il carattere principale, secondario o concorrente di una finalità va effettuata con riguardo non già al complesso della disciplina interessata ma a disposizioni specifiche. È quanto emerge dalla lettura della sentenza, in cui peraltro si fa uso, a tale proposito, del termine "misura".

Ciò è in sintonia con l'art. 47: una diversa impostazione potrebbe condurre a conferire una base giuridica comunitaria a disposizioni escluse dalle competenze della CE sia per effetto del principio di attribuzione sia sulla base dell'art.

dipende dal contenuto delle misure considerate in quella sede (relative al tipo e al livello delle sanzioni penali).

A rigor del vero, anche nella sentenza *Reati ambientali* sembra rinvenirsi una logica tutto sommato simile a quella segnalata nel testo. In questa sentenza, infatti, il criterio utilizzato dalla Corte per fondare la competenza comunitaria in materia di sanzioni penali appare formulato in modo particolarmente rigoroso: v. quanto osservato all'inizio della nota 27. La ragione potrebbe rinvenirsi nel fatto che l'attività attratta alla sfera di competenze della CE era attinente anche ad un altro pilastro. Al contrario, un'interpretazione "massimalista" dell'art. 47 vorrebbe che l'esistenza e l'ampiezza di una competenza comunitaria fossero determinate senza riguardo per l'eventuale sovrapposizione con un pilastro intergovernativo, per risolvere poi la sovrapposizione suddetta, ove in effetti ricorresse, a favore del TCE.

⁴¹ Ribadisce questa lettura dell'art. 308 TCE, in aderenza peraltro con la formulazione letterale della disposizione, la sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 3 settembre 2008, procedimenti riuniti C-402 e 415/05 P, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 198-203. A commento della sentenza sulla questione specifica, cfr. T. TRIDIMAS, *Terrorism and the ECJ: Empowerment and Democracy in the EC Legal Order*, in *ELR*, 2009, p. 106 ss. Il punto è sottolineato in R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 22.

308, che amplia gli strumenti utilizzabili dalla Comunità purché preordinati ai suoi obiettivi. Tale rilievo consente di prevedere un riverbero limitato della sentenza *ECOWAS* sulla prassi dell'Unione in tema di discipline *interpiliers*. In particolare, la sentenza non pregiudica la prassi di adottare più atti (uno comunitario e uno nel quadro della PESC o della cooperazione penale) per dare veste giuridica a una disciplina dotata di un disegno unitario ma trasversale rispetto alla struttura a pilastri. Una prassi siffatta è farraginosa ma, come la sentenza *ECOWAS* conferma, allo stato attuale dell'integrazione europea è certamente l'unica rispettosa dei Trattati istitutivi. Ciò fa dunque ben comprendere perché, nel processo che dalla Convenzione del 2002-2003 ha portato all'elaborazione del Trattato di Lisbona, l'eliminazione dei pilastri sia stata realizzata in nome non già di un approfondimento dell'integrazione, ma della semplificazione dell'Unione⁴².

5. Dalla riflessione svolta è emerso che la prima e incontrovertibile novità apportata dalla sentenza *ECOWAS* in tema di interpretazione e applicazione dell'art. 47 è l'enunciazione di un criterio di ripartizione delle competenze normative tra i pilastri in termini generali, utili cioè per qualunque combinazione tra pilastri e qualunque disciplina siano in gioco. Più che le sentenze passate e diversamente anche dalla più recente *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, quella commentata contribuisce a definire la struttura a pilastri dell'UE. L'analisi ha rivelato altresì che il criterio enunciato in *ECOWAS*, incentrato sulle finalità delle misure interessate, è ritagliato su discipline *interpiliers* aventi caratteristiche specifiche, in particolare con contenuto trasversale rispetto ai pilastri e finalità variegata riconducibili una al TCE e l'altra alla PESC o al settore della cooperazione penale.

Quanto al contenuto del criterio introdotto dalla sentenza in commento, il *favor* che, conformemente al dettato dell'art. 47, essa esprime per il primo pilastro si atteggia nel modo seguente: trovano fondamento giuridico nel TCE le discipline di contenuto trasversale che, pur avendo anche una finalità pertinente al secondo o al terzo pilastro, siano volte *principalmente* oppure *in egual misura* a un obiettivo del TCE. Non subiscono invece la forza attrattiva dell'ordinamento comunitario le discipline il cui obiettivo inquadrabile in quest'ultimo ordinamento abbia carattere solo *secondario*. Se, dunque, l'art. 47 costituisce un meccanismo di "comunitarizzazione" delle misure che incrociano l'ordinamento comunitario e uno dei pilastri intergovernativi, nella sentenza *ECOWAS* tale

⁴² Si ricorda infatti che l'abolizione dei pilastri, già prefigurata dal "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" ed ora recepita, pur con i dovuti distinguo, nel Trattato di Lisbona, sotto il profilo degli strumenti normativi è stata curata dal Gruppo di lavoro IX "Semplificazione" della Convenzione europea del 2002-2003. La prima delle raccomandazioni contenute nella relazione finale del Gruppo di lavoro concerneva la riduzione degli strumenti giuridici dell'Unione da quindici a sei: in modo sorprendente ma anche significativo, è solo per inciso che si specificava come, nel nuovo assetto, tali strumenti si dovevano applicare a tutte le materie senza distinzione tra i diversi pilastri.

meccanismo non trova applicazione generalizzata riguardo a tutte le misure inquadrabili nel primo oltre che nei secondi, ma incontra un limite cui si è riconosciuta una giustificazione convincente.

Al confronto con le sentenze precedenti sull'art. 47, la sentenza *ECOWAS* non sembra aver ampliato il *favor* suddetto. Infatti, l'unica differenza sostanziale – relativa all'ipotesi in cui la sentenza in commento riporta all'ordinamento comunitario una disciplina *interpiliers* priva, rispetto a questo, di un legame paragonabile a quello richiesto nei due precedenti sulle decisioni-quadro – ha ragion d'essere nella diversità tra i diversi casi relativa al contenuto delle disposizioni contestate⁴³.

Da un altro punto di vista, invece, la sentenza rivela un *favor* per l'ordinamento comunitario davvero notevole che, non essendo espressione di una disposizione ben precisa, a differenza degli aspetti finora considerati va valutato solo nell'ottica della politica giudiziaria della Corte. Tale *favor* emerge da un confronto con le conclusioni dell'Avvocato generale della causa. Quest'ultimo si era pronunciato a favore della legittimità della decisione impugnata in ragione del fatto che la sua *finalità principale* si inquadrava nella PESC. Il metodo proposto dall'Avvocato generale per la soluzione del caso si fondava, infatti, dichiaratamente nella scia della sentenza *Reati ambientali*, su una distinzione tra le finalità di un atto più semplice di quella tracciata nella sentenza *ECOWAS* perché limitata alla dicotomia tra principali e accessorie⁴⁴. Nel merito delle misure contenute nella decisione impugnata, non potendosi attribuire alla loro finalità di sostegno allo sviluppo economico e sociale un rilievo maggiore rispetto al rafforzamento della sicurezza internazionale, la conclusione era obbligatoriamente a sfavore delle competenze comunitarie. La Corte non ha dissentito da tale valutazione. È però addivenuta a una diversa conclusione della causa grazie all'introduzione di un ulteriore modello di rapporto tra i diversi obiettivi di una

⁴³ La sentenza *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, cit., sembrerebbe prestarsi a una valutazione diversa. Come si è sottolineato, questa sentenza non dedica attenzione alle finalità della direttiva impugnata, pronunciandosi a favore della competenza della CE circa le misure in questa inserite a causa del loro contenuto squisitamente comunitario. Per contro, il ricorso irlandese si fondava proprio sull'asserita riconducibilità delle finalità della direttiva al terzo pilastro. Un approccio siffatto, che si discosta dalla giurisprudenza pregressa in ambedue le ipotesi qui avanzate per spiegarlo (v. supra, nota 26), non può che spiegarsi con il *favor Communitatis* della Corte: come si è detto, il contenuto “monopilastro” della direttiva impugnata, in modo speculare rispetto ai casi sulle decisioni-quadro, è inquadrabile nel TCE. Se così fosse, si tratterebbe di un *favor Communitatis* privo di giustificazioni e per certi versi contrario ai Trattati istitutivi, in particolar modo al TCE.

⁴⁴ L'Avvocato generale, nelle conclusioni *ECOWAS*, cit., infatti, avendo impostato l'analisi circa la legittimità della decisione PESC impugnata sulla questione di sapere se questa, avuto riguardo alle sue finalità e al suo contenuto, avesse la cooperazione allo sviluppo come oggetto principale (punto 196), ha dapprima rilevato il carattere neutrale delle misure in essa contenute rispetto al TCE da una parte e alla PESC dall'altra (punti 208-210), con la conseguenza di fondare la propria soluzione della causa sulle finalità dell'atto. In merito a queste ultime, l'Avvocato generale si è espresso nel senso di considerarle “*at least mainly, of a security nature*” (punto 212, corsivo aggiunto).

misura: quello delle finalità concorrenti, che per la Corte conduce a preferire, ai fini dell'individuazione della corretta base giuridica, il primo pilastro. potendo allora riconoscere, a proposito delle misure contestate, che perseguivano in pari grado la finalità di aiuto allo sviluppo economico e sociale e quella di rafforzamento della sicurezza internazionale erano sullo stesso piano, la Corte ne ha riconosciuto il fondamento giuridico nel TCE.

Abstract

The Boundary of EC Law within the Union. A Comment to the *ECOWAS* Judgement as Compared with Its Precedents

The article discusses the *ECOWAS* case, C-91-05, *Commission v. Council*, judgement of 20 May 2008 (Grand Chamber) in relation with its precedents in Cases C-176/03, *Environmental Crimes*, and C-440/05, *Ship Pollution*, in order to understand whether it brings along a new approach in the interpretation of Article 47 TEU. It shows that the criteria established in *ECOWAS* to choose the correct legal basis for cross-pillar measures apply to cases different from those considered in the previous case-law. This provides a sound justification to the only substantial difference spotted between *ECOWAS* and the two previous judgements, namely the linking to the Treaty on EC (TEC) of measures lacking a particularly strong link to the latter as compared to the Second or Third Pillar (case of concurrent objectives). Like the *Ship Pollution* case, *ECOWAS* relies on an interpretation of Article 47 that favours the TEC as required by this provision, while not disregarding the pillared structure of the EU, regardless of what might be argued from its phrasing.

Responsabilità extracontrattuale della Comunità per errata valutazione di una concentrazione da parte della Commissione: il caso *MyTravel*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La fattispecie in causa. – 3. La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea ex art. 288 TCE: cenni generali. – 4. La discrezionalità della Commissione in materia antitrust. – 5. La tutela effettiva dei singoli e le azioni risarcitorie. – 6. Conclusioni.

1. Con sentenza del 6 giugno 2002 il Tribunale di primo grado della Comunità europea annullava una decisione della Commissione che aveva vietato un'operazione di concentrazione tra la società Airtours e la concorrente First Choice, a ragione dell'insufficienza dell'analisi probatoria condotta dalla Commissione¹. Dopo più di 6 anni, il Tribunale si è trovato ancora una volta a decidere su una controversia incorsa tra le stesse parti (anche se nel frattempo Airtours è diventata MyTravel), al fine di stabilire se la valutazione errata della Commissione nel caso *Airtours* potesse dare luogo ad una responsabilità extracontrattuale della Comunità ai sensi dell'art. 288 del Trattato sulla Comunità europea (TCE)².

Scopo del presente lavoro è richiamare l'attenzione su una delle possibili implicazioni che possono scaturire da decisioni della Commissione annullate dai giudici comunitari. La sentenza *Airtours*, infatti, ha avuto risvolti pratici di non poca importanza³: primo fra tutti il contributo decisivo da essa fornito nella

¹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-285.

² Sentenza del Tribunale di primo grado del 9 settembre 2008, causa T-212/03, *MyTravel c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³ Per un commento a questa sentenza ci permettiamo di rinviare a V. CAPUANO, *Posizione dominante collettiva e oneri probatori della Commissione: il caso Airtours*, in *DUE*, 2003, p. 481 e ss.

riforma del regolamento comunitario sulle concentrazioni⁴. Tuttavia, il caso *MyTravel* fornisce l'occasione di riflettere su un'ulteriore questione ovvero la conseguente legittimazione del ricorrente che abbia ottenuto una sentenza d'annullamento a promuovere un'azione risarcitoria.

2. Nella citata sentenza del 9 settembre 2008 il Tribunale di primo grado ha dovuto decidere su un ricorso proposto dalla società *MyTravel* (già *Airtours*) contro la Commissione sulla base dell'art. 288 TCE. La ricorrente, infatti, chiedeva il riconoscimento dei danni cagionati dalla Comunità europea a seguito della decisione della Commissione con la quale le si impediva l'acquisizione dell'intero capitale della società concorrente *First Choice*. In particolare, la società invocava il pagamento dei danni subiti nel periodo intercorso tra l'adozione della decisione della Commissione (22 settembre 1999) e la data in cui presumibilmente avrebbe potuto procedere all'operazione di concentrazione (31 ottobre 2002) compresi gli interessi, da calcolare, secondo la ricorrente, nell'8% annuo o altra percentuale fissata dal Tribunale fino alla data della sentenza in questione. La *MyTravel* rimetteva tuttavia ai giudici comunitari l'esatta quantificazione del danno, da computare sulla base delle risultanze probatorie offerte dalle parti⁵.

La Commissione, dal suo canto, si opponeva al ricorso sul presupposto che nella fattispecie la propria condotta non era stata tale da integrare un tipo di violazione grave e manifesta e che, pertanto, non sussisteva uno degli elementi necessari per l'accertamento della responsabilità aquiliana della Comunità.

Nella sentenza, il Tribunale ha ricordato che, secondo una giurisprudenza consolidata⁶, la responsabilità aquiliana della Comunità sorge allorquando si

⁴ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE* L 24, 29 gennaio 2004, che ha sostituito il regolamento (CE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, *GUCE* L 257, 21 settembre 1990, p. 13. In particolare, tra gli atti che hanno dato attuazione al nuovo regolamento, si vedano gli Orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE* C 31, 5 febbraio 2004, in cui si legge, al punto 6 dell'introduzione: "Le indicazioni contenute nella presente comunicazione si fondano sull'esperienza maturata dalla Commissione nella valutazione delle concentrazioni orizzontali (...), nonché sulla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado". In particolare, poi, il caso *Airtours* viene espressamente richiamato al punto 41 degli Orientamenti che, riprendendo il punto 62 della sentenza *Airtours*, stabiliscono che "(...) perché il coordinamento possa essere sostenibile sono necessarie tre condizioni. Primo, le imprese che si coordinano devono essere in grado di verificare in misura sufficiente se i termini del coordinamento sono rispettati. Secondo, la disciplina richiede che vi siano dei meccanismi deterrenti credibili che possano essere attivati in caso di scoperta di deviazioni. Terzo, le reazioni degli estranei, quali i concorrenti attuali e futuri che non aderiscono al coordinamento, come pure i clienti, non devono essere in grado di pregiudicare i risultati attesi dal coordinamento".

⁵ In un primo momento la *MyTravel* aveva calcolato i danni in una somma pari a GBP 517 900 000 risultante dalla quantificazione del lucro cessante, della perdita del risparmio che sarebbe derivato dalla concentrazione, nonché dai costi sostenuti per l'offerta d'acquisto e dai costi di esecuzione dell'operazione fallita. Cfr. punto 25 della sentenza.

⁶ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2002, causa C-312/00, *Commissione c. Camar e Tico*, *Raccolta*, p. I-11355.

provi la sussistenza di tre condizioni cumulative e tassative: i) la condotta illegittima di una istituzione; ii) l'esistenza di un danno; iii) la sussistenza di un nesso causale tra danno subito e condotta realizzata. Nel caso in esame i giudici comunitari si sono soffermati *in primis* sul requisito della condotta illegittima della Commissione e, non avendo riscontrato elementi atti a configurare tale condotta come "sufficientemente grave e manifesta", non hanno proseguito nell'analisi delle altre condizioni, essendo tutte ugualmente necessarie.

Riprendendo la giurisprudenza comunitaria in materia⁷, il Tribunale ha affermato che il concetto di condotta illecita ai sensi dell'art. 288 TCE – da intendere come violazione sufficientemente qualificata di una norma preordinata a conferire diritti ai singoli – deve essere valutato principalmente sulla base del parametro della discrezionalità attribuita all'istituzione interessata⁸. In altre parole, minore è il potere discrezionale in capo all'istituzione, maggiore sarà la possibilità di accertare la violazione grave e manifesta del diritto comunitario da parte della Comunità. Questo accade, per esempio, ogni qualvolta si debbano applicare disposizioni di tipo meramente procedurale o sostanziale⁹. Diverso è il caso in questione dove l'oggetto della condotta è relativo ad un'attività valutativa della Commissione in materia antitrust che è di certo discrezionale¹⁰, sebbene non immune da qualsiasi vincolo di procedura e/o di merito¹¹. In questo senso il Tribunale ha ritenuto necessario distinguere, da una parte, la condotta posta in essere dalla Commissione nella fase valutativa preliminare e, dall'altra, la condotta avutasi nella fase di valutazione degli impegni proposti durante il procedimento amministrativo¹². Come anticipato, in entrambi i casi non sono state riscontrate violazioni gravi e manifeste tali da consentire il riconoscimento del danno a favore della ricorrente.

Per questi motivi il Tribunale ha respinto *in toto* il ricorso della società attrice, non rilevando l'esistenza degli elementi necessari a configurare la responsabilità extracontrattuale della Comunità europea *ex art.* 288 TCE. Unica

⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2000, causa C-352/98, *Bergaderm*, *Raccolta*, p. I-5291.

⁸ In generale sulla questione v. C. HILSON, *The Role of Discretion in EC Law on Non-Contractual Liability*, in *CML Rev.*, 2005, p.677 ss.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1967, cause riunite 5, 7 e da 13 a 24/66, *Kampffmeyer*, *Raccolta*, p. 317.

¹⁰ V. punto 83 della sentenza *MyTravel*, cit., in cui si afferma che la Commissione ha potere discrezionale nel mantenere il controllo sulla politica comunitaria della concorrenza, ciò significa che non ci si può aspettare che l'applicazione delle regole in questione avvenga sempre in modo invariato. Ne consegue che essa gode di una certa discrezionalità nella scelta degli strumenti economici da utilizzare, ferma restando la necessità che tali scelte non siano manifestamente contrarie alle regole generali della disciplina economica.

¹¹ Sul tema v. V. TILI, J. VANHAMME, *The "Power of Appraisal" of the Commission of the European Communities Vis a Vis the Powers of Judicial Review of the Communities' Court of Justice and Court of First Instance*, in *Fordham ILJ*, 1999, p. 885 ss.; H. C. H. HOFMANN, *Negotiated and Non-Negotiated Administrative Rule Making: The Example of EC Competition Policy*, in *CML Rev.*, 2006, p. 153 ss.

¹² Cfr. punto 51 della sentenza *MyTravel*, cit.

“consolazione” per la ricorrente è stato il riconoscimento da parte del Tribunale della compensazione delle spese di giudizio¹³.

3. La responsabilità extracontrattuale nei confronti dei singoli che si reputano lesi da violazioni del diritto comunitario da parte degli organi della Comunità è un tema complesso e delicato¹⁴. La presenza di tale azione fra le varie forme di tutela giurisdizionale fu motivata dalla precisa volontà di creare un sistema complessivamente armonioso, capace di apprestare idonee garanzie non solo agli Stati membri ma anche e soprattutto ai singoli¹⁵. In questo senso è apparso coerente richiedere che le istituzioni comunitarie e i loro agenti fossero chiamati in giudizio dai singoli qualora il loro operato non risultasse conforme agli obblighi sanciti dal Trattato e dagli atti da esso derivati. Nel quadro di un sistema di tutela effettiva è risultata necessaria la previsione di una tutela risarcitoria accanto alle misure di controllo di legittimità degli atti delle istituzioni quali l'azione di annullamento (art. 230 TCE) e l'azione in carenza (art. 232 TCE). La giurisprudenza comunitaria poi, in conformità a quanto si andava affermando rispetto all'azione di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, ha cercato progressivamente di rendere le condizioni per tale azione meno severe rispetto a quanto inizialmente richiesto da una rigorosa interpretazione dell'art. 288 TCE¹⁶. In particolare, tale semplificazione è stata realizzata abbandonando il requisito della violazione di una “norma superiore”¹⁷ e sancendo, definitivamente, l'autonomia di questa azione dal previo esperimento del ricorso per annullamento¹⁸. Tuttavia, tale evoluzione non si è rivelata, almeno da uno studio della prassi più recente¹⁹, tale da facilitare davvero

¹³ V. C. RITTER, “*The Winner Takes It All*”: *Recovering Lawyers' Fees and Other Costs before the Community Courts*, in *CML Rev.*, 2006, p. 1617 ss.

¹⁴ Per approfondimenti, v. G. VENTURINI, *La responsabilità extracontrattuale delle Comunità Europee*, Milano, 1980; H. G. SHERMERS (ed.), *Non-Contractual Liability of the European Communities*, The Hague, 1988; F. FINES, *Etude de la responsabilité contractuelle de la Communauté économique européenne: de la référence aux “principes généraux communs” à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, Paris, 1990; T. TRIDIMAS, *Liability for Breach of Community Law: Growing up and Mellowing down?*, in *CML Rev.*, 2001, p. 301 ss.

¹⁵ Cfr. K. LENAERTS, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *CML Rev.*, 2007, p. 1625 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, V ed., p. 261.

¹⁶ Sul tema v. F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008, in particolare p. 156 ss.

¹⁷ V. sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur, Raccolta*, p. I-1029; sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 1999, causa C-104/97 P, *Atlanta, Raccolta*, p. I-6983. Tuttavia, in merito al requisito della violazione di una “norma superiore” occorre evidenziare che di recente la Corte di giustizia sembra averlo nuovamente introdotto facendo espresso riferimento ad esso nella sentenza del 9 settembre 2008, cause riunite C-120 e 121/06 P, *FIAMM c. Consiglio e Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in particolare v. punto 172.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 1971, causa 5/71, *Zuckerfabrik, Raccolta*, p. 984.

¹⁹ Da ultimo v. sentenze del Tribunale di primo grado del 15 ottobre 2008, cause riunite T-457/04 e 223/05, *Camar c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*; dell'8 ottobre 2008, causa T-411/06, *Sogelma*, non ancora pubblicata in *Raccolta*; del 21 maggio 2008, causa

l'utilizzo di questo strumento da parte dei singoli. Molti sono i ricorsi attivati sulla base dell'art. 288 TCE, ma certo sono pochi quelli conclusi con esito positivo per i ricorrenti²⁰, a conferma delle persistenti difficoltà nel dimostrare la sussistenza effettiva delle tre condizioni richieste. Non è questa la sede per approfondire le ragioni tecniche che impediscono spesso ai singoli di vedere soddisfatte le loro pretese risarcitorie; questo assunto, tuttavia, non può essere ignorato se ci si appresta ad esaminare un caso, come quello in rassegna, in cui la pretesa responsabilità della Comunità deriva da una decisione della Commissione²¹ e, per di più, in materia di concorrenza. In questo settore la discrezionalità tecnica dalla Commissione è massima²², precludendo quasi *a priori* qualsiasi possibile domanda risarcitoria delle imprese che, d'altra parte, proprio in questo ambito dovrebbero godere di particolari garanzie giurisdizionali²³.

4. Di certo la sentenza *MyTravel* può aiutare a comprendere se sia corretto definire la Commissione come “organo tecnico” della Comunità preposto al corretto espletamento delle funzioni sostanzialmente di controllo ad essa affidate²⁴. Il caso in questione, infatti, sembra confermare la qualifica della Commissione come organo di regolazione e di controllo dell'assetto concorrenziale dei mercati: sebbene il Tribunale riconosca (e non potrebbe essere altrimenti, data la sentenza che ha constatato l'illiceità della decisione) che la condotta della Commissione sia stata illegittima, lo stesso non ha ritenuto che la violazione fosse grave e manifesta. Per qualificarsi come tale, infatti, il compor-

T-495/04, *Belfass*, non ancora pubblicata in *Raccolta*; del 26 giugno 2008, causa T-94/98, *Alfon-sisus Alferink c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*; dell'8 luglio 2008, causa T-176/06, *Sviluppo Italia Basilicata c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Si veda inoltre la sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2007, C-282/05 P, *Holcim c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-2941; la sentenza *FIAMM*, cit., e l'ordinanza del Presidente della Corte del 17 luglio 2008, causa C-114/08 P (R), *Pellegrini c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²⁰ Tra questi v. sentenza del Tribunale di primo grado del 27 settembre 2007, cause riunite T-8 e 9/95, *Wilhelm Pelle c. Consiglio e Commissione*, *Raccolta*, p. II-4117.

²¹ S. GROSSRIEDER TISSOT, *La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission*, in *RTDE*, 2001, p. 91 ss.

²² Si pensi, ad esempio, alla peculiare figura del *Chief Competition Economist* introdotto all'interno della Direzione generale della Concorrenza proprio dall'ultima riforma sulle concentrazioni. La particolare competenza tecnica di questo soggetto prova ulteriormente come in materia di concorrenza le decisioni della Commissione sono prevalentemente condizionate da analisi tecniche ed economiche, rispetto alle quali il sindacato giurisdizionale è chiaramente ridotto. Sul punto v. M. MONTI, *Merger Control in the European Union: A Radical Reform*, European Commission/IB Conference on EU Mergers control, Bruxelles, 7 novembre 2002.

²³ La stessa Corte di giustizia ha infatti affermato che “l'art. 288, 2° comma, CE tende a salvaguardare il principio fondamentale dello Stato di diritto, a tutela dei singoli e segnatamente dei loro diritti di proprietà e di iniziativa economica, in considerazione dell'orientamento liberale dell'ordinamento giuridico comunitario”. Cfr. sentenza *FIAMM*, cit., punto 159. Sulla questione, più approfonditamente, v. *infra*, par. 4.

²⁴ Più in generale, per uno studio dei problemi inerenti all'attività della Commissione, v. V. MEHDE, *Responsibility and Accountability in the European Commission*, in *CML Rev.*, 2003, p. 423 ss.

tamento dell'istituzione deve essere connotato da una serie di circostanze che effettivamente facciano emergere i caratteri sopra menzionati. Si pensi non solo alla discrezionalità, ma altresì alla complessità delle norme da applicare, nonché alla esistenza di svariati elementi esterni che possono indurre in errore, a prescindere da una reale "colpa" dell'autore. Pertanto nello scrutinio dell'attività della Commissione, specie in materia di concorrenza, l'affermazione della responsabilità aquiliana appare possibile, per lo più, nel caso di errori non di merito, bensì di procedura. In quest'ultimo caso eventuali inadempienze della Commissione – ancorché in materia di concorrenza – non sono generalmente giustificabili, poiché in presenza di chiare norme procedurali l'istituzione non deve fare altro che conformarvisi.

Non a caso lo stesso Tribunale – proprio in materia di concentrazioni – nella sentenza *Schneider Electric*²⁵ è giunto al riconoscimento della pretesa risarcitoria dei ricorrenti, sebbene solo parzialmente ed entro limiti ben definiti²⁶. In questa sentenza, tra le considerazioni preliminari, il Tribunale ha ricordato che sussiste il diritto al risarcimento del danno qualora il comportamento dell'istituzione interessata sia manifestamente contrario al diritto e pregiudizievole in modo grave verso i terzi, privo inoltre di qualsivoglia giustificazione legata al suo normale funzionamento²⁷. Il Tribunale ha poi aggiunto che "tale definizione della soglia di riconoscimento della responsabilità extracontrattuale in capo alla Comunità è idonea a tutelare il margine di discrezionalità e la libertà di valutazione di cui deve beneficiare, nell'interesse generale, il regolatore comunitario della concorrenza, tanto nelle sue decisioni di opportunità, quanto nella sua interpretazione ed applicazione delle pertinenti disposizioni del diritto comunitario primario e derivato, senza per questo addossare ai terzi le conseguenze di violazioni flagranti e inescusabili"²⁸. Sulla base di questo stesso ragionamento, nella sentenza *MyTravel* il Tribunale ha considerato che il più alto margine di errore proprio di ogni valutazione *ex ante*, unito ai tempi ristretti imposti dalle stesse regole procedurali e alle oggettive difficoltà probatorie connesse alle analisi di fattispecie di dominanza collettiva, fossero tutti elementi atti a non quali-

²⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric c. Commissione*, Raccolta, p. II-4071.

²⁶ In particolare, sono state riconosciute le spese sostenute dalla ricorrente per partecipare alla ripresa del procedimento di controllo dell'operazione di concentrazione (avutasi a seguito delle sentenze con cui lo stesso Tribunale aveva annullato la decisione della Commissione), nonché parte del danno corrispondente all'importo delle riduzioni del prezzo di cessione che la ricorrente ha dovuto concedere al cessionario in cambio del rinvio del termine della vendita effettiva della società. In dottrina su questa sentenza v. C. PESCE, *Il potere discrezionale della Commissione e i diritti delle parti nel procedimento di controllo delle concentrazioni*, in *DPCE*, 2007, p. 1912 ss.; M. POTO, *Illecito comunitario e responsabilità extracontrattuale della Comunità Europea*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 2051 ss.; A. DAWES, K. PECI, "Sorry but there's nothing we can do to help": *Schneider II and Extra-Contractual Liability of the European Commission in Merger Cases*, in *ECLR*, 2008, p. 151 ss.

²⁷ Cfr. sentenza *Schneider Electric*, cit., punto 124.

²⁸ *Ibidem*, punto 125.

ficare la condotta della Commissione come violazione grave e manifesta²⁹. La pronuncia non mette in dubbio che una violazione del diritto ci sia stata, ma, secondo il Tribunale, un mero errore di valutazione non basta, di per sé, a qualificare una violazione come sufficientemente seria, quando, come nel caso in questione, tale valutazione sia relativa ad un'operazione di concentrazione "aggravata" da una complessa situazione di oligopolio³⁰. In realtà, anche nella sentenza *Schneider*³¹ si trattava di valutazioni prospettiche e non meno complicate³², avendo ad oggetto ipotesi di concentrazioni conglomerate. Tuttavia, il Tribunale ha ritenuto che nella decisione *Schneider* la Commissione non solo aveva commesso errori nella valutazione dell'impatto dell'operazione su alcuni mercati settoriali, ma altresì aveva violato i diritti della difesa. Ed è stato quest'ultimo elemento a configurare l'ipotesi di violazione grave e manifesta: il fatto che la Commissione avesse redatto la comunicazione degli addebiti in maniera tale da non porre la ricorrente in grado di conoscere che per l'autorizzazione dell'operazione era necessaria la presentazione di misure correttive³³. In questa ipotesi, quindi, il Tribunale ha collegato la gravità della condotta non all'analisi scorretta contenuta nella comunicazione degli addebiti, quanto al fatto che in detta comunicazione non vi fosse menzione dei diritti di difesa delle imprese interessate. La violazione di questi diritti è stata considerata di sicura gravità, dal momento che il loro rispetto dipendeva da una mera attività esecutiva che non esigeva alcuno sforzo specifico da parte della Commissione. In virtù di questo errore procedurale, il Tribunale è pervenuto nel caso *Schneider* al riconoscimento del danno, mentre niente di analogo è stato rilevato nella sentenza *MyTravel*.

A nulla è valso l'appello della ricorrente al diritto ad una buona amministrazione, ai sensi dell'art. 41 della Carta di Nizza, nonché all'illegittimo diniego della Commissione alla richiesta di accesso a taluni documenti³⁴. In particolare il principio del diritto ad una buona amministrazione chiamato in causa dalla ricorrente in combinato disposto all'obbligo di motivazione *ex art.* 253 TCE non ha potuto, secondo i giudici comunitari, dare luogo a responsabilità, poiché la sentenza *Airtours* non censurava la decisione della Commissione per difetto di motivazione, bensì per insufficiente analisi probatoria³⁵ che è cosa diversa e, a parere del

²⁹ Cfr. sentenza *MyTravel*, cit., punti 80-84.

³⁰ *Ibidem*, punto 85.

³¹ Tuttavia, alcuna dottrina sostiene che le condizioni presenti nel caso *Schneider* fossero eccezionali e, dunque, la sentenza del Tribunale non può costituire un utile metro di comparazione per casi analoghi. Così O. W. BROUWER, J. GOYDER, D. MES, *Developments in EC Competition Law in 2007: An Overview*, in *CML Rev.*, 2008, p. 1167 ss., partic. p. 1203 s.

³² Cfr. M. P. BROBERG, *The European Commission's Jurisdiction to Scrutinise Mergers*, London, 2005.

³³ Cfr. sentenza *Schneider*, cit., punti 145-159.

³⁴ Cfr. sentenza *MyTravel*, cit., punto 134.

³⁵ D. BAILEY, *Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective*, in *CML Rev.*, 2003, p. 845 ss.

Tribunale, meno grave³⁶. Per quel che riguarda il richiamo operato dalla ricorrente all'illegittimo diniego all'accesso ai documenti³⁷, questo è stato considerato un elemento non valutabile poiché si riferiva ad una condotta tenuta dalla Commissione durante lo stesso procedimento e non al momento della decisione annullata³⁸.

Dai dati fin qui rilevati, emerge che la Commissione rischia di pagare i danni solo in casi molto remoti ed eccezionali. Se questo sia un risultato positivo non ci sembra, tuttavia, così pacifico: di certo lo è per la Commissione³⁹, che tra l'altro paventa possibili pregiudizi alla bontà del suo operato ove "minacciata" da facili azioni risarcitorie; ma per le imprese comunque danneggiate sembra permanere un problema di tutela effettiva dei loro diritti.

5. La complessiva vicenda *Airtours/MyTravel* invita a chiedersi se anche l'azione di cui all'art. 288 TCE possa costituire un ulteriore strumento per l'effettività del diritto comunitario della concorrenza⁴⁰. Alcuni commentatori hanno qualificato le sentenze *Airtours*, *Schneider* e *Tetra Laval*⁴¹ come "vittorie di Pirro", ove non completate da adeguate ricadute di natura risarcitoria⁴². Nell'ambito delle concentrazioni, infatti, fintanto che il Tribunale si pronunci sull'illegittimità di una decisione della Commissione, le condizioni di mercato possono modificarsi⁴³ e i benefici che le imprese avrebbero potuto eventualmente maturare in quel periodo non sono sempre facilmente recuperabili⁴⁴. Nel caso di specie, per la ricorrente il riconoscimento del danno avrebbe costituito una forma di tutela non meramente

³⁶ Cfr. sentenza *MyTravel*, cit., punto 134.

³⁷ Illegittimità parzialmente sancita dallo stesso Tribunale nella sentenza *MyTravel c. Commissione*, cit.

³⁸ Cfr. sentenza *MyTravel*, cit., punto 139.

³⁹ In questo senso "la Commissione sostiene che, se in circostanze quali quelle del caso in questione dovesse sorgere la sua responsabilità finanziaria, verrebbe compromessa la sua capacità di esercitare pienamente la funzione di regolatore della concorrenza affidatale dal Trattato CE, a causa dell'effetto inibitorio che il rischio di dover risarcire i danni fatti valere dalle imprese interessate potrebbe generare sul controllo delle concentrazioni". Cfr. sentenza *Schneider*, cit., punto 121.

⁴⁰ Cfr. M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *EPL*, 2005, p. 375 ss., in particolare v. p. 379 e p. 388.

⁴¹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval, Raccolta*, p. II-1473.

⁴² Così R. O'DONOGHUE, C. FEDDERSON, nota a *Airtours*, in *CML Rev.*, 2002, p. 1171 ss.; D. BAILEY, *Damages Actions under the EC Merger Regulation*, ivi, 2007, p. 101 ss.

⁴³ Non a caso i successivi casi *Schneider* e *Tetra Laval* sono stati trattati con la procedura accelerata, c.d. "fast track", attivabile sulla base dell'art. 76 bis reg. proc. Tribunale di primo grado, del 2 maggio 1991 (*GUCE L* 136, 30 maggio 1991, p. 1); articolo introdotto in seguito alle modifiche del regolamento di procedura del Tribunale del 6 dicembre 2000, *GUCE L* 322, 19 dicembre 2000.

⁴⁴ Viceversa, se tale illegittimità si accerta nell'ambito di cartelli o di comportamenti abusivi unilaterali, più semplicemente la condotta potrà essere ripresa successivamente e il pagamento delle sanzioni interrotto. Certo, anche in questi casi ci potrebbero essere danni da risarcire, si pensi agli impegni o al caso di garanzie bancarie istituite per pagare l'ammenda. Tuttavia, in queste ipotesi il solo annullamento del provvedimento illegittimo della Commissione appare già sufficiente a garantire, quanto meno, un soddisfacente ripristino dello *status quo ante*. Cfr. sentenza *Holcim*, cit., p. I-2941.

aggiuntiva, ma “costitutiva” dello stesso diritto. La sua azione, infatti, non era diretta al semplice annullamento della decisione contestata ma alla realizzazione di quella specifica operazione di concentrazione⁴⁵. Non si tratta solo di “ottener ragione”, ma di essere messi in condizione di poter perseguire un proprio obiettivo, ove questo risulti compatibile col diritto comunitario; in definitiva di realizzare l’effettività della tutela industriale.

Dalla sentenza in esame⁴⁶ emerge che il diritto in questione si ricava da una lettura combinata degli articoli 2 e 8, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 4064/89⁴⁷, con il dovere di diligenza che incombe alla Commissione nel corso della sua attività. Le imprese interessate hanno pertanto un diritto pieno a procedere all’operazione proposta ove conforme alle norme sulla concorrenza; e al conseguente diritto al risarcimento del danno qualora questa operazione non avvenga per mancato rispetto delle regole sulle concentrazioni e degli obblighi sostanziali e procedurali dell’istituzione. Il Tribunale, in questo caso, sebbene solo in teoria, ha affermato la necessaria complementarità tra tutela sostanziale e risarcitoria⁴⁸, permettendo così di collocare questa pronuncia nel più ampio dibattito sulle diverse modalità di *enforcement* del diritto comunitario della concorrenza⁴⁹. Proprio in materia antitrust da qualche tempo si sta lavorando con un certo interesse sulla possibilità di azioni risarcitorie, sebbene nell’ambito di ricorsi presentati da singoli contro altri singoli. Queste ultime rappresentano un’ulteriore e importante modalità per la realizzazione del c.d. *private enforcement* della concorrenza⁵⁰. È stato dimostrato⁵¹, infatti, che i risvolti privatistici connessi alla violazione di norme antitrust partecipano al miglioramento complessivo del sistema comunitario di promozione della competitività del mercato. Un meccanismo virtuoso dovrebbe innescarsi sia *ex ante*, attraverso l’effetto deterrente che la minaccia di azioni risarcitorie produce sulle imprese indagate, sia *ex post*, mediante il sostanziale ripristino delle condizioni di mercato attraverso il pagamento della somma. In questo scenario è ormai assodato che l’impresa che cagioni un danno debba risarcire i consumatori e/o i concorrenti even-

⁴⁵ Diverse sono le condizioni che hanno successivamente condotto all’approvazione di due operazioni di concentrazione successivamente notificate sia da MyTravel che da First Choice: v., rispettivamente, la decisione della Commissione del 4 maggio 2007, COMP/M4601 *KarstadtQuelle/MyTravel* e la decisione della Commissione del 4 giugno 2007, COMP/M4600 *TUI/FirstChoice* (quest’ultima autorizzata con impegni).

⁴⁶ V. punti 44-51.

⁴⁷ Cit.

⁴⁸ V. punto 29.

⁴⁹ Sull’argomento per uno studio di quanto avviene oltreoceano v. H. HOVENKAMP, *Mergers Actions for Damages*, in *Hasting Law Journal*, 1984, p. 937 ss.

⁵⁰ Cfr. libro bianco della Commissione, del 2 aprile 2008, in materia di azioni di risarcimento del danno per violazioni di norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def.

⁵¹ Cfr. W. P. J. WILS, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, in *W. Comp.*, 2003, p. 473 ss.; N. REICH, *The “Courage” Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?*, in *CML Rev.*, 2005, p. 35 ss.

tualmente lesi⁵². Viceversa, nascendo come rimedio di stampo privatistico, non esiste alcun riferimento all'ipotesi in cui a provocare il danno sia l'autorità pubblica preposta all'applicazione delle regole di concorrenza o, come in questo caso, la Commissione. Certo, le imprese violano regole sostanziali della concorrenza, mentre la Commissione può incorrere piuttosto nel mancato rispetto di norme procedurali, essendo ridotto al minimo il sindacato del giudice comunitario sulle scelte di merito dei commissari⁵³. Tuttavia, analizzando la situazione dal punto di vista dell'impresa danneggiata, ci sembra permanga anche in questo caso un interesse al ripristino delle condizioni di mercato ove queste siano state comunque compromesse. Questo è vero, *a fortiori*, quando l'errore è stato compiuto rispetto alla verifica di operazioni di concentrazione le quali possono avere addirittura effetti pro-competitivi⁵⁴. Resta chiaro che le due ipotesi risarcitorie non sono perfettamente sovrapponibili; potremmo a tal proposito parlare – evocando una terminologia ben nota alla letteratura comunitaria – di responsabilità “orizzontale” (singolo-singolo) e “verticale” (Commissione-singolo), rilevando solo nel primo caso un diritto al risarcimento effettivamente esercitabile. Ma queste conclusioni non sembrano tenere in debito conto che sovente – come nel caso in questione – la tutela risarcitoria non avrebbe costituito per l'impresa ricorrente un rimedio successivo ed eventuale, bensì un traguardo necessario e complementare alla sentenza di annullamento del Tribunale. Non va infatti dimenticato che l'autonomia delle due azioni fu sancita semplicemente per rafforzare la portata di quella risarcitoria – introducendo addirittura la possibilità della responsabilità per atto lecito⁵⁵ – e non di certo per disconoscere il necessario legame che le caratterizza. In questo senso, la stessa sentenza in epigrafe ha riconosciuto la “simmetria” che collega l'azione di annullamento con l'azione di responsabilità extracontrattuale della Comunità, sebbene abbia respinto la possibilità che l'annullamento di un atto possa costituire, di per sé, prova sufficiente di una violazione grave e manifesta⁵⁶.

La pronuncia in esame lascia pertanto insoluto il problema di assicurare l'effettività dell'azione risarcitoria ove il comportamento che ha comunque compromesso l'assetto concorrenziale del mercato non sia ascrivibile ad un'impresa concorrente bensì alla Commissione.

6. In conclusione, il caso *MyTravel* ribadisce che l'azione di risarcimento del danno a carico della Comunità è un rimedio di difficile utilizzazione. In questo

⁵² N. REICH, *Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights*, in *CML Rev.*, 2007, p. 705 ss.

⁵³ Sulla questione v. V. THILI, J. VANHAMME, *op. cit.*, p. 885 ss.

⁵⁴ In questo senso v. le Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 25 maggio 2004, causa C-12/03 P, *Tetra Laval, Raccolta*, p. I-987, punti 79 e 80.

⁵⁵ Sulla questione preme sottolineare come la Corte di giustizia abbia realizzato una sostanziale inversione di rotta sull'argomento negando addirittura tale possibilità. In particolare v. punti 152-176 della sentenza *FIAMM*, cit.

⁵⁶ Cfr. punti 41-43.

senso, sarebbe auspicabile una maggiore apertura della giurisprudenza comunitaria⁵⁷ sul tema, non certo per compromettere l'autonomia valutativa della Commissione in materia antitrust, quanto piuttosto per ascoltare e tutelare – ove risultino fondate – le istanze dei singoli. La tutela risarcitoria è un passo fondamentale verso l'effettività del sistema comunitario la cui attuazione dovrebbe essere agevolata, seppure chiaramente nell'osservanza dei compiti e delle funzioni di ciascuna istituzione. Rispetto all'attività della Commissione in materia di concentrazioni qualche sforzo in più verso il riconoscimento dei danni forse potrebbe essere compiuto⁵⁸. Nel caso *Schneider* questo tentativo è stato fatto, almeno dal Tribunale, che non smentendo la giurisprudenza precedente ha riconosciuto la responsabilità sulla base di un errore procedurale della Commissione. Anche nel caso *MyTravel*, invero, la ricorrente ha fatto valere alcuni argomenti legati a difetti di procedura, ma questi, come sopra illustrato, sono stati rigettati dallo stesso Tribunale. Ne consegue quindi che, anche quando si valuta la condotta rispetto ad obblighi procedurali, la responsabilità della Commissione sussiste solo in casi eccezionali, compromettendo in tal modo la tutela effettiva del privato al risarcimento dei danni subiti.

Abstract

Non-Contractual Liability of the European Communities in Merger Cases: The *My Travel* Judgement

In *My Travel v. Commission* the Court of First Instance of the European Communities dismissed the action brought by the applicant whereby Art. 288 of the EC Treaty. According to *MyTravel*, the *Airtours* case – where the Tribunal annulled the Commission's decision declaring a concentration incompatible with the common mar-

⁵⁷ Mentre si scrive si aspetta l'esito del ricorso proposto dalla Commissione avverso la sentenza del Tribunale *Schneider*, cit., del 24 settembre 2007 iscritto al ruolo come C-440/07 P. Qualora la Corte seguisse quanto proposto dalle conclusioni che l'Avvocato generale Colomer ha presentato il 3 febbraio 2009 nell'ambito del suddetto ricorso ci sembra che si chiudessero anche quei tenui spiragli che il Tribunale ha lasciato intravedere nel caso *Schneider*. Infatti, secondo l'Avvocato generale, il ricorso della Commissione andrebbe parzialmente accolto nella parte in cui la sentenza di primo grado riconosce il danno relativamente alla riduzione del prezzo di cessione. In particolare nelle conclusioni si evidenzia, in relazione a questa parte, la mancanza dell'elemento del nesso di causalità (punti da 156 a 159).

Nessun ricorso è stato proposto, invece, avverso la sentenza *MyTravel*, a riprova della consapevolezza da parte dell'impresa interessata della difficoltà di trovare nel giudizio della Corte possibili nuove posizioni rispetto alla nostra problematica.

⁵⁸ Per uno studio di ulteriori soluzioni volte a risolvere il problema della tutela delle imprese in caso di illegittima condotta della Commissione in materia di concentrazioni v. A. ANDREANGELI, *Toward an EU Competition Court: "Article 6-Proofing" Antitrust Proceeding before the Commission?*, in *W. Comp.*, 2007, p. 595 ss.; D. BAILEY, *Damages actions*, cit., p. 103 ss.

ket – constituted a reasonable ground to establish the Community liability. In fact, following that decision, the applicant has not been able to proceed to the proposed acquisition.

On these reasons the applicant argues the existence of the circumstances in which the action for damages against the Communities arise, namely (i) the unlawful conduct on the part of the Community institution, (ii) a sufficiently serious breach of the rule conferring rights on individuals, (iii) a link between the damage suffered and the unlawful conduct.

The present comment examines different issues related to the damages action in merger cases. In particular it focuses on the discretionary power of the Commission in competition matter and the consequent difficulties to ascertain the conditions required for the application of Art. 288 ECT.



Recensioni

Giandonato Caggiano

La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo

Torino, Giappichelli, 2008, pp. X-160



Il titolo di questo libro tradisce in realtà un oggetto diverso e più ampio, poiché l'autore non si occupa dei soli servizi di interesse *economico* generale, ma tratta anche di quelli che non hanno un rilievo "economico" nel senso proprio della disciplina comunitaria.

Così, mantenendo invece la promessa del proprio sottotitolo, il volume offre importanti spunti di riflessione in generale sui servizi pubblici, ivi inclusi quei servizi che, proprio in quanto non sono catalogabili come "economici" (istruzione, sanità, ecc.), richiedono un'attenzione particolare per lo studioso della materia, in considerazione soprattutto del riparto di competenze tra Unione e Stati membri, e nondimeno dei riflessi che il diritto comunitario comunque esercita anche sulle materie apparentemente più riservate ai secondi, specie attraverso il *passerpartout* delle libertà fondamentali.

Il volume, che nella sua concisione evidenzia un ulteriore pregio, ha un impianto completo e organico ed è utilissimo per comprendere lo stato dell'arte della normativa, anche di *soft law*, e soprattutto della giurisprudenza della Corte di giustizia nelle materie oggetto di trattazione. Tanto più che gli arresti dei giudici comunitari, numerosissimi in questo settore, presentano profili non sempre coerenti tra di loro, e soprattutto non sempre indicanti in maniera univoca una soluzione coerente alle diversissime questioni analizzate dalla Corte, coerenza peraltro necessaria per immaginare un "modello comunitario" per tutti questi servizi.

E questo, in effetti, è a mio avviso il vero nodo da sciogliere prima di immaginare se esista un modello sociale europeo, come l'autore prova a tratteggiare.

Da tale angolo visuale, non mi pare praticabile (né, per la verità, l'autore pare crederci molto), l'idea che norme come l'art. 16 del Trattato CE – neppure nella

versione “costituzionalizzata” contenuta all’art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – possano creare meccanismi dotati di efficacia diretta da far valere ad opera dei singoli nei confronti degli Stati membri ovvero dell’Unione europea. Perché a tacer d’altro una tale ipotesi presupporrebbe la preventiva individuazione di standard precisi, che necessariamente mancano tuttora a livello di diritto positivo; per contro, nei rarissimi casi in cui questi standard fossero stati positivamente previsti a livello di direttive di armonizzazione di (alcuni) dei servizi di interesse generale, e lo Stato membro li avesse violati, troverebbero a mio avviso assai più proficua applicazione i rimedi... di diritto comune relativi o alla diretta applicazione delle direttive, o alla responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie.

Tornando quindi al pensiero dell’autore, più interessante è senz’altro lo spunto, contenuto al cap. 1, volto a cercare una lettura coordinata della direttiva servizi con la disciplina dei servizi di interesse generale, nel quale opportunamente si mette in rilievo come, a ben vedere, l’Unione sul punto richieda al massimo un “coordinamento aperto” agli Stati membri. Ciò tuttavia consente a mio avviso di ipotizzare anche un ulteriore elemento di possibile riflessione, e cioè quello secondo cui questo coordinamento presuppone forse, almeno ad oggi, l’esistenza di ampi spazi di manovra per gli Stati membri, idonei a immaginare diversi livelli di servizi: donde una *pluralità* di modelli sociali europei, piuttosto che un *unicum*. Del che vi è riprova, se non altro, in un fatto politico decisivo, costituito da un allargamento, recente e prospettico, dell’Unione a Stati aventi livelli di reddito e di sviluppo notevolmente differenti rispetto a quelli di più antica appartenenza all’Unione.

E in questo senso, fermi i principi di solidarietà e gli obiettivi di convergenza, mi pare un dato realistico (e invero assai opportuno), evitare di pensare ad un’Europa che imponga il *suo* modello sociale agli Stati membri: piuttosto, e a mio avviso ancora per lungo tempo, questo modello sociale sarà quello che gli Stati membri vogliono o riescono a darsi, in coerenza con le proprie tradizioni e valori fondanti, che di questi tempi, e soprattutto col Trattato di Lisbona, credo saranno difficilmente soppiantati da un canone europeo.

Di ciò, tuttavia, e per certi versi, non ci si deve troppo rammaricare, posto che questo è il prezzo necessario a mantenere un’idea di Europa accettabile per i 27 membri (e per quelli candidati), laddove ulteriori... fughe in avanti sarebbero, credo, controproducenti.

Sotto questo profilo, non mi pare allora di poter interamente condividere una delle idee conclusive dell’autore relativamente ad una sostanziale progressiva perdita di capacità degli Stati membri di dettare i propri modelli sociali, che diventa addirittura un mero obbligo degli Stati membri di trasporre norme comunitarie nei settori completamente armonizzati.

È vero, ed è esatto, il rilievo secondo cui, sul piano procedurale, è ormai sulla scorta di criteri fissati dall’Unione che gli Stati membri devono far emergere le proprie scelte e il proprio “modello sociale” relativamente a determinati settori. Ma quanto al contenuto materiale del modello sociale, ritengo ancora ampi – e

invero prevalenti – gli spazi disponibili a favore degli Stati membri, soprattutto nel complesso equilibrio un po' "restauratore" dato dal Trattato di Lisbona.

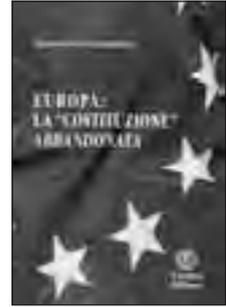
Questo ci porterebbe in realtà ad affrontare un tema di assai più ampio spessore, che riguarda il nostro Paese e le prospettive che in Italia esistono di rivedere o reimpostare il nostro modello sociale alla luce dei condizionamenti provenienti dall'Unione europea. Naturalmente, Giandonato Caggiano non ne parla, ma al lettore attento non sfuggirà la necessità di ragionarci sopra, una volta letta l'ultima pagina del volume qui recensito. E questo, *va sans dire*, costituisce un ulteriore aspetto che rende il suo libro particolarmente apprezzabile

Francesco Munari

Francesco Gabriele

Europa: la “Costituzione” abbandonata

Bari, Cacucci, 2008, pp. 319



L'ingresso della parola “costituzione” nella terminologia legata al processo di integrazione europea, grazie al mai entrato in vigore Trattato di Roma del 2004, ha ovviamente incentivato molti studiosi di diritto pubblico e costituzionale a dedicarsi con maggiore attenzione all'analisi dell'ordinamento giuridico comunitario. Francesco Gabriele non è tuttavia un “europeista” dell'ultima ora, per cui il suo lavoro monografico sviluppa con profondità e realismo l'esame dei ben chiari limiti di un ordinamento certamente non qualificabile, anche nella versione del 2004, in termini costituzionali (almeno come riferibili ad un ordinamento statale).

In realtà lo stesso Gabriele da un lato evidenzia opportunamente la necessità che una tematica così complessa venga affrontata alla luce di una pluralità di saperi scientifici e dall'altro ritiene inevitabile che ciascuno di essi, insieme con le particolari opzioni ideali, possa condizionare l'approccio metodologico. E ciò partendo dalla constatazione che si propende per il termine “costituzione” se si è favorevoli ad una Europa tendenzialmente “Stato” ovvero per il termine “Trattato” se si privilegia la natura prevalentemente “intergovernativa” del fenomeno.

Su questi presupposti, sono descritte le teorie e le tesi in linea generale contrarie all'uso del termine “costituzione” anche derivanti dalle stesse caratteristiche esteriori del documento (capitolo secondo) sia quelle variamente non contrarie o favorevoli ad una costituzione europea desumendone la realizzazione da una volontà costituente degli Stati membri (capitolo terzo). Nell'ampiezza dei contributi offerta dalla dottrina (riferita appunto alla pluralità dei saperi scientifici indicati), sembra comunque difficile per l'autore non basarsi sul “richiamo alla specificità e alla originalità che connotano il fenomeno comunitario” riconducendone le difficoltà di interpretazione e ricostruzione all'utilizzazione di categorie non sempre adeguate alle novità proprie dello stesso. Con queste precisazioni Gabriele ritiene tuttavia di non poter escludere la ammissibilità di una costituzione, salvo poi chiedersi se l'Europa ne ha veramente bisogno.

Anche rispetto a questo interrogativo vengono ripercorse ed analizzate sia le teorie basate sulla inutilità o addirittura dannosità della stessa sia quelle che affrontano invece in termini positivi la questione. L'attenzione costante dell'au-

tore è comunque diretta, in maniera apprezzabile, ad evitare una rigida applicazione di categorie e criteri propri di specifiche realtà statali e da queste inevitabilmente condizionate. Infatti, la ricostruzione dei modelli costituzionali deve oggi fare i conti con le contraddizioni interne allo Stato contemporaneo in bilico fra le istanze conservatrici dei tradizionali poteri e la progressiva perdita di sovranità sostanziale.

L'autore analizza infine le problematiche derivate dalla mancata ratifica del Trattato "costituzionale" e quindi il suo abbandono, o meglio la sua "scomunica", a favore del nuovo Trattato di Lisbona del 2007 (*delenda constitutio!*).

Una forte critica, a proposito della redazione di quest'ultimo, è diretta nei confronti della mancata utilizzazione del metodo "convenzionale", molto apprezzato in quanto espressione di una "storica" rottura rispetto a quello, tradizionale, diplomatico e certamente più democratico e trasparente (coinvolgendo tra gli altri Parlamento europeo e Parlamenti nazionali); metodo non a caso ripreso di recente in Austria ai fini della propria revisione costituzionale. In proposito, tuttavia, non si può non sottolineare che il Trattato di Lisbona riproduce gran parte dei contenuti di quello firmato a Roma nel 2004 (salvo un maniacale rigetto di ogni riferimento anche puramente simbolico ad espressioni idonee a collegarsi ad un assetto istituzionale di tipo costituzionale) e che non potevano essere ulteriormente allungati i tempi delle necessarie riforme.

È inoltre ferma la critica anche alla rinuncia a qualificare (come è) il regolamento quale legge comunitaria quando in Italia rango nominale e sostanziale di legge è attribuito perfino ad atti adottati da consigli regionali e provinciali e quando comunque nel Trattato si parla pur sempre di procedura legislativa. Evidentemente il combinato disposto fra "legge", espressa sanzione del primato del diritto comunitario, e "costituzione" produceva una svolta insopportabile per alcuni governi.

Del resto l'autore, nel fornire la propria visione dell'attuale fase del processo di integrazione, interpreta le modifiche in senso "costituzionale" in termini abbastanza realistici in quanto cioè idonee a consentire "alla vecchia macchina di funzionare con il nuovo carico" di 27 Stati. Il risultato dell'assenza di adeguate revisioni del Trattato di Roma (e non è ritenuta tale quella di Lisbona) è che per necessità di cose l'Europa dovrà camminare a più velocità, soluzione questa non ritenuta ottimale. Infatti, la genesi e la storia della Comunità-Unione europea non è quella degli Stati e non è possibile considerare l'Unione europea uno Stato; ne consegue che il ricorso al termine costituzione era comunque improprio per quanto fosse diretto a sottolineare in maniera significativa un momento fondamentale della vita politico-istituzionale dell'Unione "bisognoso di essere adeguatamente espresso".

D'altronde, per l'autore l'Unione europea, in quanto unita nella diversità, se non ha un "demos" (è formata da popoli e non da un popolo) ha invece un "logos" intendendo la parola in un'accezione eraclitea quale capacità di tutti gli elementi di un mondo di connettersi tra loro senza perdere la loro individualità.

Il libro di Gabriele ha il merito di spaziare sulla principale dottrina riferibile ai vari saperi che si occupano dell'integrazione europea, fornendone una medi-

tata e perciò utile descrizione. Per di più, senza farsi pregiudizialmente condizionare dalla propria formazione giuspubblicistica, fornisce spunti di grande interesse sulla necessità di rivedere la stessa nozione di costituzione alla luce delle profonde evoluzioni in atto nella comunità internazionale degli assetti istituzionali diretti a governare le società contemporanee.

Ennio Triggiani

Emanuela Pistoia

Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale



Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 1-356

Il volume è volto ad esaminare i caratteri propri di quella parte del diritto dell'Unione europea che fa capo al titolo VI dell'omonimo Trattato (il c.d. terzo pilastro) concernente le norme sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, e a valutare l'impatto che, alla luce dei medesimi, tali norme dispiegano sul diritto italiano. Utilizzando sovente il tracciato comunitario, e soprattutto la giurisprudenza della Corte di giustizia, e muovendo comparativamente dai risultati cui esso è approdato, l'analisi affronta particolarmente alcune tematiche relative all'atteggiarsi delle norme "derivate" da detto titolo VI (in specie, di quelle contenute nelle decisioni quadro): l'esclusione per esse dell'effetto diretto, la giurisprudenza della Corte relativamente all'obbligo, da parte dei giudici interni, di assumerle quale parametro dell'interpretazione (conforme) delle norme interne e, infine, la loro capacità di "resistenza" di fronte a norme interne incompatibili, anche di rango costituzionale.

Dopo avere introdotto, nel primo capitolo, il quadro generale offerto dal titolo VI, senza peraltro tralasciare le fonti "ereditate" dal periodo precedente all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (il quale, come noto, ha posto incisivamente mano al "vecchio" terzo pilastro GAI, restituendolo, grosso modo, nella veste attuale), il volume entra in una dettagliata analisi della giurisprudenza sull'effetto diretto. Lo scopo di detta analisi, che si dipana nel secondo capitolo, è quello di mettere in evidenza, al fine di stabilirne l'idoneità a varcare i confini del diritto comunitario, il c.d. effetto di esclusione. Nel capitolo terzo si esamina l'obbligo di interpretazione conforme e la giurisprudenza che, fin dalla sentenza *Pupino*, l'ha affermato relativamente al terzo pilastro. In esso, una particolare attenzione viene opportunamente posta sull'atteggiarsi di uno dei limiti di detto obbligo – quello dell'interpretazione *contra reum* – in una materia, quale quella investita dalle norme sulla cooperazione penale, nella quale tale limite è verosimilmente destinato ad avere un rilievo, se possibile, maggiore di

quanto già non ne abbia nell'ambito del diritto comunitario. Gli ultimi due capitoli, infine, si soffermano sui problemi che, proprio alla luce di quei caratteri del terzo pilastro messi in luce nei capitoli precedenti, emergono relativamente alla posizione delle norme secondarie nell'ordinamento italiano e al modo in cui questi si adatta ad esse. La bibliografia, cui si aggiunge un utile indice analitico, è ampia e comprende anche i contributi della dottrina penalistica, indispensabili per un'analisi dell'impatto delle norme del terzo pilastro nel nostro ordinamento.

L'autrice fornisce un contributo molto importante alla ricostruzione della giurisprudenza della Corte sull'effetto di esclusione. All'esame che il volume dedica ad esso va, infatti, il merito di gettare luce su una tematica che, da una parte, non sempre vede detta giurisprudenza brillare per chiarezza e coerenza e, dall'altra, fatica ancora a trovare spazio nei contributi della dottrina italiana. Non solo. L'analisi delle differenze fra l'effetto di sostituzione, quello di esclusione e l'obbligo di interpretazione conforme offre anche, dall'angolazione da cui si pone, spunti notevoli in relazione sia al modo di atteggiarsi delle norme europee, sia ai rapporti fra l'ordinamento da cui esse originano e quello italiano.

Proprio a tal proposito, il volume si segnala, tra l'altro, poiché in esso si avanza un'originale ricostruzione relativamente alle norme "derivate" del terzo pilastro e al loro impatto nei riguardi dell'ordinamento italiano. In esso si afferma che, nella misura in cui la Corte ha esteso l'obbligo di interpretazione conforme a detto pilastro, le norme secondarie che da esso derivano godono del primato nel diritto interno, benché, come l'autrice correttamente puntualizza, il *modus operandi* del diritto del terzo pilastro, "in ragione dell'esclusione dell'efficacia diretta, non possa consistere nella disapplicazione di una norma interna incompatibile ma sia limitato al piano ermeneutico". Tale tesi, peraltro, suscita qualche perplessità.

Anzitutto, è dubbio che il principio del primato del diritto comunitario si limiti ad una generica prevalenza delle sue norme su quelle interne incompatibili, a prescindere dal *modus operandi* con cui tale prevalenza si realizza. Sembra invece che il primato non possa essere disgiunto, senza snaturarne il senso, da quel suo particolare *modus operandi* costituito dalla disapplicazione della norma interna incompatibile. Ciò, d'altra parte, è provato dalla "reazione" che, con la sentenza *Simmenthal*, la Corte di giustizia ha avuto nei confronti del pur significativo *revirement* operato dalla Corte costituzionale con la sentenza *Industrie chimiche*. Invero, benché sia innegabile la contiguità tra l'obbligo di interpretazione conforme e il principio del primato, la piena assimilazione del primo ad una forma di manifestazione del secondo e, dunque, l'estensione del primato al diritto del terzo pilastro *tout court* non sembra del tutto giustificata alla luce dei limiti di cui la Corte circonda l'obbligo di interpretazione conforme: il divieto dell'interpretazione *contra legem* e il rispetto dei principi generali di diritto la cui espressione, in materia penale, è costituita prevalentemente (ma non solo) dal divieto dell'interpretazione *contra reum*.

Inoltre, anche a voler intendere il principio del primato in questo suo significato estensivo, rimarrebbe comunque dubbio che esso possa applicarsi *tout court* alle norme secondarie del terzo pilastro. Secondo l'autrice, il diritto del

terzo pilastro godrebbe della “copertura” costituzionale che gli articoli 11 e 117 della Costituzione già forniscono al diritto comunitario. In altre parole, il diritto del terzo pilastro, ai fini del suo impatto sull’ordinamento italiano, sarebbe pienamente assimilato al diritto comunitario, ravvisandosi l’unica significativa differenza nel *modus operandi*: confinato all’obbligo di interpretazione conforme il primo, potenzialmente dotato dell’effetto diretto (e/o della diretta applicabilità) il secondo. Le conseguenze che da ciò, pur coerentemente, l’autrice fa discendere si spingono forse al di là di quanto la natura del terzo pilastro non consenta di fare. Rinvenendo nell’interpretazione conforme un’espressione del principio del primato (e non un fenomeno ad esso solo contiguo), si attribuisce alle norme interne “conformate” al diritto del terzo pilastro una forza di resistenza che può apparire eccessiva, in quanto esse dovrebbero cadere solamente di fronte ai c.d. “controlimiti”. Ci sembra, invece, che tali norme, godendo, indirettamente, della sola tutela apprestata dal rispetto degli obblighi internazionali, prescritto dall’art. 117, 1° co., Cost., dovrebbero essere subordinate a tutte le norme di rango costituzionale, come riconosciuto dalla Corte costituzionale nelle celebri sentenze dell’ottobre 2007.

Le osservazioni che precedono, beninteso, non intendono in alcun modo oscurare gli indubbi pregi dell’opera recensita, che anzi, proprio in virtù della tesi in essa sostenuta, risulta estremamente stimolante e suscettibile di sollecitare riflessioni e dibattiti.

Francesco Cherubini

Libri ricevuti

Elisa Baroncini, *Il treaty-making power della Commissione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. XIV-505.

Paolo Benvenuti (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano Alto, Editrice il Sirente, 2008, pp. VI-394.

Susanna Cafaro (a cura di), *Il governo dell'economia in Europa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. VIII-217.

Mario Carta (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Roma, Teseo editore, 2009, pp. XXIII-309.

Angela Del Vecchio, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, Cacucci, 2009, pp. XI-296.

Chiara Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 382.

Francesco Francioni, Marco Gestri, Natalino Ronzitti, Tullio Scovazzi (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. XXIX-792.

Luciano Garofalo, *Obblighi internazionali e funzione legislative*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. IX-164.

Roberto Giuffrida, *La costituzione di zone e corridoi di sicurezza quale contenuto dell'intervento umanitario*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. XI-196.

Lorenzo Gradoni, *Regime failure nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2009, pp. XVII-348.

Celestina Iannone, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XIV-210.

Robert Kolb, *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, II éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn-Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. XIV-435.

Dimitris Liakopoulos, *Forme ed evoluzione dell'arbitrato in diritto comunitario e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XV-249.

Irini Papanicolopulu (a cura di), *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. XII-404.

Mauro Romani, *Tutela giuridica degli appalti pubblici nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. IX-281.

Francesco Sbordone, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 182.

Mara Valenti, *Gli standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XVI-221.

Paolo Venturi, *La giurisdizione volontaria nel diritto processuale civile internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XII-436.

Aurora Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, Cacucci, 2009, pp. 235.

Elenco delle abbreviazioni

Boll. CE – Bollettino dell'attività delle Comunità europee

Boll. UE – Bollettino dell'attività dell'Unione europea

Cass. pen. – Cassazione penale

CDE – Cahiers de droit européen

CI – La Comunità Internazionale

CIJ Rec. – Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice

CML Rev. – Common Market Law Review

Columbia JEL – The Columbia Journal of European Law

Com. St. – Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale della Università di Milano (già Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano)

Contr. imp./E. – Contratto e impresa/Europa

DCSI – Diritto comunitario e degli scambi internazionali

Dir. comm. int. – Diritto del commercio internazionale

Dir. pen. proc. – Diritto penale e processo

DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo

DUE – Il Diritto dell'Unione Europea

EBLR – European Business Law Review

ECLR – European Competition Law Review

EG – Enciclopedia giuridica Treccani

EJLS – European Journal of Legal Studies

ELR – European Law Review

EPL – European Public Law

Fordham ILJ – Fordham International Law Journal

Foro it. – Il foro italiano

Giur. comm. – Giurisprudenza commerciale

- GUCE* – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GURI – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana
GUUE – Gazzetta ufficiale dell’Unione europea
ICLQ – The International and Comparative Law Quarterly
JCLE – Journal of Competition Law and Economics
LIEI – Legal Issues of Economic Integration (già Legal Issues of European Integration)
MCR – Mercato Concorrenza Regole
N.mo DI – Novissimo digesto italiano
Northwestern JILB – Northwestern Journal of International Law and Business
Q. cost. – Quaderni costituzionali
Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee
RCADI – Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye
RDE – Rivista di diritto europeo
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDUE – Revue du droit de l’Union européenne
Riv. dir. proc. – Rivista di diritto processuale
Riv. trim. dir. pen. ec. – Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia
Riv. trim. dir. proc. civ. – Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
RMUE – Revue du marché unique européen
RSPI – Rivista di studi politici internazionali
RTDE – Revue trimestrielle de droit européen
RTDH – Revue trimestrielle des droits de l’homme
YEL – Yearbook of European Law
W. Comp. – World Competition

Indice degli autori



Giovanni Maria FLICK
Presidente emerito della Corte costituzionale

Paolo FOIS
docente di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Sassari

Mario SARCINELLI
economista e presidente di DEXIA Crediop

Giuseppe TESAURO
giudice costituzionale e professore f.r. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Ricardo Sebastián PIANA
docente de Derecho Político en la Universidad Nacional de La Plata y la Universidad del Salvador (Buenos Aires)

Giandonato CAGGIANO
associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma
TRE

Marina COMEI
associato di Storia economica nell'Università degli studi di Bari

Patrizia DE PASQUALE
straordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università LUM "Jean Monnet" di Casamassima (Bari)

Ilaria OTTAVIANO
dottoranda di ricerca in Universalizzazione dei sistemi giuridici: storia e teoria nell'Università degli studi di Firenze

Emanuela PISTOIA
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Teramo

Valeria CAPUANO
ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli "Parthenope"

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale.

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di “ponte d’Europa” e di “regione di confine” verso l’Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l’identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l’opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L’altro valore fondamentale è quello dell’accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i “dannati della terra” che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un’epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l’istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l’ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l’informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di “diritto di tribuna” o alla pratica del “mero ascolto”. L’intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall’altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova “architettura”, quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

Pietro Pepe

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

L’Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista



TECA DEL MEDITERRANEO

Teca del Mediterraneo, il cui motto è “la conoscenza accresce le capacità”, è la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell'Unione Europea.

Teca del Mediterraneo svolge vari progetti, alcuni dei quali di natura internazionale, organizza ogni anno un workshop sulla professione bibliotecaria e un meeting dei bibliotecari dei Paesi del Mediterraneo.

Teca del Mediterraneo svolge cooperazione interbibliotecaria con vari organismi: ACNP, NILDE, ESSPER, MAICR-Meta Opac Azalai Italiano delle Biblioteche dei Consigli delle Regioni, SBN.

Il sito di Teca del Mediterraneo e l'OPAC (catalogo digitale on line) sono consultabili all'indirizzo www.bcr.puglia.it.

L'indirizzo mail è biblioteca@bcr.puglia.it.

Il reference è contattabile al numero telefonico 0039 080 540 27 70.
Il fax è 0039 080 540 27 75.

La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a Europe *Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete Europe *Direct* italiana.

Radicata nel futuro



7,013

5,824

3,689

4,563



**BANCA
POPOLARE
DI BARI**



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)

Rivista di Diritto Privato

Diretta da **Giorgio DE NOVA**

160 Pagine

prezzo fascicolo: 35,00 € • abbonamento annuale: 125,00 €



Sommario:

Saggi e pareri – **Le parole del diritto commerciale** di Paolo Spada; **Confisca “urbanistica” e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell’uomo** di Giuseppe Tucci; **Sulla transazione del debitore in solido** di Enrico del Prato; **L’azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato** di Francesco Macario e Claudia Stazi; **La qualificazione del contratto di franchising** di Antonio Fici. **Difese e decisioni** – **Ordinanza della Corte d’Appello di Bari, I sez. penale in data 9 aprile 2008**; **Sentenza n. 17865/09 della Corte Suprema di Cassazione, III sez. penale in data 17 marzo 2009**

Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo

TUCCI Giuseppe (a cura di)

152 Pagine

prezzo: 15,00 €



Sommario:

Nota del CISEM. Presentazione, di G. Tucci. Introduzione, di A. Marini. Diritto comunitario, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo (CEDU) e rispetto della proprietà privata in Italia, di F. Caruso. La tutela del diritto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, con particolare riguardo alle ipotesi di confisca di beni, di F. Crisafulli. L’illegalità dell’accessione invertita nel sistema delle fonti, di C. Ventura. Ascesa e caduta della confisca “urbanistica”, di G. Tucci. Le confische urbanistiche e le più recenti sentenze dalla Cassazione, di F. Casarano. Sentenza: Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Arrêt: *Affaire Sud Fondi srl et 2 autres c. Italie*.

Problemi e soluzioni per la tutela della privacy nella costruzione di banche dati integrate



ORES – Osservatorio Regionale dell'Economia Sommersa

112 Pagine
prezzo: 10,00 €

Sommario:

Premessa di *Marco Barbieri* · Il quadro di riferimento normativo e amministrativo del Progetto ORES di *Anna Lobosco e Cristina Sunna* · La soluzione tecnologica adottata nella creazione dell'ORES di *Anna Bruno, Luca Castelluzzo, Teodoro D'Alò e Nicola Mangia* · Osservazioni conclusive sull'ORES come modello per la tutela della privacy di *Brigida Salomone e Marco Spadino* · Appendice

Separazione e divorzio

IZZO Carlo Guglielmo (a cura di)

288 Pagine
prezzo: 25,00 €



Sommario:

Il procedimento di separazione giudiziale, di C. G. Izzo. Il procedimento di separazione consensuale, di C. G. Izzo. Effetti della separazione e del divorzio riguardo ai figli, di C. G. Izzo. L'assegno a favore dei figli, di A. Izzo. L'assegno di mantenimento in favore del coniuge nella separazione, di C. G. Izzo. Scioglimento del matrimonio civile e cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario. Presupposti e procedimento, di C. G. Izzo. L'assegno di divorzio, di C. G. Izzo. La revisione delle condizioni di separazione e di divorzio, di V. Cioni. I mezzi di tutela degli obblighi patrimoniali nella separazione, di A. Izzo. I diritti previdenziali e successori dell'ex coniuge, di A. Falzone.

Le fonti del diritto nel mondo dell'informatica

BUONAMASSA Rosa

190 Pagine
prezzo: 15,00 €



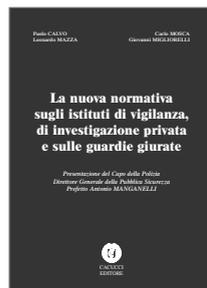
Sommario:

Posta elettronica certificata (PEC). Documento elettronico, firma digitale, firma elettronica. Documenti di riconoscimento elettronici. Il protocollo informatico e la digitalizzazione della pubblica amministrazione. Interventi contro la pirateria digitale. Software (programmi per elaboratore). Privacy e trattamento dei dati personali. Archivi e database. Diritto penale e "cyber crimes". Videotermini e sicurezza dei lavoratori.

La nuova normativa sugli istituti di vigilanza, di investigazione privata e sulle guardie giurate

**Paolo CALVO, Carlo MOSCA,
Leonardo MAZZA, Giovanni MIGLIORELLI**

304 Pagine
prezzo: 28,00 €



Sommario:

Premessa – Evoluzione della disciplina normativa sulla vigilanza privata – Il TITOLO IV “Delle guardie particolari e degli istituti di vigilanza e di investigazione privata” del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, come modificato ed integrato dall'art. 4 del decreto legge 8 aprile 2008, n. 59, convertito con la legge 6 giugno 2008, n. 101. – Il TITOLO IV “Delle guardie particolari e degli Istituti di vigilanza e di investigazione privata”, del regolamento di esecuzione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, approvato con regio decreto 6 maggio 1940, n. 635, come modificato ed integrato dal D.P.R. 4 agosto 2008, n. 153 (GU n. 234 del 6-10-2008) – Appendice

In copertina **Luca Giordano** (Napoli 1634-1705)

Ratto d'Europa – olio su tela, cm 176 x 230 – Milano, collezione privata

Il dipinto è stato reso noto ed esposto per la prima volta da Nicola Spinosa in occasione della mostra dedicata al Giordano svoltasi nel 2001 a Napoli (Castel Sant'Elmo-Museo di Capodimonte). A quel che riporta lo studioso, esso – attualmente in collezione privata milanese – ha fatto parte dell'antica raccolta dei Pio Falcò già in villa Mombello presso Imbersago, in Brianza, nella quale erano confluite nel XVIII secolo parte delle collezioni degli Orsini di Roma, dei Pio di Savoia e dei Falcò di Milano, e può essere identificato con uno dei due *Ratti d'Europa* che compaiono in un inventario del 1724, entrambi attribuiti, impropriamente ma significativamente, a Tiziano.

Domina la scena la luminosa, opulenta figura di Europa seminuda, con un drappo trasparente che le avvolge i fianchi e un serico manto azzurro cupo che il vento investe e trasforma in una sorta di fondale colorato su cui risalta il candore dell'incarnato del torso, colpito da un cono di luce che lascia in ombra il volto e parte delle spalle. La giovane donna è seduta sulla groppa di un toro bianco/nero, dai grandi occhi parlanti, inghirlandato con un serto di fiori dai vivacissimi colori, sotto le cui sembianze si cela il suo rapitore, Giove, ormai allontanatosi dalla riva e semimmerso nelle onde. È difficile però cogliere un cenno di ripulsa in Europa, la cui debole ribellione è testimoniata solo dal gesto del braccio destro, sollevato come a chiedere aiuto.

Nella fascia inferiore del dipinto spiccano le figure delle due ancelle compagne di giochi di Europa, simili a due naiadi per avere l'una tra le mani rametti di corallo e una conchiglia piena di perle e l'altra la ricca capigliatura bionda ornata da rutilanti coralli, e putti alati che si abbeverano a conchiglie. Altri putti, uno dei quali reca tra le mani una corona di fiori, compaiono fra le nuvole, in alto, seguendo la direzione della corsa intrapresa dal toro.

Cronologicamente il dipinto, caratterizzato da una materia cromatica fluida e brillante, si pone ai tempi del secondo soggiorno fiorentino del Giordano, quando egli eseguì gli affreschi di Palazzo Medici Riccardi (1683-1685) e dimostra una rinnovata attenzione alla pittura barocca chiara e luminosa di Pietro da Cortona esemplificata, nella stessa Firenze, dalle volte di Palazzo Pitti. Oltre a ciò, lo Spinosa vi coglie un diretto riflesso della grande pittura veneta del Cinquecento, da Tiziano a Paolo Veronese, visibile soprattutto nel grande, luminoso nudo di Europa e nella cromia calda e avvolgente.

Il soggetto di Europa rapita dal toro/Giove è stato più volte trattato dal Giordano; tra le numerose versioni che egli ne diede si ricordano in particolare quella conservata nella Burghley House Collection a Stamford, dalla composizione assai simile al dipinto milanese, ma in controparte, e quella della Wadsworth Atheneum ad Hartford, Connecticut.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2009, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2009, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c.n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2009).



€ 22,00