ISSN 1970-0903

Studi sull'integrazione europea

numero **2 · 2010** | anno **V**

Rivista quadrimestrale

CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero **2** · **2010** | anno **V**

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**

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

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

© 2010 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
http://www.cacucci.it e-mail: info@cacucci.it

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

Autorizzazione del Tribunale di Bari del 22/03/2006 n° 19
Direttore responsabile: Ennio Triggiani

Sommario

ARTICOLI

Marc Jaeger
Garantire una giustizia di qualità: bilanci e prospettive a 20 anni dall'entrata in funzione del Tribunale 281

Sergio M. Carbone, Chiara Tuo
Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona 301

Andrea de Guttry
Fighting Piracy and Armed Robbery in the XXI Century: Some Legal Issues Surrounding the EU Military Operation Atalanta 325

Francesco Munari
Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell'Unione europea e rapporti bilaterali dell'Italia 351

Giovanni Cellamare
Gli accordi di riammissione dell'Unione europea 369

Maria Rosaria Mauro
Accordi internazionali sugli investimenti e Unione europea 403

NOTE E COMMENTI

Anna Oriolo
Patrimonio digitale: *guidelines* internazionali e strategie dell'Unione europea di accessibilità, diffusione e protezione dei beni culturali e scientifici nell'era digitale 433

Denise Milizia
A Linguistic Investigation of the Lisbon Treaty 455

CONVEGNI E DIBATTITI

L'allargamento dell'Unione europea all'area balcanica (Università degli studi di Udine, 3 luglio 2009)

Alessandra Lang
La politica di allargamento dell'Unione europea 477

Lara Appicciafuoco
L'Unione europea e la condizionalità democratica nelle relazioni con i Paesi dei Balcani occidentali 492

Jens Woelk
La lunga transizione della Bosnia ed Erzegovina "da Dayton a Bruxelles" 509

Ivan Ingravallo
Il Kosovo tra l'amministrazione delle Nazioni Unite e le prospettive di ammissione all'Unione europea 528

RECENSIONI

Pieralberto Mengozzi, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, CEDAM, 2010 (Ugo Draetta) 547

Libri ricevuti 551

Elenco delle abbreviazioni 553

Indice degli autori 555

Summary

ARTICLES

Marc Jaeger
Guaranteeing the Quality of Justice: Assessments and Outlooks Twenty Years after the Establishment of the General Court 281

Sergio M. Carbone, Chiara Tuo
The EU Instruments in the Field of Family Law and the Lisbon Treaty 301

Andrea de Guttry
Fighting Piracy and Armed Robbery in the XXI Century: Some Legal Issues Surrounding the EU Military Operation Atalanta 325

Francesco Munari
Italian Control of Migratory Fluxes between EU Obligations and Bilateral Relationships with Third Countries 351

Giovanni Cellamare
EU's Readmission Agreements 369

Maria Rosaria Mauro
International Investment Agreements and the European Union 403

NOTES AND COMMENTS

Anna Oriolo
Digital Heritage: International Guidelines and EU Strategies on the Access, Dissemination and Preservation of Scientific Information and Cultural Resources in the Digital Age 433

Denise Milizia
A Linguistic Investigation of the Lisbon Treaty 455

CONFERENCES & DEBATES

The EU Enlargement to the Balkans
(University of Udine, 3 July 2009)

Alessandra Lang
EU's Enlargement Policy 477

Lara Appicciafuoco
The EU and Democratic Conditionality in the Relationships with the Western Balkans 492

Jens Woelk
Constitutional Transition of Bosnia-Herzegovina: From Dayton to Bruxelles 509

Ivan Ingravallo
Kosovo in Trouble: From the UN Administration to a Credible European Perspective? 528

BOOK REVIEWS

Pieralberto Mengozzi, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, CEDAM, 2010 (Ugo Draetta) 547

Books received 551

Table of abbreviations 553

List of contributors 555

Articoli

Marc Jaeger

Garantire una giustizia di qualità: bilanci e prospettive a 20 anni dall'entrata in funzione del Tribunale*

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'accesso alla giustizia. – 3. La qualità della giustizia: la preparazione e la specializzazione dei giudici. – 4. *Segue*: l'efficienza dell'attività giudiziaria. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il 25 settembre 2009 il Tribunale dell'Unione europea (già Tribunale di primo grado delle Comunità europee) ha celebrato i vent'anni dall'assunzione delle funzioni da parte dei suoi primi membri. In tale giornata è stato organizzato un incontro di studi incentrato su due questioni, che investono l'essenza della funzione giurisdizionale e cui anche il Tribunale non può sottrarsi, ossia la garanzia dell'accesso alla giustizia e la qualità della stessa. Nel corso di questi vent'anni, la giurisdizione ha indirizzato i propri sforzi alla garanzia di un'adeguata tutela di entrambi gli obiettivi. Nondimeno, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e le sfide che il futuro riserva rappresentano nuovi banchi di prova per testare la capacità del Tribunale di adeguarsi alle trasformazioni economico-sociali e alle evoluzioni degli assetti istituzionali dell'Unione, perseguendo l'obiettivo prioritario del corretto funzionamento della giustizia, che costituisce una delle garanzie fondamentali di ogni ordinamento fondato sul diritto (c.d. "*Rule of Law*"). Nelle pagine che seguono esaminerò i due temi oggetto dei seminari di studio analizzando, da un lato, i risultati raggiunti dal Tribunale e, dall'altro, i possibili punti critici del sistema giurisdizionale dell'UE, riflettendo sulle riforme necessarie sia sul piano interno che a livello istituzionale, al fine di consentire all'Istituzione di continuare a svolgere adeguatamente la sua attività di tutela e garanzia dei diritti dei cittadini dell'Unione.

2. Il primo argomento su cui intendo soffermarmi è quello dell'accesso alla giustizia[1]. Il tema porta inevitabilmente a trattare la questione della ricevibilità

* Il testo aggiorna all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la relazione tenuta presso l'Università degli studi del Sannio il 3 novembre 2009.

[1] In argomento si veda M. Gestri, *Portata e limiti del diritto individuale di accesso alla giustizia nell'ordinamento dell'Unione europea*, in F. Francioni, M. Gestri, N. Ronzitti, T. Sco-

dei ricorsi introdotti dai singoli[2], soprattutto alla luce della recente entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che con la modifica del par. 4 dell'art. 230 TCE (ora art. 263 TFUE) pone problematiche nuove, per la risposta alle quali si deve attendere quella che sarà l'interpretazione data dalla giurisprudenza alla nuova formulazione dell'articolo in parola. Prima di svolgere alcune considerazioni in proposito, vorrei brevemente ricordare la precedente formulazione dell'art. 230, par. 4, TCE e l'interpretazione che ne era stata data dalla Corte e dal Tribunale.

Come è noto, l'art. 230, par. 4, TCE stabiliva che i ricorsi presentati dalle persone fisiche e giuridiche soddisfacessero un doppio requisito, dovendo gli atti impugnati dal ricorrente riguardarlo direttamente ed individualmente[3]. La *ratio* della disposizione era di impedire che un singolo potesse contestare la legalità degli atti delle istituzioni comunitarie aventi portata generale, salvo che gli atti in questione non avessero degli effetti immediati sulla sua sfera soggettiva. In altre parole, l'obiettivo era di creare una barriera all'emergere di una *actio popularis*, pur garantendo un margine di tutela giurisdizionale ai singoli. Naturalmente, è spettato alla Corte, in prima battuta, e al Tribunale poi, il non facile compito di dare un contenuto alla formulazione del par. 4 dell'art. 230 TCE, in particolare nella parte in cui veniva qualificata la natura della situazione suscettibile di rendere il ricorrente non privilegiato titolare di un diritto di accesso al giudice.

Riguardo alla condizione secondo la quale l'atto deve riguardare individualmente un singolo, nella causa *Plaumann* c. *Commissione*[4], la Corte di giustizia ha enunciato una nozione di "individualmente", ripresa dalla giurisprudenza successiva, secondo la quale, "chi non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguarda individualmente soltanto qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari". Peraltro, va rilevato che la "formula *Plaumann*", costantemente applicata nella giurisprudenza successiva, ha avuto, tuttavia, declinazioni piuttosto varie[5].

In linea generale, la condizione che un atto riguardi individualmente un singolo è stata considerata soddisfatta laddove il ricorrente era citato espressamente

---

VAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 463 ss.

2 Per i ricorsi introdotti dagli Stati membri, mi permetto di far rinvio all'intervento che la dottoressa Guimaraes-Purokoski, membro del servizio del contenzioso del Governo finlandese, ha tenuto in occasione delle celebrazioni dei 20 anni del Tribunale, reperibile *on line* sul sito della Corte di giustizia dell'Unione europea: curia.europa.eu.

3 Cfr. art. 230, par. 4 TCE in base al quale: "[q]ualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle stesse condizioni, un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente e individualmente".

4 Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. 197 ss.

5 Per la giurisprudenza rilevante si vedano B. NASCIMBENE, L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998.

nell'atto impugnato[6] o la situazione specifica in cui si trovava era stata presa in considerazione al momento dell'adozione dell'atto impugnato[7]. D'altro canto, i ricorrenti hanno spesso eccepito il fatto di appartenere a un insieme ristretto di persone alle quali l'atto era applicabile. Tuttavia, tale circostanza è stata considerata sufficiente a soddisfare la condizione dell'"individualmente" solo nel caso in cui, in seno a detto insieme, il ricorrente si distingua in ragione di condizioni particolari relative all'oggetto dell'atto in questione.

In cause recenti, il Tribunale ha confermato che l'appartenenza a un gruppo ristretto debba combinarsi con la prova che il ricorrente benefici di una protezione specifica derivante dal diritto dell'Unione**.** Quindi, l'assenza di una tale prova ha indotto il Tribunale, nell'ordinanza *Galileo Lebensmittel* c. *Commissione*[8], a rigettare il ricorso come irricevibile, in quanto l'atto non riguardava individualmente il ricorrente. Analogamente, l'atto in causa è stato considerato non riguardare individualmente la ricorrente nella sentenza *Região autónoma dos Açores* c. *Consiglio*[9], pur se quest'ultima invocava un argomento relativo allo *status* specifico riconosciuto alle regioni ultraperiferiche dall'articolo 299 TCE[10].

Non mancano, tuttavia, casi nei quali il Tribunale ha assunto posizioni di maggior favore nei confronti dei ricorrenti. In tal senso, a titolo del tutto esemplificativo, si può citare il caso *Codorniu* c. *Consiglio*[11], nel quale il deposito negli anni '20 del secolo scorso e l'uso successivo di un marchio recante una denominazione specifica è stato considerato una condizione particolare atta a distinguere la ricorrente da tutti gli altri produttori toccati dalla normativa contestata[12].

Inoltre, va osservato che in settori specifici, in ragione della loro peculiarità, il giudice dell'UE si è talvolta discostato dai criteri ermeneutici elaborati a livello generale allo scopo di garantire ai singoli un reale accesso alla giustizia. Ciò è vero in particolare nella materia dei dazi *antidumping* e degli aiuti di Stato.

---

6 Cfr. sentenza del 29 ottobre 1980, causa 138/79, *Roquette Frères* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. 3333 ss.

7 Cfr. sentenza del 13 maggio 1971, cause riunite 41-44/70, *International Fruit Company e a.* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. 411 ss.

8 Cfr. ordinanza del Tribunale del 28 agosto 2007, causa T-46/06, *Galileo Lebensmittel* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. II-93. Cfr. altresì, ordinanza della Corte del 17 febbraio 2009, causa C-483/07 P, *Galileo Lebensmittel* c. *Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

9 Cfr. sentenza del Tribunale del 1° luglio 2008, T-37/04, *Região autónoma dos Açores* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. II-103.

10 Per un commento alla sentenza v. D. Simon, *Recours en annulation introduit par une entité infra-étatique contre un règlement*, in *Europe*, 2008, p. 8.

11 Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1994, causa C-309/89, *Codorniu* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. I-1853 ss.

12 *Ibidem*, punto 21: "Ebbene, occorre rilevare che la Codorniu ha registrato il marchio denominativo 'Gran Cremant de Codorniu' in Spagna nel 1924 e che ha fatto uso tradizionalmente di tale marchio sia prima sia dopo tale registrazione. Riservando ai soli produttori francesi e lussemburghesi il diritto di far uso della dicitura 'crémant', la disposizione controversa giunge al risultato di impedire alla Codorniu di far uso del suo marchio denominativo".

Riguardo alla materia dei dazi *antidumping*[13], in una prima fase, il giudice comunitario ha applicato la classica giurisprudenza *Plaumann*, subordinando la ricevibilità di un ricorso proposto da un produttore o un esportatore ad un riferimento nel regolamento contestato o all'essere stato preso in considerazione nelle indagini preparatorie[14]. Tuttavia, nel 1991, nel caso *Extramet Industrie* c. *Consiglio*[15], il giudice si è discostato da tale formula, allargando le maglie della giurisprudenza e riconoscendo che un atto rispondeva alla condizione di riguardare individualmente un produttore indipendente nonostante il suo prezzo di rivendita non fosse stato preso in considerazione al momento del calcolo del margine di *dumping*. Peraltro, questa apertura in relazione alle condizioni di ricevibilità si giustificava nel caso di specie per le ripercussioni economiche del dazio *antidumping* sull'impresa.

Con riferimento al settore degli aiuti di Stato poi, il giudice del Lussemburgo ha sviluppato una giurisprudenza del tutto peculiare, tenendo in opportuna considerazione le diverse fasi della procedura. Per quanto concerne i ricorsi avverso le decisioni che concludono la procedura di esame preliminare, la giurisprudenza considera che tali atti riguardano individualmente i ricorrenti, qualora sia stato violato sul piano procedurale il loro diritto a presentare obiezioni alla misura statale prospettata[16]. Invece, per quanto riguarda i ricorsi contro le decisioni adottate a chiusura della procedura d'esame formale, il ricorrente è toccato individualmente dall'atto se, da un lato, aveva avuto un ruolo attivo nel corso della procedura amministrativa davanti alla Commissione e, dall'altro lato, se la misura statale in causa aveva un'incidenza sostanziale sulla sua posizione sul mercato. Peraltro, in seguito alla sentenza della Corte nella causa *Spiace* c. *Commissione*[17], sembra che queste esigenze si siano attenuate e che solo la seconda sia ormai necessaria.

---

13 Per un'analisi dell'evoluzione del controllo giurisdizionale in materia di *antidumping* v. W. Brouwer, F. Carlin, *Qualité pour agir dans les procédures anti-dumping après l'arrêt Extramet*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1991, p. 243 ss.

14 Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 21 febbraio 1984, cause riunite 239 e 275/82, *Allied Corporation e altri* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. 1005 ss., punto 12; del 30 settembre 2003, causa C-76/01 P, *Eurocoton e altri* c. *Consiglio*, *ivi*, p. I-10091 ss., punto 73; ordinanza dell'8 luglio 1987, causa 279/86, *Sermes* c. *Commissione*, *ivi*, p. 3109 ss., punti 14 e 15; sentenza del Tribunale del 28 febbraio 2002, causa T-598/97, BSC *Footwear Supplies* e *altri* c. *Consiglio*, *ivi*, p. II-1155, punto 43, e ordinanza del 27 gennaio 2006, causa T-278/03, *Van Mannekus* c. *Conseil*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

15 Cfr. sentenza del 16 maggio 1991, causa C-358/89, *Extramet Industrie* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. I-2501 ss.

16 Sul punto la giurisprudenza è costante. Si vedano, a titolo esemplificativo, le sentenze della Corte di giustizia del 19 maggio 1993, causa C-198/91, *Cook* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. I-2487, punti 23-26 e del 15 giugno 1993, causa C-225/91, *Matra* c. *Commissione*, *ivi*, p. I-3203, punti 17-20. Tuttavia, se il ricorrente si limita a contestare la legittimità della decisione della Commissione, la valutazione della violazione subita diventa più stringente, dovendo quest'ultimo provare l'esistenza di una violazione sostanziale della propria posizione nel mercato rilevante.

17 Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2007, causa C-260/05 P, *Spiace* c. *Commissione*, *ivi*, p. I-10005 ss. Per i primi commenti alla sentenza si vedano B. Cheynel, *Intérêt*

Per quanto riguarda l'essere direttamente interessato da un atto, questa condizione è stata ritenuta soddisfatta quando il provvedimento in questione produce direttamente effetti sulla situazione giuridica del singolo e non lascia alcun potere discrezionale ai destinatari del provvedimento stesso incaricati della sua applicazione, applicazione avente carattere meramente automatico e derivante dalla sola normativa dell'UE senza che alcun altro intervento a livello normativo sia necessario[18].

L'impostazione in parola è stata tuttavia oggetto di numerose critiche poiché considerata oltremodo restrittiva. A titolo esemplificativo, si pensi alla causa *Regione Siciliana* c. *Commissione,* decisa dal Tribunale nel 2004[19]. La Regione Sicilia aveva presentato un progetto di autostrada per il quale l'Italia aveva ottenuto un finanziamento dell'UE. L'inazione dell'Italia aveva però provocato il ritiro della sovvenzione. A questo punto, la Regione Sicilia aveva impugnato la decisione di ritiro che la Commissione aveva indirizzato all'Italia. Nella sua ordinanza, il Tribunale ha rigettato il ricorso ritenendo che la decisione di ritiro non riguardava direttamente la Regione Sicilia bensì l'Italia, alla quale era riconosciuto un potere discrezionale riguardo al finanziamento del progetto siciliano. L'approccio seguito dal Tribunale in detta ordinanza ha trovato conferma in una pronuncia resa dalla Corte in sede di impugnazione, che vedeva seppur in un'altra causa come parti controvertenti nuovamente la Regione Sicilia e la Commissione[20].

Va rilevato che, nonostante le recenti pronunce sopra citate, negli anni non sono mancati tentativi di proporre condizioni di ricevibilità per i ricorsi introdotti dai singoli ai sensi dell'art. 230, par. 4, TCE meno rigide rispetto a quelle elaborate nella "formula *Plaumann*"[21]. Peraltro, la tentata rivisitazione dei requi-

---

à agir et participation à la procédure, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 2008, n. 14, p. 43; P. De Luca, *Sulla legittimazione attiva delle imprese concorrenti di beneficiari di aiuti di Stato*, in *DUE*, 2008, p. 575, e M. Schmauch, Locus standi *in Article 88(2) Cases: No Cure for Plaumann – Blues II*, in *EL Reporter*, 2008, n. 1, p. 21.

18 Sul punto la giurisprudenza è costante. Cfr. per esempio le sentenze della Corte di giustizia del 5 maggio 1998, causa C-386/96 P, *Dreyfus* c. *Commissione*, *Raccolta*, p.I-2309, punto 43 e, più di recente, del 10 settembre 2009, cause riunite C-445 e 455/07 P, *Commissione* c. *Ente per le Ville vesuviane*, punto 45, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

19 Cfr. ordinanza dell'8 luglio 2004, causa T-341/02, *Regione Siciliana* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. II-2877ss.

20 L'approccio adottato dalla terza sezione del Tribunale nel 2004, non è stato seguito dalla prima sezione dello stesso poco più di un anno dopo. Cfr. sentenza del 18 ottobre 2005, causa T-60/03, *Regione Siciliana* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. II-4139 ss. Tuttavia, la seconda sentenza è stata annullata dalla Corte di giustizia, che ha confermato i principi fissati dalla terza sezione, con la sentenza resa il 22 marzo 2007, C-15/06 P, *Regione Siciliana* c. *Commissione*, *ivi*, p. I-2591 ss.

21 Sull'adeguatezza e sui limiti dei meccanismi previsti a livello di UE per una tutela effettiva dei singoli si vedano J. Moitinho de Almeida, *Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression "la concernent…individuellement"*, in *Festschrift fur Ulrich Everling*, I, Baden Baden, 1995, p. 849 ss.; K. Lenaerts, *The Legal Protection of Private Parties under the EC Treaty: A Coherent and Complete System of*

siti di accesso alla giustizia per i singoli offre un'interessante rappresentazione del rapporto dialogico intercorrente tra il Tribunale e la Corte e tra queste giurisdizioni e il legislatore.

L'origine di questa tentata rivisitazione del requisito dell'individualmente interessato deve farsi risalire al 23 novembre 1999, data in cui il Tribunale adottò un'ordinanza con la quale dichiarava manifestamente irricevibile il ricorso proposto da un'associazione di piccole imprese agricole spagnole, *Unión de Pequeños Agricultores*, ritenendo che l'atto impugnato non le riguardava individualmente[22]. L'associazione impugnò però l'ordinanza dinanzi alla Corte e nelle conclusioni pronunciate nel mese di marzo del 2002 nella relativa causa[23], l'Avvocato generale Jacobs perorò una mitigazione delle condizioni di ricevibilità relative alla qualità per agire. Nemmeno due mesi dopo, il 3 maggio 2002, il Tribunale fece eco a questa interpretazione più favorevole ai ricorrenti in occasione della causa *Jégo-Quéré* c. *Commissione*[24], proponendo una lettura meno restrittiva della nozione di atto che riguarda individualmente un singolo.

Tuttavia, le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs non furono seguite dalla Corte. Infatti, nella sentenza *Union de Pequeños Agricultores* c. *Consiglio*[25], pronunciata il 25 luglio 2002, la Corte ha precisato che un simile cambiamento di prospettiva era di competenza degli Stati membri, i quali soltanto, conformemente all'art. 48 TUE, potevano decidere di riformare il sistema in vigore[26]. Detta impostazione è stata poi confermata dalla Corte il 1° aprile 2004 nella sentenza *Commissione* c. *Jégo-Quéré,* resa in sede di impugnazione[27], sottolineando:

Judicial Review?, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, Milano, 1998, p. 591 ss.; F. G. Jacobs, *Effective Judicial Protection of Individuals in the European Union, Now and in the Future*, in *DUE*, 2002, p. 203 ss.

22 Cfr. ordinanza del 23 novembre 1999, causa T-173/98, *Union de Pequeños Agricultores* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. II-3357 ss.

23 Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 21 marzo 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. I-6677. Si vedano in dottrina J.-P. Jacqué, *Charte des droits fondamentaux et droit à un recours effectif – Dialogue entre le juge et le constituant*, in *DUE*, 2002, p. 1 ss.; P. Manzini, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, *ivi*, p. 717 ss.

24 Cfr. sentenza del Tribunale del 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quéré* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. II-2365 ss.

25 Cfr. causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. I-6677 ss.

26 *Ibidem*, punto 45. Si vedano altresì i punti 40 e 41 nei quali, dopo aver ricordato che il Trattato ha stabilito un sistema completo di mezzi di ricorso e di procedure destinate ad assicurare il controllo di legalità degli atti delle istituzioni, la Corte ha aggiunto che "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". In dottrina si vedano J.-P. Jacqué, *op. cit.*; F. G. Jacobs, *op. cit.*; V. Kronemberger, P. Dejmek, Locus standi *degli individui dinnanzi alle Corti comunitarie ai sensi dell'art. 230 CE comma 4: illusioni e disillusioni in seguito alle pronunce* Jégo-Quéré *(T-177/01) e* Unión de Pequeños Agricoltures *(C-50/00 P)*, in *ELF*, 2002, p. 257 ss.; R. Mehdi, *La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale:* l'aggiornamento *n'aura pas lieu…*, in *RTDE*, 2003, p. 23 ss.

27 Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004, causa C-263/02 P, *Commissione* c. *Jégo-Quéré*, *Raccolta*, p. I-3425 ss.

"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"[28]. Invero, questo rapporto dialettico tra Tribunale e Corte ha avuto il merito di spostare il dibattito ai responsabili politici, i quali, nel Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa[29] prima, e nel Trattato di Lisbona poi, hanno previsto una nuova formulazione per l'art. 230 TCE. Come è noto, il trattato costituzionale non ha mai visto la luce, mentre il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, prevede all'art. 263, 4° comma, TFUE: "Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre (…) un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente o individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione"[30]. Questa nuova formulazione dell'art. 263, 4° comma, TFUE sembra rispondere all'invito della Corte, nella misura in cui propone una lettura meno restrittiva delle condizioni di ricevibilità, almeno per i ricorsi che prendono di mira gli "atti regolamentari"[31], e dovrebbe permettere ai singoli un accesso alla giustizia più agevole[32]. Nondimeno, solo l'interpretazione che l'Istituzione darà di questa nuova disposizione in sede giurisprudenziale ci consentirà di misurare l'ampiezza delle conseguenze pratiche della novella legislativa sul grado di accesso alla giustizia di cui beneficiano i singoli.

3. Dopo avere ripercorso le tappe salienti del ruolo che il Tribunale ha avuto nell'evoluzione dell'accesso alla giustizia da parte dei singoli in particolari settori e dei tentativi che ha intrapreso al fine di favorire un'interpretazione meno rigida dei requisiti per tale accesso, intendo ora soffermarmi sull'altro aspetto fondamentale discusso nel corso del seminario del 25 settembre 2009: la qualità della giustizia. Ma cosa si deve intendere per qualità della giustizia? Il Tribunale, come tutti gli organi giurisdizionali, non deve limitarsi a garantire ai singoli il diritto a vedere le proprie cause sottoposte al giudice nel merito. A mio avviso,

---

28 *Ibidem*, punto 31.

29 In proposito, mi permetto di consigliare la lettura dell'intervento del deputato europeo Jean-Luc Dehaene in occasione della celebrazione dei 20 anni del Tribunale, cit. All'epoca vice-presidente della Convenzione sull'avvenire dell'Europa, egli ha precisato che – cito le sue parole – "aveva ben compreso il messaggio del Tribunale".

30 Questa formulazione corrisponde a quella dell'art. III-270 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

31 Questa modifica si inserisce, infatti, nel quadro di una riforma più ampia basata sulla nuova ripartizione delle competenze tra le istituzioni e sulla creazione di una gerarchia degli atti normativi. Si veda O. Porchia, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in P. Bilancia, M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 223 ss.

32 Tuttavia, va osservato che non sono mancati giudizi critici da parte della dottrina sulla perdurante esclusione della possibilità per i singoli di impugnare in via diretta gli atti di natura legislativa. Si vedano, sul punto, A. Adinolfi, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di costituzione europea*, in *RDI*, 2003, p. 645 ss. e L. S. Rossi, *Supremazie incrociate, Trattato costituzionale europeo e Costituzioni nazionali*, in L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 409 ss.

nonostante le molteplici declinazioni che il concetto di qualità della giustizia può assumere[33], i suoi due elementi costitutivi sono la preparazione del giudice e l'efficienza della sua attività.

Per quanto riguarda la preparazione dei giudici, un primo indizio del rispetto di tale requisito può rinvenirsi nella loro specializzazione. Il discorso sul punto deve svolgersi ad un duplice livello: da un lato, infatti, l'istituzione del Tribunale e la recente creazione del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea sono espressione di questa esigenza, dall'altro, non può però tacersi, con riferimento al Tribunale, che questo si è visto via via attribuire una serie sempre più ampia di competenze, il che ha inevitabilmente implicato una tendenza alla generalizzazione.

Procedendo con ordine, come è noto, l'origine del Tribunale va rinvenuta nell'Atto unico europeo, per mezzo del quale fu deciso di "affiancare alla Corte di giustizia una giurisdizione incaricata di conoscere in primo grado (…) di certe categorie di ricorsi proposti da persone fisiche e giuridiche"[34], sotto il controllo della Corte, in qualità di giudice della legalità, con l'esclusione espressa delle cause proposte dagli Stati membri e dalle Istituzioni nonché dei rinvii pregiudiziali. In seguito, nel 1988 il Consiglio adottò la decisione istitutiva del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, attribuendogli "i ricorsi proposti dagli agenti delle Comunità e quelli proposti da persone fisiche e giuridiche in materia di concorrenza"[35].

L'istituzione del Tribunale, oltre che a ridurre il carico di lavoro della Corte[36] e istituire un doppio grado di giurisdizione[37], rispose alla volontà di pervenire ad

---

33 Mi sia consentito nuovamente rinviare ai contributi dei partecipanti al seminario celebrativo del 25 settembre 2009, cit.

34 Cfr. art. 168 A, par. 1 dell'Atto unico europeo (AUE). L'AUE fu firmato il 17 febbraio 1986 a Lussemburgo (da Belgio, Repubblica federale tedesca, Spagna, Francia, Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Regno Unito) e il 24 febbraio 1986 a L'Aja (da Danimarca, Italia e Grecia). Entrò in vigore il 1° luglio 1987, *GUCE* L 169, 29 giugno 1987, p. 1 ss.

35 Cfr. la decisione del Consiglio 88/591/CECA, CEE, Euratom del 24 ottobre 1988 che istituisce un Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *GUCE* L 319, 25 novembre 1988, p. 1 ss. Si veda ugualmente l'art. 3, par. 1, della decisione che stabiliva il trasferimento di competenze in favore del Tribunale anche dei ricorsi presentati da imprese e associazioni nel quadro del Trattato CECA.

36 A fronte del rischio di degrado della qualità e dell'efficacia del controllo giurisdizionale nell'ordinamento giuridico comunitario, si faceva pressante la necessità di ridurre il carico di lavoro della Corte, liberandola delle controversie che esigevano un esame di fatti complessi, per consentirle di "concentrare la sua attività sul suo compito principale, che è quello di assicurare l'interpretazione uniforme del diritto comunitario". Basti pensare che dal 1970 al 1988 il tempo di trattazione delle cause era passato da una media di 8,5 mesi a 24 mesi.

37 Sulla natura dell'appello nel diritto internazionale e sulla sua progressiva istituzionalizzazione nell'ambito delle giurisdizioni internazionali e dell'Unione europea si vedano M. Reisman, *Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, New Haven-London, 1971, p. 213 ss.; B. Nascimbene, *Doppio grado di giurisdizione e diritti della difesa nel processo comunitario*, in *RIDPC*, 1993, p. 1322 ss.; M. Condinanzi, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, 1996, p. 298 ss.; C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hauge-London-New York, 2003, p. 33 ss.; F. Pocar, *Sul*

una giustizia amministrata da giudici dotati di una preparazione e un'esperienza particolari. In una prima fase, quindi, il Tribunale fu espressione dell'esigenza avvertita a livello comunitario di dotarsi di una giurisdizione specializzata. Tuttavia, è altrettanto noto che, negli anni successivi, tramite una serie di atti normativi, il Tribunale ha visto le proprie competenze estendersi fino al punto di allontanarsi dalla sua funzione originaria di giudice specializzato nel contenzioso delle concorrenza e del pubblico impiego. La prima tappa di questa generalizzazione della funzione giurisdizionale esercitata dal Tribunale è rappresentata dalla decisione dell'8 giugno 1993 con cui il Consiglio gli trasferì l'insieme del contenzioso costituito dai ricorsi proposti dalle persone fisiche e giuridiche, senza limitazioni relative alla materia in questione[38].

Nel 2001 poi, con il Trattato di Nizza, si è realizzato un ulteriore passaggio di questa evoluzione attraverso due riforme che non esiterei a qualificare come "piccole rivoluzioni", se si tengono a mente le limitazioni esplicitamente poste dall'Atto unico europeo. In primo luogo, con il Trattato di Nizza veniva superata la restrizione di competenza relativa alla natura dei ricorrenti. Fino a quel momento, infatti, il Tribunale poteva conoscere solo di ricorsi proposti dai singoli, mentre con la modifica apportata all'art. 225 TCE, esso ha acquistato la competenza per i ricorsi degli Stati membri contro la Commissione[39] e il Consiglio nell'ambito del contenzioso relativo a determinati atti, in particolare in materia di aiuti di Stato e di *antidumping*[40]. Inoltre, il Trattato di Nizza ha eliminato una delle limitazioni concernenti la natura del ricorso, permettendo al Tribunale di conoscere di questioni pregiudiziali in materie specifiche determinate dallo Statuto della Corte di giustizia[41], pur mantenendo il monopolio della Corte rispetto ai ricorsi per inadempimento. Al riguardo, occorre però precisare che finora nessuna di queste materie specifiche è stata definita. Al Tribunale, quindi, è stata riconosciuta la competenza a pronunciarsi su tutti i ricorsi diretti

diritto di appello nel processo penale internazionale, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 683 ss.; A. Del Vecchio, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2009, p. 245 ss.

38 Cfr. decisione del Consiglio 93/350/CECA, CEE, Euratom dell'8 giugno 1993 recante modifiche della decisione 88/591/CECA, CEE, Euratom che istituisce un Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *GUCE* L 144, 16 giugno 1993, pp. 21-22.

39 Ad eccezione delle materie oggetto di cooperazione rafforzata.

40 Cfr. art. 225, par. 1, TCE e art. 1, par. 1, della decisione del Consiglio 2004/407/CE, Euratom del 26 aprile 2004 che modifica gli articoli 51 e 54 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia, *GUUE* L 132, 29 aprile 2004, pp. 5-6.

41 Cfr. art. 225, par. 3, TCE. Tuttavia va osservato che anche in queste materie la Corte non perde interamente le proprie competenze. In primo luogo, nel caso in cui una questione venga ritenuta dal Tribunale suscettibile di minare la coerenza e l'unità del diritto comunitario, quest'ultimo può decidere di rimettere la decisione alla Corte. In secondo luogo, le sentenze rese dal Tribunale nel quadro della procedura pregiudiziale possono essere oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte. Tale riesame, peraltro, rappresenta una procedura eccezionale esperibile solo nel caso in cui vi sia un serio rischio alla coerenza o all'unità del diritto comunitario. Sul sistema giurisdizionale dopo l'entrata in vigore del Trattato di Nizza si veda B. Nascimbene (a cura di), *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano, 2003.

avverso gli atti e le omissioni delle istituzioni. Il Trattato di Nizza ha perciò reso il Tribunale non più l'espressione istituzionale della competenza derivante dalla specializzazione.

Tuttavia, la necessità della specializzazione quale presupposto per una giustizia di qualità non è scomparsa. Anzi, la previsione all'art. 225 A TCE della possibilità di creare camere giurisdizionali specializzate – che, con il Trattato di Lisbona, hanno assunto la denominazione di tribunali specializzati (art. 257 TFUE) – introdotta sempre a Nizza, dimostra quanto fosse radicato nell'architettura giurisdizionale dell'UE tale assunto[42]. Tali camere giurisdizionali o tribunali specializzati si affiancano al Tribunale e assolvono alla funzione di conoscere in primo grado talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche. L'articolo in parola consentiva quindi di continuare a garantire il perseguimento dell'obiettivo di avere un giudice particolarmente preparato, in quanto specializzato, in una determinata materia. Nel novembre del 2004, dando seguito alla Dichiarazione n. 16 allegata a detto Trattato che sollecitava nei termini più brevi possibile l'istituzione di una camera giurisdizionale competente a conoscere in primo grado dei ricorsi tra la Comunità e i suoi funzionari, il Consiglio ha istituito il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea (TFP), affiancandolo al Tribunale[43].

Al fine di evitare però che la specializzazione attraverso l'istituzione di camere giurisdizionali *ad hoc*, funzionale al mantenimento di un grado di specializzazione elevato, possa portare al sacrificio della coerenza e dell'unitarietà del diritto dell'UE, le pronunce rese dal Tribunale della funzione pubblica sono impugnabili, per soli motivi di diritto, dinanzi al Tribunale[44], con l'ulteriore ed eventuale possibilità di riesame, di cui parlerò tra breve. Tale limite si giustifica pienamente in considerazione delle finalità perseguite con il trasferimento di competenze: da un lato, una migliore tutela giurisdizionale per il singolo, che vede la sua causa trattata da giudici specializzati in un certo tipo di contenzioso e, dall'altro lato, la garanzia che le questioni giuridiche di principio siano trattate con coerenza quale che sia il tipo di contenzioso. In proposito, va osservato che il Tribunale ha deciso di creare una sezione *ad hoc*, la sezione delle impugnazioni, per trattare le cause relative alle decisioni del Tribunale della funzione pubblica[45]. Peraltro, tali impugnazioni rappresentano un contenzioso non trascurabile, visto che il 35% delle decisioni pronunciate dal Tribunale della funzione pubblica lo scorso anno sono state contestate davanti al Tribunale, per un totale

[42] Sulle camere giurisdzionali si vedano P. Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, p. 54 ss.; R. Schiano, *Le "camere giurisdizionali" presso la Corte di Lussemburgo: alcune riflessioni alla luce dell'istituzione del Tribunale della funzione pubblica*, in *DUE*, 2005, p. 525 ss.; A. Tizzano, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa. La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*, *ivi*, p. 839 ss.

[43] Cfr. decisione del Consiglio 2004/752/CE, Euratom del 2 novembre 2004 che istituisce il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, *GUUE* L 333, 9 novembre 2004, p. 7.

[44] Cfr. art. 225 A, par. 3, TCE e decisione del Consiglio 2004/752/CE, Euratom, cit., p. 7.

[45] A titolo illustrativo, si veda l'ultima pubblicazione relativa ai criteri di attribuzione degli affari alle Camere, *GUUE* C197, 2 agosto 2008, p. 18, punto 1.

di 37 cause. Quanto all'esito dei giudizi di impugnazione – riflesso, in un certo qual modo, della qualità delle decisioni del Tribunale della funzione pubblica e della competenza dei suoi giudici – nel 2008 circa i due terzi sono stati rigettati[46].

Il secondo meccanismo volto a garantire il carattere unitario del diritto dell'UE è rappresentato dalla previsione contenuta all'art. 225, par. 2, TCE (divenuto art. 256, par. 2, TFUE), che attribuisce alla Corte il ruolo di custode ultimo della coerenza del diritto dell'UE, prevedendo una procedura di riesame delle decisioni adottate dal Tribunale in quanto giudice delle impugnazioni contro le decisioni del TFP. La procedura di riesame non ha tuttavia applicazione generale, ma riveste, al contrario, carattere eccezionale, potendo essere proposta in via esclusiva dal primo Avvocato generale della Corte ed essendo ammessa nella sola ipotesi in cui sussistano gravi rischi che l'unitarietà o la coerenza del diritto dell'UE siano compromesse. Inoltre, l'avvio di questa procedura è sottoposto a un termine temporale imperativo di due mesi complessivi e il riesame stesso segue una procedura d'urgenza[47] per limitare lo stato di incertezza giuridica in cui va a trovarsi l'ordinamento dell'UE fino al momento della pronuncia della Corte nel merito. A conferma della eccezionalità della procedura, va osservato che da quando è stata introdotta la Corte ha reso solamente 4 decisioni, su un totale di 58 pronunce emesse dal Tribunale in sede di impugnazione delle decisioni del Tribunale della funzione pubblica e soltanto in un caso la Corte ha riesaminato la sentenza del Tribunale[48]. Il dato che emerge quindi è l'attenzione che la Corte presta alla rapidità del suo processo decisionale.

A questo punto, c'è da chiedersi quale sia l'impatto del Trattato di Lisbona sull'attività dell'Istituzione. In realtà, tale Trattato resta silente quanto all'architettura giurisdizionale dell'UE, circostanza che ha indotto il compianto Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer a affermare che "la giustizia è (…) la grande dimenticata del Trattato di Lisbona"[49]. In effetti, a parte la possibile attenuazione dei criteri di ricevibilità dei ricorsi proposti dai singoli di cui abbiamo discusso poco fa, il rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contenuto nell'art. 7 TUE e la facoltà riconosciuta all'UE di accedere alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), il Trattato di Lisbona non modifica le competenze attuali del Tribunale. Esso conferma piuttosto la posizione in cui il Tribunale si trova oggi. Tuttavia, una sottigliezza linguistica che mi sembra non completamente priva di signifi-

---

46 Cfr. Relazione annuale 2008 della Corte di giustizia delle Comunità europee, pp. 227-228.

47 Cfr. articoli 62-62 *ter* dello Statuto della Corte di giustizia.

48 Cfr. decisioni del 16 aprile 2008, causa C-216/08 RX, *Riesame della sentenza T-414/06 P*, non pubblicata in *Raccolta* (rigettato); del 5 febbraio 2009, causa C-21/09 RX, *Riesame delle sentenze T-90/07 P e T-99/07 P*, non pubblicata in *Raccolta* (rigettato); del 5 giugno 2009, causa C-180/09 RX, *Riesame della sentenza T-492/07 P*, non pubblicata in *Raccolta* (rigettato); del 24 giugno 2009, causa C-197/09 RX, *Riesame della sentenza T-12/08 P*, non pubblicata in *Raccolta* (rigettato); e sentenza del 17 dicembre 2009, causa C-197/09 RX-II, *M.* c. *Agenzia europea dei medicinali*, non ancora pubblicata, che riesamina la sentenza del Tribunale.

49 D. Ruíz-Jarabo Cololmer, *La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, in *Gazette du Palais*, 19 juin 2008, n. 171, p. 23.

cato è rappresentata dal fatto che, nella versione inglese del Trattato, la denominazione del Tribunale è modificata da *Court of First Instance* a *General Court*[50]. Questa scelta linguistica rappresenta inequivocabilmente il segnale di una svolta definitiva: il Tribunale non è più considerato solo il giudice della concorrenza, ma svolge una funzione giurisdizionale generale.

4. Vengo ora ad analizzare l'altro aspetto che, a mio avviso, consente di misurare la qualità della giustizia: l'efficienza dell'attività di giudici. Cosa si può dire a riguardo? Qual è lo stato dell'arte nel Tribunale? Dall'inizio del mio mandato di Presidente ho individuato nella riduzione dell'arretrato giudiziario una priorità essenziale. Per conseguire questo obiettivo ho cercato di ridurre il più possibile la durata della procedura conservando, al tempo stesso, la qualità delle sentenze[51]. Questa è l'idea cui si sono ispirate una serie di misure organizzative interne messe in pratica a partire da settembre 2007. Tali misure, finalizzate a massimizzare l'impiego delle risorse disponibili, sono state di due tipi: organizzative e procedurali.

Per quanto riguarda le prime, nonostante il Tribunale disponesse di 27 giudici dal gennaio 2007, esso si suddivideva in 5 sezioni di 5 giudici e 5 sezioni di 3 giudici. Per una migliore organizzazione dell'attività, nel settembre 2007, abbiamo costituito 3 nuove sezioni e lavoriamo dunque ormai con 8 sezioni composte da 3 giudici e 8 sezioni composte da 5 giudici. A queste si aggiunge la sezione delle impugnazioni che ho menzionato poco fa. Queste misure organizzative hanno ovviamente fatto crescere in modo ragguardevole la capacità del Tribunale di giudicare le cause sottopostegli, in quanto l'aumento delle sezioni ha permesso di trattare più cause contemporaneamente.

Per quanto concerne, invece, le misure procedurali, il Tribunale ha soppresso tutte le tappe procedurali che prolungavano i tempi dei processi senza però apportare concretamente un valore aggiunto, facendo attenzione naturalmente a non incidere negativamente sui diritti della difesa. Menzionerò, a titolo illustrativo, il fatto che la decisione di rinvio di una causa dinanzi a una sezione ampliata non richiede più di sentire previamente le parti e la possibilità di omettere, in determinate circostanze, l'udienza dibattimentale nelle cause di proprietà intellettuale, come già previsto per le cause d'impugnazione delle decisioni del TFP. Peraltro, sempre in materia di proprietà intellettuale, la relazione d'udienza, per le cause che la richiedono, è divenuta particolarmente sintetica.

Inoltre, noi giudici, abbiamo cercato di migliorare il controllo della gestione del nostro tempo di lavoro attraverso la definizione di obiettivi quantitativi chiari relativi al trattamento delle cause e, al fine di rendere effettiva tale misura, abbiamo creato degli strumenti statistici più precisi.

---

50 Peraltro, va notato che anche in altre lingue compare questa denominazione. Ad esempio, nella versione spagnola *Tribunal General* e in quella portoghese *Tribunal Geral*.

51 Cfr., a riguardo, il mio intervento dell'11 ottobre 2007 (www.bloomberg.com, reperibile *on line*).

Le misure adottate nell'ultimo trimestre del 2007 hanno prodotto dei benefici, che per essere adeguatamente compresi necessitano di una breve disamina di dati statistici. Nel 2008, sono state decise 605 cause, il che rappresenta un aumento del 52% rispetto all'anno precedente; il numero delle udienze tenute è raddoppiato (341 contro 172 nel 2007); infine, la durata media della procedura si è sensibilmente ridotta (24,5 mesi contro 27,7 mesi nel 2007)[52]. Nonostante questi dati positivi, gli sforzi profusi dal Tribunale potrebbero non essere adeguati e al contrario rivelarsi insufficienti, in ragione del fatto che, nel 2008, il numero di cause introdotte presso il Tribunale è aumentato di più del 20% (629 contro 522 nel 2007), come già accaduto l'anno precedente (432 nel 2006). Quindi, malgrado le riforme interne, il numero di cause pendenti è aumentato (1178 contro 1154 nel 2007)[53]. I nostri sforzi sono vani? Nutro questo timore. Perché se le nostre riforme organizzative interne non consentono di far fronte all'aumento sistematico del volume del contenzioso, come potranno rappresentare la risposta adeguata alla crescita strutturale di tale volume che è lecito attendersi? Infatti, oltre all'aumento annuale del contenzioso dovuto al manifestarsi di una società sempre più incline a adire il giudice, come passare sotto silenzio il possibile incremento del contenzioso in materia di aiuti di Stato a causa della recente crisi economica finanziaria[54]? In occasione di una conferenza tenuta a Firenze l'11 settembre 2009, Neelie Kroes – la Commissaria europea competente per la concorrenza – ha chiaramente ricordato che, nel quadro del controllo degli aiuti finanziari concessi sulla base dei piani di ristrutturazione, la Commissione "pay[s] attention to (…) notably the remuneration incentive structure to verify whether it promotes the beneficiary's long-term profitability"[55]. Dalla dichiarazione della Commissaria sembrano essere nel mirino i famosi *bonus*, con la conseguenza che è lecito attendere il ricorso da parte degli interessati al Tribunale se la Commissione dovesse negare il suo benestare a simili misure.

Non basta, sono almeno altre quattro le possibili cause di aumento della mole e della complessità del contenzioso portato dinanzi al Tribunale.

In primo luogo, il regolamento c.d. REACH relativo alle sostanze chimiche[56], entrato in vigore il 1° giugno 2007, ha conferito al Tribunale la competenza a conoscere dei ricorsi avverso: le decisioni della commissione di ricorso

---

52 Cfr. Relazione annuale 2008, cit., p. 113 e p. 175.

53 *Ibidem.*

54 Le prime due cause in materia sono state introdotte il 28 gennaio 2010, cause T-29/10, *Paesi Bassi* c. *Commissione* e T-33/10, *ING Groep* c. *Commissione*.

55 N. Kroes, *Competition Law in an Economic Crisis*, discorso di apertura della 13° Conferenza annuale sulla concorrenza dell'*International Bar Association*, Fiesole, 11 settembre 2009 (europa.eu/rapid, reperibile *on line*).

56 Cfr. regolamento (CE) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH), che istituisce un'Agenzia europea per le sostanze chimiche, che modifica la direttiva 1999/45/CE e che abroga il regolamento (CEE) n. 793/93 del Consiglio e il regolamento (CE) n. 1488/94 della Commissione, nonché la direttiva 76/769/CEE del Consiglio e

dell'agenzia europea dei prodotti chimici (*European Chemicals Agency*, "ECHA"), di recente creazione; le altre decisioni di tale Agenzia per le quali non esiste un diritto di ricorrere alla commissione di ricorso[57], e, infine, le decisioni della Commissione adottate in applicazione di questa legislazione. Se si considera che sono state presentate 2,7 milioni di domande di pre-registrazione di sostanze chimiche[58], si può facilmente stimare l'aumento annuale permanente del contenzioso portato dinanzi al Tribunale fra 5 e 50 cause – nella migliore delle ipotesi – in una materia che, per di più, è particolarmente tecnica.

In secondo luogo, si aggiunga il probabile aumento del numero dei ricorsi in annullamento introdotti dai singoli, in seguito all'attenuarsi delle condizioni di ricevibilità cui ho accennato. Peraltro, su tale aumento del contenzioso potrebbe incidere il fatto che la Corte, da sempre orientata a interpretare restrittivamente la nozione di atto che riguarda individualmente un singolo, potrebbe rivedere la propria giurisprudenza per farsi interprete delle aperture contenute nel Trattato di Lisbona, aperture ispirate dal suo "invito" implicito nelle menzionate cause *Union des Pequeños Agricultores* c. *Consiglio* e *Jégo-Quéré* c. *Commissione*.

In terzo luogo, occorre tenere a mente che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ne ha acquistato lo stesso valore giuridico ai sensi dell'art. 7 TUE, che ad essa rinvia. Pertanto, è facile immaginare che le disposizioni in essa contenute saranno a fondamento di nuove cause o, in ogni caso, si aggiungeranno ai motivi addotti dalle parti in quelle presentate.

L'analisi delle implicazioni e del significato del riferimento alla Carta di Nizza nel testo risultante dal Trattato di Lisbona necessiterebbe ben più ampia trattazione. Non posso esimermi, tuttavia, dal soffermarmi brevemente su una serie di questioni che esso solleva e sulle quali è opportuno riflettere. La previsione dell'art. 7 TUE e la possibilità riconosciuta all'UE di accedere alla CEDU esprimono la necessità di risolvere il crescente bisogno di risposte in un settore fondamentale quale è quello della tutela dei diritti fondamentali[59] e di garantire

le direttive della Commissione 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE e 2000/21/CE, *GUUE* L 136, 29 maggio 2007, p. 3.

57 La prima causa è stata introdotta il 4 gennaio 2010, causa T-1/10, *PPG* e *SNF/ECHA*.

58 Cfr. il comunicato stampa pubblicato dall'Agenzia europea per le sostanze chimiche ECHA/PR/58/59 del 19 dicembre 2008 (echa.europa.eu, reperibile *on line*).

59 Sulla Carta di Nizza e sulle problematiche relative alla sua applicazione, anche in rapporto al sistema della CEDU, si vedano J. C. Bonichot, *La Cour de justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration de l'Europe*, in P. Taverner (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, 1999, p. 98 ss.; I. Canor, Primus inter pares. *Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe?*, in *ELR*, 2000, p. 12 ss.; B. Conforti, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *RDI*, 2000, p. 423 ss.; G. Carella, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Accademia dei Lincei, *Convegno in occasione del cinquantenario della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali in onore di Paolo Barile*, Roma, 2001, p. 213 ss.; G. Gaja, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea:*

maggiori libertà e diritti per i cittadini dell'UE. Ora, se l'inserimento di queste disposizioni costituisce un passaggio fondamentale di questa evoluzione, d'altra parte, bisogna avere la consapevolezza delle potenziali difficoltà di coordinamento tra i due sistemi. Come è noto, in passato, le due Corti hanno spesso sviluppato giurisprudenze conformi[60], ma su talune materie non sono mancati contrasti[61]. Ancora, gli articoli 52, par. 3 e 53 della Carta, rispettivamente dedicati alla protezione più estesa e più alta dei diritti previsti in quest'ultima, potrebbero generare non poche difficoltà applicative[62]. Non v'è chi non veda come tali tematiche richiedano una profonda riflessione da parte del Tribunale.

In quarto luogo, un altro fattore da non trascurare riguarda la probabile crescita del contenzioso proveniente dai Paesi che hanno aderito all'Unione europea nel 2004 e nel 2007, con riferimento sia ai ricorsi proposti dai Governi di

---

una relazione complessa, in U. De Siervo (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 220 ss.; D. Simon, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: "je t'aime, moi non plus"?*, in *Pouvoirs n. 96*, *Les Cours européennes*, 2001, p. 45 ss.; L. M. Díez Picazo, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. P. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 267 ss:, U. Villani, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Studi sulla protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, p. 129 ss.; Id., *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2007, p. 27 ss.; L. Daniele, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *DUE*, 2009, p. 645 ss.; N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 653 ss.; A. Gianelli, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 678 ss.; A. Bultrini, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, *ivi*, p. 700 ss.; J. Malenovsky, *L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'hommes: de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg*, in *RGDIP*, 2009, p. 753 ss.

60 Ad esempio, si pensi alla durata eccessiva del processo, stigmatizzata dalla Corte di giustizia dapprima nelle sentenze del 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. I-8985 ss., e, più recentemente, del 16 luglio 2009, causa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland* c. *Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

61 Si veda la giurisprudenza confliggente in materia di diritto al rispetto dei locali commerciali di un'impresa: sentenza del 21 settembre 1989, cause riunite C-46/87 e 227/88, *Hoechst* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. I-2858 ss. In proposito, va rilevato che la divergenza è stata appianata con la sentenza del 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères*, *ivi*, p. I-2919. Un altro settore in cui le due Corti hanno dimostrato di avere una diversa sensibilità è quello del divieto di diffondere informazioni riguardanti pratiche abortive. La Corte non ha considerato tale divieto un ostacolo alla libera circolazione dei servizi, cfr. sentenza del 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. e Grogan*, *ivi*, p. I-4733 ss. (a differenza del giudice di Straburgo, che l'ha considerata una violazione del diritto di informazione). Per altri casi di interpretazione divergente si vedano K. Lenaerts, *Fundamental Rights in the European Union*, in *ELR*, 2000, p. 580 ss.; S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (a cura di), *op. cit.*, p. 46 ss.

62 Sul punto si veda U. Villani, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza*, cit., pp. 159-160.

questi Paesi sia al contenzioso introdotto da persone fisiche e giuridiche contro misure della Commissione relative ad attività che si svolgono in tali Paesi.

Infine, il Trattato di Lisbona ha ampliato anche le competenze della Corte relative a visti, asilo e immigrazione, da un lato, e alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, dall'altro. Non è quindi azzardato ipotizzare che tali nuove competenze inducano la Corte a trasferire altre sue attuali competenze al Tribunale per non trovarsi essa stessa oberata di cause.

Pertanto, è evidente che, malgrado le riforme organizzative interne adottate, la cui utilità non è in questione, il Tribunale si potrebbe trovare in difficoltà di fronte all'evoluzione futura della mole del contenzioso. Si tratta, per il momento, solo di un rischio, ma i termini del problema che si prospetta sono chiari: il controllo cui il Tribunale procede potrebbe diventare meno giusto, meno affidabile e meno coerente. È quindi opportuno cominciare a pensare quali possano essere le soluzioni a questo rischio di impasse. A mio avviso, le vie a disposizione sono di due tipi: *de iure condito*, continuando con l'adozione di misure organizzative interne, che non richiedono di modificare sostanzialmente le disposizioni attualmente in vigore e, *de iure condendo*, intraprendendo riforme strutturali, fermo restando che non considero politicamente opportuno discutere in questo momento vie che necessitino modifiche del Trattato di Lisbona

Riguardo alle prime, si potrebbe, ad esempio, ridurre la durata dell'istanza semplificando la procedura scritta, che, nella maggior parte dei casi, si compone di almeno quattro memorie (ricorso, controricorso, replica e controreplica), rendendo il secondo scambio di memorie scritte l'eccezione e non più la regola. Tuttavia, ciò implicherebbe che certi argomenti sarebbero fatti valere solo in udienza, senza che i giudici abbiano potuto già farsi in precedenza un'opinione al riguardo, con la conseguenza che la durata delle deliberazioni potrebbe allargarsi, rendendo tutto sommato il guadagno netto in termini temporali piuttosto relativo.

Inoltre, si potrebbero rendere le sentenze più sintetiche. Mi sembra però che il Tribunale abbia fondato la legittimità della propria giurisprudenza sulla completezza, la chiarezza e la trasparenza della motivazione delle sue decisioni[63].

Infine, un'altra soluzione, spesso evocata, potrebbe consistere nell'attribuzione di un numero più elevato di cause al giudice unico[64]. Anche questa ipotesi, tuttavia, non rappresenterebbe un guadagno di tempo in termini assoluti: i rinvii al giudice unico sono decisi caso per caso dalla sezione di 3 giudici cui la causa

[63] L'opportunità di non modificare questo aspetto mi è parsa condivisa anche dai partecipanti alla giornata del 25 settembre, ai contributi dei quali rinvio.

[64] Riguardo al rinvio al giudice unico della decisione di una causa, cfr. decisione del Consiglio 1999/291/CE, CECA, Euratom del 26 aprile 1999 che modifica la decisione 88/591/CECA, CEE, Euratom che istituisce il Tribunale di primo grado delle Comunità europee, che consente al Tribunale di giudicare in composizione monocratica, *GUCE* L 135, 29 maggio 1999, p. 92. Per un esempio di rinvio al giudice unico cfr. sentenza del Tribunale del 16 maggio 2001, causa T-68/99, *Toditec* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. II-1443.

è inizialmente attribuita e richiedono, comunque, un esame preliminare da parte della sezione[65].

Naturalmente, sebbene la possibile adozione di queste misure organizzative interne meriti ben più ampia riflessione e non possano *a priori* essere scartate, a mio avviso il loro potenziale va esaurendosi. È mia opinione, invece, che sia venuto il momento di riflettere sulle possibili modifiche all'architettura delle giurisdizioni del'UE, modifiche che, peraltro, non necessitano di una ulteriore riforma del Trattato, potendosi realizzare attraverso l'adozione di atti da parte del Consiglio e del Parlamento europeo o di interventi sullo Statuto della Corte.

Quali, dunque, le riforme strutturali delle giurisdizioni dell'UE? Una prima potrebbe consistere nella istituzione di un tribunale specializzato ai sensi dell'art. 257 TFUE nella materia della proprietà intellettuale. Questa eventualità nasce da due considerazioni; da un lato, la specificità del contenzioso di tale settore[66] e, dall'altro, la constatazione che, nel 2008, queste cause hanno rappresentavano più del 31% dei ricorsi introdotti dinanzi al Tribunale (cioè 198), il 28% delle cause definite (171 di cui 113 sentenze) e il 26% di quelle pendenti (316). La creazione di un tribunale specializzato consentirebbe la riduzione del contenzioso del Tribunale e, contemporaneamente, il rispetto di quel principio di specializzazione che è garanzia di una giustizia di qualità.

Una seconda misura potrebbe consistere nell'incremento dei membri del Tribunale. A differenza della Corte, infatti, il Trattato non lega il numero dei giudici del Tribunale a quello degli Stati membri. Oltre ad avere il pregio della flessibilità, questa misura potrebbe ridurre effettivamente la mole del contenzioso, a dispetto di quella relativa alla creazione di un tribunale specializzato che, comunque, non mette il Tribunale al riparo dal rischio dell'aumento del contenzioso delle impugnazioni e di altri contenziosi. Sul piano della realizzazione di tali riforme, entrambe richiedono le stesse condizioni procedurali: la creazione di una camera giurisdizionale specializzata in proprietà intellettuale è prevista all'art. 257 TFUE, mentre l'aumento del numero di giudici del Tribunale può farsi attraverso una modifica dello Statuto della Corte, secondo la procedura dell'art. 281 TFUE. In entrambi i casi, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha modificato la procedura di adozione di tali atti. Infatti, il Consiglio non adotta più la proposta all'unanimità, ma con la procedura di codecisone, divenuta la procedura legislativa ordinaria dell'UE. Indubbiamente, la modifica apportata dal Trattato di Lisbona rende il processo decisionale a livello politico più snello. È innegabile che l'unanimità in seno al Consiglio quale condizione per l'approvazione dell'atto subordinava l'iter a considerazioni e sensibilità nazionali. Purtuttavia, anche la procedura attuale, sebbene risponda all'esigenza di coinvolgere il Parlamento europeo nel processo decisionale, implica la partecipa-

[65] Per un esempio di annullamento di una sentenza resa dal Tribunale in composizione monocratica cfr. sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2002, C-171/00 P, *Libéro* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. I-451.

[66] Tale contenzioso presenta caratteristiche di assoluta specificità e di scarso impatto trasversale sull'ordinamento giuridico dell'UE.

zione di un altro attore politico all'interno del procedimento e, di conseguenza, un ulteriore passaggio necessario per qualunque riforma del sistema giurisdizionale dell'UE.

5. Venti anni fa, i primi membri del Tribunale assumevano le loro funzioni. Quali sono i risultati raggiunti da allora? Quale il bilancio? Quali le nuove sfide? La breve analisi delle pagine precedenti, nata dalle riflessioni scaturite dalla giornata del 25 settembre 2009, mi consente di svolgere alcune considerazioni conclusive.

Riguardo al problema dell'accesso alla giustizia, non può non riconoscersi il ruolo avuto dal Tribunale nell'attenuazione delle condizioni di ricevibilità delle domande provenienti dai singoli. Le sue aperture hanno trovato un'eco presso la Corte che, pur non raccogliendo queste sollecitazioni, ha però inequivocabilmente indicato nella riforma dei Trattati l'unica strada per garantire ai singoli condizioni di accesso alla giustizia meno restrittive. La posizione assunta dall'Istituzione giurisdizionale ha quindi determinato una responsabilizzazione degli attori politici, che li ha indotti a modificare, nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa prima e nel Trattato di Lisbona poi, la formulazione della norma.

Riguardo alla qualità della giustizia, i dati citati dimostrano che il Tribunale ha ben lavorato; tuttavia, sono anche stati prospettati numerosi possibili punti critici dovuti a nuove competenze o all'aumento dell'afflusso di ricorsi. Ovviamente, il Tribunale può adottare misure interne di organizzazione (lo ha già fatto) per farvi fronte, ma il rischio reale è che tali misure possano non essere sufficienti. Si rende allora necessaria una riflessione sulle potenziali riforme strutturali da adottare. Nel rispetto del riparto di competenze, il Tribunale può solamente dare il segnale, visto che il potere d'iniziativa appartiene alla Corte o alla Commissione. Così facendo, il Tribunale può però favorire una riflessione sui rischi suscettibili di comprometterne il funzionamento, certo che gli attori politici non gli saranno indifferenti e prenderanno in adeguata considerazione l'adozione di tutti quegli atti utili a che il Tribunale possa continuare ad esercitare le proprie funzioni nell'interesse dei cittadini dell'UE.

Abstract

Guaranteeing the Quality of Justice: Assessments and Outlooks Twenty Years after the Establishment of the General Court

Access to justice and quality of justice are the main targets of the General Court, as discussed at two workshops held in Luxembourg on 25th September 2009 to celebrate the 20th anniversary of the Court. In relation to access to justice, this article examines the conditions concerning the admissibility of an application, starting from the well-

known "Plaumann formula" through the Jégo-Quéré and UPA cases up to the new provisions introduced by the Treaty of Lisbon. Quality of justice is dealt with from two points of view: firstly, the know-how and specialization of the judges, taking into consideration the evolution of the General Court's competences and the possibility to create specialized courts, like the Civil Service Tribunal; secondly the efficiency of judicial activity, taking into consideration what the General Court itself has done and can still do to improve its efficiency through internal reforms, such as those it has recently implemented. After examining the main factors which may increase the future case-load of the General Court, such as the REACH Regulation, the new provisions on admissibility and the new status of the EU Charter of Fundamental Rights, this article points out that such reforms may be insufficient and that structural changes might be necessary. Any decision in this field, however, has to be taken by the political actors of the EU.

Sergio M. Carbone, Chiara Tuo

Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*

SOMMARIO: 1. La disciplina dei rapporti di famiglia a carattere transfrontaliero: il difficile, ma necessario, coordinamento tra istanze nazionali e strumenti sovranazionali alla luce della più recente evoluzione del diritto internazionale e dell'Unione europea. – 2. L'influenza dell'Unione europea sulla disciplina nazionale del diritto di famiglia: gli interventi nel settore della libera circolazione delle persone e della tutela dei diritti fondamentali... – 3. *Segue*: … e in quello della cooperazione giudiziaria civile. – 4. Il primo atto comunitario vincolante in materia di famiglia: il regolamento 2201/2003 (c.d. Bruxelles II-*bis*). – 5. L'espansione delle competenze comunitarie nella disciplina del diritto internazionale privato e processuale della famiglia determinata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dalla progressiva abolizione dell'*exequatur* … – 6. *Segue*: … e dalle recenti iniziative normative adottate dalla Commissione europea: le proposte di regolamento in materia di legge applicabile ai procedimenti di scioglimento del matrimonio, alle successioni e al regime patrimoniale dei coniugi e dei conviventi *more uxorio*. – 7. La persistente riluttanza degli Stati membri ad essere definitivamente spogliati della competenza a regolare i rapporti di famiglia e le sue manifestazioni: nella riforma apportata dal Trattato di Lisbona al titolo dedicato alla cooperazione giudiziaria civile … – 8. *Segue*: … e nella posizione assunta dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona. – 9. Gli altri strumenti sovranazionali in materia di diritto di famiglia ed il loro coordinamento con il diritto dell'Unione europea – 10. Conclusioni: proposta per una disciplina sovranazionale della famiglia che contemperi le istanze di regolazione uniforme e di salvaguardia delle peculiarità nazionali.

1. La disciplina dei rapporti di famiglia presenta, rispetto alle altre materie di diritto civile, evidenti peculiarità, essenzialmente determinate dai suoi stretti legami con il costume e gli usi locali. Questo spiega perché, tradizionalmente, tale disciplina ha costituito oggetto di competenza esclusiva degli ordinamenti nazionali che, nel regolarla, si sono ispirati a principi culturali, etici, sociali e religiosi spesso profondamente diversi tra loro.

Ciò comporta, da un lato, la particolare resistenza del legislatore statale a rinunciare alla, o a cedere anche solo parte della, propria competenza nel settore; dall'altro lato, l'estrema difficoltà a regolare, in maniera adeguata ed esaustiva,

* Il presente lavoro trae spunto dalla lezione tenuta dal Prof. S. M. Carbone il 17 marzo 2010 presso l'Università degli studi del Molise nell'ambito del ciclo di seminari sul tema *Le competenze normative e le fonti di diritto europeo dopo il Trattato di Lisbona* – Progetto Jean Monnet "European Union and Competition Law".

rapporti personali e patrimoniali che oggi, con sempre maggiore frequenza data la crescente globalizzazione della società, si instaurano tra soggetti di nazionalità diverse o che, pur di nazionalità comune, stabiliscono il centro della propria vita in un Paese diverso.

Peraltro, l'esigenza che anche rapporti di famiglia a carattere transnazionale ricevano una disciplina adeguata, che tenga conto delle, ed insieme contemperi le, differenze intercorrenti tra le legislazioni nazionali, individuando le norme da cui il rapporto deve essere, in concreto, regolato ed evitando i conflitti positivi o negativi di giurisdizione, ha indotto a ricercare soluzioni di diritto materiale ma anche internazionale privato e processuale a livello sovranazionale.

Il presente contributo si propone, allora, di indagare il contenuto di tali soluzioni normative soffermando, in particolare, l'attenzione su quelle adottate nell'ambito dell'Unione europea. Ciò perché, pur non rientrando la disciplina sostanziale dei rapporti di famiglia tra le competenze che i Trattati conferiscono alle istituzioni dell'Unione, si è assistito – soprattutto nell'ultimo decennio – ad una sensibile crescita del loro interesse verso tale settore, tanto da far pronosticare una progressiva, ma inesorabile, sostituzione della competenza "comunitaria" a quella nazionale[1].

Ad (*i*) una *ricostruzione* della disciplina dei rapporti di famiglia quale si configura all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona seguirà, quindi, (*ii*) la descrizione delle *prospettive di evoluzione* che è ragionevole attendersi, tra l'altro, alla luce delle modifiche che tale Trattato ha apportato al titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in precedenza, titolo IV del Trattato sulla Comunità europea), ma anche degli atti normativi adottati dall'Unione sulla base di altre disposizioni dello stesso Trattato oltre che della giurisprudenza della Corte di giustizia che, fino ad oggi, si è consolidata in senso favorevole ad una sempre più decisa "comunitarizzazione" della materia.

Neppure si tralascerà di considerare, da una parte, (*iii*) quali effetti è suscettibile di produrre su tale percorso evolutivo la *tendenza*, chiaramente espressa dal giudice costituzionale tedesco nella nota pronuncia sul Trattato di Lisbona (ma verosimilmente condivisa da altri Stati membri), *rivolta* piuttosto *a frenare* il processo di integrazione europea soprattutto in quei campi che, come il diritto di famiglia, i Paesi dell'Unione europea sembrano ancora intenzionati a conservare nella propria sovranità; dall'altra parte, (*iv*) le *ulteriori fonti normative sovranazionali* in materia di rapporti di famiglia e le *modalità del* loro *coordinamento* con gli strumenti di diritto dell'Unione europea nella disciplina, sia sul piano sostanziale che internazionalprivatistico, dei rapporti familiari caratterizzati in senso transfrontaliero.

---

[1] In questi termini già S. M. Carbone, I. Queirolo, *Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva "invasione" degli spazi riservati alla sovranità statale*, in S. M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, pp. 1-27; I. Queirolo, L. Schiano di Pepe, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2008, spec. pp. 157-191.

2. Si è già detto della tradizionale riluttanza degli Stati a spogliarsi della propria competenza a regolare i rapporti di famiglia. Non stupisce, dunque, dover constatare che, ancora oggi, all'Unione europea non sia stata attribuita una specifica competenza a portata generale in materia, non rinvenendosi nei Trattati istitutivi alcuna disposizione in ordine ad un (seppure parziale) trasferimento di sovranità da parte dei Paesi membri. Infatti, tra i settori che, in base al generale principio di attribuzione, risultano devoluti alla competenza delle istituzioni dell'Unione europea non figura, anche a seguito delle modifiche ai Trattati apportate dalla riforma di Lisbona, quello della famiglia, che pertanto rimane soggetto alla sovranità degli Stati con le sole eccezioni previste per alcuni particolari profili in alcune specifiche disposizioni[2].

La ragione di tale riserva deve ricercarsi nel(l'originario) disinteresse della Comunità europea per rapporti di matrice non economica, i quali, non a caso, sono rimasti, almeno fino agli anni '90, essenzialmente estranei all'azione comunitaria.

Con l'ampliamento – determinato dal Trattato di Maastricht – delle competenze e degli obiettivi comunitari anche al di là di quelli strettamente mercantilistici, sono però apparse evidenti e non più trascurabili le interferenze tra la realizzazione del mercato unico e la disciplina dello *status* delle persone e dei rapporti di famiglia. Così, pur sempre difettando una diretta competenza comunitaria a regolare, sul piano sostanziale, tale tipo di rapporti, l'azione delle istituzioni ha non di meno assunto una crescente incidenza sul diritto di famiglia, fino a condizionare pesantemente la disciplina al riguardo vigente nei singoli Stati membri.

Ad una prima fase, contrassegnata dall'emanazione di atti non vincolanti, specialmente del Parlamento europeo, quali ad esempio le numerose risoluzioni in materia di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui, tra cui quelle sulla parità dei diritti per gli omosessuali nella CE, o in materia di tutela della minore età, di politica della famiglia o, ancora, di mediazione familiare[3], ne è seguita un'altra, in cui l'impatto del processo di integrazione europea sul settore in esame è andato facendosi sempre più pregnante sia per la natura degli atti, che hanno assunto la forma di strumenti comunitari vincolanti, sia per le finalità perseguite[4].

---

2 A proposito delle quali v. *infra*, par. 8.

3 I documenti di cui al testo si trovano pubblicati, in ordine di argomento, in V. Scalisi (a cura di), *Codice di diritto privato europeo*, Padova, 2002.

4 Per un'analisi dei progressivi sviluppi dell'azione comunitaria in materia di famiglia, v. I. Queirolo, *Comunità europea e diritto di famiglia: i primi interventi "diretti" in tema di separazione e divorzio*, in *Familia*, 2002, p. 449 ss.; R. Espinosa Calabuig, *La construcción de un Derecho de Familia en Europa*, in D. Amin (coord.), *Manual de Integraçáo Regional*, Belo Horizonte, 2004, p. 455 ss.; R. Baratta, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *RDIPP*, 2005, p. 573 ss.; M. Meli, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *EDP*, 2007, p. 447 ss.; S. M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *op. cit*.

Come già in altra sede evidenziato[5], l'influenza del diritto comunitario sulla disciplina dei rapporti familiari si è registrata, anzitutto, in sede di attuazione, sul piano normativo e giurisprudenziale, della *libertà di circolazione delle persone* e della politica sociale comunitaria. Con la direttiva 2004/38 si è, infatti, provveduto a disciplinare il diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei loro famigliari extracomunitari a circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, precisando, a tal fine, che nella nozione di "famigliare" sono inclusi non solo il coniuge, ma anche il *partner* che abbia contratto con il cittadino europeo un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro che la equipari al matrimonio, nonché i discendenti diretti di età inferiore a ventuno anni o a carico e quelli del coniuge o *partner* e, infine, gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner (art. 2)[6]. Pur non introducendo una definizione autonoma ed uniforme di "famiglia" – ma anzi rinviando, per l'identificazione del *partner* che possa fruire del diritto al ricongiungimento, alla legislazione dello Stato membro di provenienza in combinato con quella dello Stato membro ospitante – la direttiva non di meno invita i Paesi dell'Unione europea ad agevolare l'ingresso ed il soggiorno sia del *partner* con cui il cittadino europeo abbia una relazione stabile "debitamente attestata" sia, più in generale, di ogni altro componente della famiglia che, nel Paese d'origine, è a carico o convive con il cittadino (art. 3). Un'indicazione, quest'ultima, che di fatto pare favorire l'*equiparazione* dei *partners* legati da accordi di coabitazione *ai coniugi* uniti in matrimonio con conseguente, prevedibile, sanzione di illegittimità per contrasto con il diritto dell'Unione europea di decisioni di diniego al loro ingresso adottate dalle competenti autorità nazionali senza un'adeguata motivazione[7].

Ma l'incidenza del diritto dell'Unione sulla disciplina nazionale della famiglia si è realizzata anche attraverso la *tutela dei diritti fondamentali* di cui la Corte del Lussemburgo si è resa principale promotrice[8]. Vero è, infatti, che tali diritti sono desunti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ed è altrettanto vero che, nell'interpretarli ed applicarli, la Corte di giustizia si è sempre richiamata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. È del pari innegabile, però, che oggi, a valle dell'entrata in vigore della riforma di Lisbona, una codificazione

---

5 S. M. Carbone, I. Queirolo, *op. cit.*, spec. pp. 11-20.

6 Si tratta della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro famigliari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, *GUUE* L158, 30 aprile 2004, p. 77 ss. Alla sua attuazione, in Italia, si è provveduto con il d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, *GURI* 72, 27 marzo 2007. In argomento v. A. Lang, B. Nascimbene, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Dir. imm.*, 2007, p. 43 ss.

7 Di questo avviso I. Queirolo, L. Schiano di Pepe, *op. cit.*, spec. p. 173.

8 V., al riguardo, S. M. Carbone, I. Queirolo, *op. cit.*, pp. 14-16, e I. Queirolo, L. Schiano di Pepe, *op. cit.*, pp. 175-178.

dei diritti fondamentali, e per di più con forza giuridica pari a quella dei Trattati, esiste anche a livello dell'Unione europea e si identifica, come noto, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[9]. In base ad essa, è proclamato non solo il diritto al rispetto della vita privata e familiare quale si trova sancito nella CEDU, ma anche il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia senza alcuna specificazione in relazione al sesso (art. 9), con una tanto *implicita*, quanto evidente, *ammissione* anche delle unioni *di fatto* ed *omosessuali*.

Al fianco del descritto intervento – indiretto e mediato, ma come visto fortemente pervasivo – del diritto dell'Unione europea sulla disciplina dei rapporti di famiglia, deve poi segnalarsi quello – diretto ed immediato – svolto dal legislatore europeo mediante atti normativi ad efficacia vincolante adottati nell'esercizio della competenza di cui è stato investito sulla scorta delle disposizioni del titolo IV TCE. Trattasi, in altri termini, delle misure di diritto internazionale privato e processuale introdotte nel settore della cooperazione giudiziaria civile a seguito della sua "comunitarizzazione" operata, come noto, dal Trattato di Amsterdam del 1997[10].

Data la significativa, e sempre crescente, importanza dell'azione dell'Unione europea in tale settore, nel quale può dirsi che, ad oggi, essa detiene una competenza esclusiva, tale da renderla attrice principale non solo entro i confini degli Stati membri, ma anche nei rapporti con gli Stati terzi[11], pare opportuno, in appresso, ripercorrere le più importanti tappe del suo sviluppo per soffermarsi in particolare, ai fini che qui interessano, sulle misure ivi adottate con specifico riferimento al diritto di famiglia.

3. L'esigenza di instaurare uno spazio giudiziario nel quale operino comuni regole di esercizio della giurisdizione e la libera circolazione delle sentenze civili e commerciali era stata espressa da Pasquale S. Mancini già nel XIX

---

[9] Proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e a Strasburgo il 12 dicembre 2007, si trova pubblicata, nella versione attuale, in *GUUE* C 303, 14 dicembre 2007, p. 1 ss. (c.d. Carta di Strasburgo). Essa, pur non essendo stata incorporata nei Trattati come invece era previsto nell'ambito nel Trattato costituzionale del 2004, è dotata, per disposizione dell'art. 6, par. 2, TUE, "dello *stesso valore giuridico dei trattati*" (enfasi aggiunta). Inoltre, si legge nella Dichiarazione relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007, che "[l]a Carta dei diritti fondamentali, che ha *forza giuridica vincolante*, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" (enfasi aggiunta).

[10] Sull'evoluzione dell'azione comunitaria nella materia della cooperazione giudiziaria civile e sui suoi più recenti sviluppi, v. S. M. Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino, 2009, VI ed.

[11] Questa è la conclusione che deve trarsi dal parere della Corte di giustizia del 7 febbraio 2006, 1/03, *sulla competenza della Comunità a concludere la nuova convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, *Raccolta*, 2006, p. I-1145. In argomento v., per tutti, F. Pocar (a cura di), *The External Competence of the European Union and Private International Law. EC Court's Opinion and the Lugano Convention*, Padova, 2007.

secolo senza però che, a quell'epoca, potesse neppure verificarsene la concreta fattibilità; ed i successivi sviluppi del diritto uniforme (pur assai rilevanti e significativi) non sono stati sicuramente in grado di realizzarla. Solo di recente, infatti, si è iniziato a fornire soluzioni adeguate e coerenti con l'idea di creare uno spazio unitario all'interno del quale, da un lato, operano identici criteri di esercizio della giurisdizione e, dall'altro, si realizzano uniformi effetti delle sentenze (e, più in generale, dei provvedimenti giurisdizionali).

È stata proprio la creazione del mercato interno, attraverso la progressiva integrazione delle economie dei Paesi membri della (allora) Comunità economica europea, ad evidenziare la necessità di accompagnarla ad una graduale, ma costante, estensione delle competenze della Comunità (non più economica, ma ormai, proprio in virtù di tale più ampia sfera di poteri ad essa facenti capo, solo) europea, sino a giungere, con l'elaborazione del Trattato di Amsterdam (1997), all'attribuzione "diretta" in capo alle istituzioni di competenze anche nel "settore della cooperazione giudiziaria civile" (cfr. art. 61, lett. c, TCE). Ciò nella convinzione che l'adozione di misure in tale settore, come in quello della cooperazione giudiziaria penale, è funzionale al miglioramento delle libertà di circolazione, in particolare di quella delle persone, e che, quindi, lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (che tali forme di cooperazione perseguono) è complementare al rafforzamento del mercato interno.

Al fine del buon funzionamento di quest'ultimo, con particolare riferimento alla cooperazione giudiziaria civile, si ritiene indispensabile l'eliminazione delle divergenze esistenti tra le normative nazionali sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento delle decisioni, nonché la semplificazione delle formalità concernenti la loro esecuzione nello spazio giudiziario europeo[12].

Peraltro, l'esigenza da ultimo menzionata, vale a dire la garanzia di una "circolazione" facilitata delle decisioni nazionali in tutta l'area dell'economia comunitaria, era stata avvertita già al momento della redazione del Trattato istitutivo della CEE, il cui art. 220 (poi divenuto art. 293 TCE) invitava gli Stati membri ad avviare tra loro negoziati intesi, tra l'altro, a garantire "la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie".

Perciò, benché solo "indiretta", dal momento che la cooperazione in questione avrebbe dovuto essere perseguita dagli Stati con convenzioni, e dunque con strumenti classici di diritto internazionale, piuttosto che con atti di diritto comunitario derivato (e quindi dalle istituzioni), la correlazione funzionale di cui si è detto tra mercato interno e libertà di circolazione, da un lato, e spazio di libertà, sicurezza e giustizia (e pertanto cooperazione giudiziaria), dall'altro, era già individuabile nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Così, proprio per garantire il buon funzionamento del mercato interno, sulla base

[12] Le altre misure che le istituzioni comunitarie sono state chiamate ad adottare nel settore della cooperazione giudiziaria civile che presenti implicazioni transfrontaliere si trovano elencate nell'art. 65 TCE, a proposito del quale v. anche *infra*, in questo par.

della disposizione da ultimo richiamata venne stipulata, nel settembre del 1968, la Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale[13]. Essa, come può desumersi dalla mera lettura della sua intitolazione, non si limitava a perseguire l'obiettivo sancito dall'art. 220 TCEE, e quindi, di fatto, ad assicurare che le decisioni pronunciate dai giudici degli Stati comunitari avessero effetti identici in tutto il mercato interno, ma dettava anche norme in tema di esercizio della giurisdizione in materia civile e commerciale, idonee ad individuare, secondo parametri uniformi, il foro competente per ogni controversia a carattere transnazionale e compresa nell'ambito di applicazione, *ratione materiae* e *personarum*, della Convenzione stessa[14].

Con la parziale "comunitarizzazione" del terzo "pilastro" dell'Unione europea realizzata, come detto, ad opera del Trattato di Amsterdam, la materia della cooperazione giudiziaria civile ha cessato di costituire oggetto del metodo c.d. intergovernativo in virtù del quale era stata disciplinata a partire dal Trattato di Maastricht del 1992, per divenire materia di competenza della Comunità europea. Dal modello di cooperazione tra Stati membri, cioè, si è passati a quello di vera e propria integrazione a livello sovranazionale mediante l'introduzione, nella parte terza del TCE, di un nuovo titolo (il IV) composto degli articoli 61-69, che ha attribuito alle istituzioni comunitarie la competenza ad intervenire con gli strumenti tipici del c.d. primo "pilastro" ed in particolare con i regolamenti[15].

Tra le misure che il Consiglio ha acquisito il potere di adottare, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità ed in ossequio alle procedure di cui all'art. 67 TCE, rientravano quelle che, oltre a concernere le sole questioni aventi "implicazioni transfrontaliere", fossero altresì necessarie "al corretto funzionamento del mercato interno". A titolo meramente esemplificativo, l'art. 65 TCE includeva nell'elenco di tali misure quelle aventi ad oggetto "a) il miglioramento e la semplificazione: – del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali; – della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; – del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali; b) la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge e di competenza giurisdizionale; c) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svol-

[13] Pubblicata, nella versione consolidata, in *GUCE* C 27, 26 gennaio 1998, p. 1 ss.

[14] Pertanto, estendendo la portata della norma del TCEE, sulla scorta delle istanze e delle esigenze della pratica, si è elaborata una disciplina pattizia (di diritto internazionale uniforme) dotata di carattere "doppio", in quanto avente ad oggetto, come visto, non solo (*i*) il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali degli Stati membri, ma anche (*ii*) l'esercizio della giurisdizione civile e commerciale secondo criteri uniformi.

[15] In argomento v. anche V. Starace, *La comunitarizzazione del settore "cooperazione giudiziaria in materia civile"*, in *L'ordinamento italiano dopo 50 anni di integrazione europea*, Torino, 2004, p. 171 ss.

gimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri".

L'esercizio, da parte del Consiglio, della competenza di cui è stato investito ha prodotto concreti e rilevanti risultati tra cui, anzitutto, deve menzionarsi il *regolamento (CE) n. 44/2001* (c.d. Bruxelles I) che, come noto, ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 ricalcandone, peraltro, l'impostazione e l'ambito applicativo sia *ratione personae* che *ratione materiae*, dal quale è dunque rimasto *escluso* il *diritto di famiglia*[16].

4. A disciplinare l'esercizio della giurisdizione unitamente al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in quest'ultimo settore le istituzioni comunitarie hanno, non di meno, provveduto con separato atto, il citato regolamento 1347/2000 (c.d. Bruxelles II), successivamente sostituito dal *regolamento 2201/2003* (c.d. Bruxelles II-*bis*), che rappresenta il *primo* – e finora *unico* – atto comunitario *vincolante* specificamente dedicato al diritto di famiglia[17].

---

[16] Adottato dal Consiglio il 22 dicembre 2000, *GUCE* L 12, 16 gennaio 2001, p. 1 ss., e modificato, da ultimo, dal regolamento (CE) n. 280/2009 della Commissione, della Commissione, del 6 aprile 2009, che modifica gli allegati I, II, III e IV del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUUE* L 93, 7 aprile 2009, p. 13 ss. Sul regolamento Bruxelles I v. ancora S. M. Carbone, *op. cit*. A partire dagli ultimi allargamenti della Comunità, realizzatisi il 1º maggio 2004 e il 1° gennaio 2007, esso vincola anche i dodici nuovi Stati membri. La sua approvazione è avvenuta, peraltro, con ritardo rispetto ai tempi originariamente previsti e solo successivamente all'adozione di altri tre regolamenti, approvati dal Consiglio il 29 maggio 2000 sempre nell'ambito dell'esercizio delle competenze di cui al titolo IV TCE come modificato dal Trattato di Amsterdam (tutti pubblicati in *GUCE* L 160, 30 giugno 2000): il regolamento (CE) n. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza; il regolamento (CE) n. 1347/2000, relativo alla competenza ed al riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (c.d. "Bruxelles II", su cui v. *infra*, par. 4); il regolamento (CE) n. 1348/2000, relativo alla notificazione ed alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale – oggi sostituito dal regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, *GUUE* L 324, 10 dicembre 2007.

[17] Si tratta del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, *GUUE* L 338, 23 dicembre 2003, p. 1 ss. Sul regolamento, in dottrina, v. I. Queirolo, *op. cit*.; Id., *Separazione, annullamento, divorzio e responsabilità genitoriale: il regolamento CE 2201/2003*, in G. Ferrando (dir.), *Il nuovo diritto di famiglia*, I, Bologna, 2007, p. 1107 ss.; R. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004; Id., *Lo scioglimento del vincolo coniugale nel diritto comunitario*, in S. M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *op. cit.*, p. 169 ss.; S. Bariatti, C. Ricci (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007; M. C. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II*-bis, in S. Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 218 ss.; R. Lamont, *Habitual Residence and Bruxelles II* bis: *Developing Concepts for European Private International Family Law*, in *JPIL*, 2007, p. 261 ss.; B. Nascim-

L'incremento della mobilità dei cittadini all'interno dell'Unione europea e lo sviluppo delle relazioni internazionali in ogni settore, con conseguente aumento dei matrimoni misti o comunque a carattere transfrontaliero, hanno reso, infatti, non più differibile l'adozione di una disciplina che regolasse in maniera uniforme la circolazione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà genitoriale. Ed a ciò provvede, appunto, il regolamento 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Esso, seppur non avente ad oggetto la disciplina materiale dei rapporti di famiglia, tradisce non di meno un chiaro *favor* per lo scioglimento del vincolo coniugale laddove, già nelle premesse, dichiara di essere *improntato*, per garantire il buon funzionamento del mercato interno, *al principio della libera circolazione delle persone*, che a sua volta presuppone una semplificazione ed accelerazione della circolazione delle decisioni giudiziarie relative non solo, in generale, alla materia civile, ma anche a quella familiare. La *convinzione* sulla quale il regolamento si fonda è, in altri termini, che la libertà di spostamento consacrata dal Trattato non possa dirsi veramente effettiva fino a quando le persone non siano legittimate a *far valere lo* status *di cui sono titolari in tutti gli ordinamenti comunitari diversi dal proprio*[18].

In linea con tali premesse, e quindi con l'intento primario di consentire ai cittadini dell'Unione europea di spostarsi nel territorio degli Stati membri senza subire intralci a causa delle modificazioni del proprio *status* personale, il regolamento introduce un regime semplificato di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà genitoriale *escludendo* dal proprio ambito applicativo i provvedimenti che *rifiutano* lo scioglimento del vincolo coniugale.

Un'impostazione quest'ultima che, se di sicuro appare coerente con l'obiettivo di promuovere la libera circolazione delle persone consentendone lo spostamento all'interno dello spazio europeo senza impedimenti legati al riconoscimento del proprio stato personale, allo stesso tempo, innegabilmente, si rivela *asservita più ad una logica di mercato che di stabilità del vincolo coniugale*. Tanto che la dottrina più attenta, nel commentare siffatta impostazione, non ha potuto esimersi dall'osservare che, mentre "[l]e but classique du droit international privé était de garantir la parité des personnes et des systèmes juridiques et de sauvegarder l'harmonie des décisions par le choix d'un critère de rattachement commun le plus proche de la famille", "[d]e nos jours, *l'effet intégratif de la libre circulation des personnes a plus d'importance que les valeurs de la stabilité et de la continuité des familles*. L'*état des personnes* est traité, par les règles

BENE, *L'evoluzione della disciplina del divorzio nel diritto internazionale privato e comunitario*, in *Com. St.*, XXIII, 2007, p. 970 ss.; F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in *RDIPP*, 2007, p. 75 ss.

18 Così già S. M. CARBONE, I. QUEIROLO, *op. cit.*, spec. p. 18.

communautaires, *comme une marchandise*"[19]. La circolazione delle pronunce di dissolvimento del legame matrimoniale, infatti, in base al regolamento neppure può essere ostacolata dalla disciplina eventualmente più restrittiva vigente nello Stato membro *ad quem* in materia di separazione, divorzio e/o annullamento del matrimonio.

E non sfugge che il *favor* in tal modo manifestato per le sole decisioni di scioglimento del rapporto coniugale, pur essendo sotteso ad una disciplina che, come quella del regolamento Bruxelles II-*bis*, di per sé non riguarda direttamente i profili sostanziali di tali rapporti, finisce, necessariamente, e di fatto, per influenzare anche questi ultimi e le normative nazionali che, ad oggi, rimangono ancora, per lo meno sul piano formale, esclusivamente competenti a regolarli. Ammettendo, infatti, al meccanismo di riconoscimento automatico i soli provvedimenti che dissolvono il vincolo matrimoniale, esso *consente l'affermazione, e la diffusione, di un modello di famiglia caratterizzato dalla tenuità e dalla reversibilità dei legami* su cui si fonda, a prescindere ed indipendentemente dalla circostanza che, in alcuni ordinamenti dell'Unione europea, se ne accoglie invece un concetto diverso, più solido e magari difficilmente modificabile, in quanto tale però necessariamente destinato a soccombere per effetto della disciplina comunitaria.

5. La sensazione che la potestà ed il controllo degli Stati membri sulla materia in esame stiano, via via, inesorabilmente affievolendosi ed avviandosi ad essere soppiantati da quelli sovranazionali europei riceve conferma ove si consideri, (*i*) da un lato, la prassi applicativa degli atti normativi fondati sul titolo IV TCE e, in particolare, del regolamento Bruxelles II, consolidata dalla Corte di giustizia; (*ii*) dall'altro lato, le iniziative legislative intraprese dall'Unione europea al fine di regolare in maniera uniforme e vincolante ulteriori aspetti di diritto internazionale privato e processuale della famiglia.

Sotto il primo profilo, viene allora in rilievo la *giurisprudenza comunitaria* che, tra diverse possibili interpretazioni degli strumenti normativi preordinati alla realizzazione dello spazio giudiziario europeo, impone di privilegiare quella che, più di ogni altra, ne garantisca la *piena effettività* o, meglio, l'*effetto utile*[20].

In questo senso il principio di effettività ed il correlato criterio interpretativo dell'effetto utile sono stati impiegati anche per valorizzare, in particolare, ogni profilo della disciplina di diritto interno idoneo ad integrarsi con la normativa in esame: da una parte, dando rilievo alle norme nazionali che ne favoriscono l'attuazione e ne garantiscono un'applicazione secondo criteri uniformi e paritetici in tutto lo spazio giudiziario europeo e, dall'altra parte, negando ogni rilevanza

[19] È quanto, testualmente, osserva E. Jayme, *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, in *RCADI*, vol. 282, 2000, p. 9 ss., spec. p. 25 (enfasi aggiunta).

[20] Per una più ampia trattazione del ruolo svolto dal principio di effettività nell'ordinamento dell'Unione europea, si rinvia a S. M. Carbone, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.

a quelle disposizioni suscettibili di compromettere tale uniformità. Si tratta, quindi, di assicurare l'"effetto utile" della normativa in esame favorendone un'applicazione rivolta a (*i*) potenziare la tutela giuridica delle persone residenti in ambito comunitario; (*ii*) evitare situazioni conflittuali di giudicati e tra procedimenti giurisdizionali; (*iii*) legittimare in modo unitario in ambito internazionale l'operatività di regole europee di competenza giurisdizionale dei giudici civili e commerciali e (*iv*) favorire la circolazione delle conseguenti decisioni nel più ampio contesto del perseguimento degli obiettivi dell'intero ordinamento comunitario[21].

Pertanto, ogni disposizione della disciplina relativa allo spazio giudiziario europeo deve essere valorizzata alla luce degli obiettivi che persegue, tenendo anche conto del più ampio contesto delle altre normative e dei principi comunitari nell'ambito dei quali essa si colloca e di cui fa parte. In questa logica il principio di effettività, ed in particolare il criterio dell'effetto utile, ha svolto un ruolo essenziale.

Si deve, peraltro, osservare che l'esigenza di garantire una sempre più intensa effettività ai risultati perseguiti nella realizzazione delle politiche comunitarie nell'ambito del processo di unificazione del diritto processuale civile internazionale può provocare alcuni *inconvenienti*.

Un esempio. Come è noto, in occasione del Consiglio europeo di Tampere del 1999 si è solennemente affermato che il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie rappresenta un *pilier* fondamentale della creazione di un effettivo spazio giudiziario unitario in ambito europeo. Ed in tale prospettiva, in occasione della sostituzione del regolamento 44/2001 alla convenzione di Bruxelles, si sono progressivamente ridotti i controlli sulle sentenze straniere sino alla eliminazione, in alcuni successivi regolamenti relativi a materie specifiche, di qualsiasi tipo di procedura di *exequatur*. Infatti, ad esempio, il regolamento 805/2004, relativo alla disciplina dei crediti incontestati, prevede la possibilità di adottare un vero e proprio titolo esecutivo europeo con effetti immediatamente esecutivi in tutto lo spazio giudiziario europeo anche nel caso in cui la mancata contestazione del credito dipenda dal difetto di costituzione del convenuto[22]. Non è, dunque, necessaria, a proposito di questi ultimi provvedimenti, alcuna dichiarazione di esecutività nell'ambito dell'ordinamento dello Stato in cui si intendono far valere gli effetti esecutivi, ne è possibile proporre azioni rivolte a disconoscere tali effetti.

---

[21] Queste le indicazioni che si traggono dalla sentenza della Corte di giustizia dell'8 dicembre 1987, causa 144/86, *Gubisch Maschinenfabrik*, *Raccolta*, p. 905.

[22] Il riferimento è al regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, *GUUE* L 143, 30 aprile 2004, p. 15 ss. Successivamente, l'abolizione dell'*exequatur* è stata disposta anche per i provvedimenti di ingiunzione europea, dal regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che ha istituito il relativo procedimento, *ivi* L 399, 30 dicembre 2006, p. 1 ss., e per le decisioni adottate nell'ambito dei procedimenti europei per controversie di modesta entità, ai sensi del regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, *ivi* L 199, 31 luglio 2007, p. 1 ss.

Si tratta, in realtà, della stessa soluzione accolta dall'art. 40, n. 1, lett. b), del regolamento 2201/2003 a proposito delle decisioni di ritorno di minori, la cui esatta portata è stata precisata in tal senso dalla giurisprudenza comunitaria proprio utilizzando il criterio interpretativo del c.d. effetto utile e della finalità di garantire al meglio l'effettività del diritto comunitario[23]. Si è, infatti, ritenuto che le procedure di *exequatur*, anche se semplificate, siano un mezzo per ritardare i pagamenti o il rientro del minore illecitamente sottratto al suo Stato di residenza abituale di cui, invece, occorre garantire immediatezza ed effettività anche a costo di sacrificare alcuni diritti e garanzie procedurali.

Non può, dunque, farsi a meno di constatare come la lettera e l'interpretazione che la Corte di giustizia va consolidando degli strumenti normativi innanzi richiamati convergano nella direzione di *sottrarre* agli Stati membri non solo la *competenza a regolare* taluni, rilevanti, ambiti del diritto di famiglia, ma anche la *potestà di* esercitare un *controllo* di compatibilità con il proprio patrimonio fondamentale di valori culturali, etici e sociali sulle decisioni rese in tale materia dai giudici stranieri.

Il procedimento di *exequatur*, in altri termini, in presenza di determinate caratteristiche contenutistiche di alcuni provvedimenti, tende ad essere svalutato quale strumento utile per la salvaguardia e la promozione dei principi-cardine dell'ordinamento *ad quem* in conformità alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (impartite nel caso *Pellegrini*, in occasione della sentenza del 20 luglio 2001, riguardante il principio del giusto processo) e della stessa Corte di giustizia (sentenza del 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, relativa al medesimo principio). Si tende, infatti, a considerarlo un vincolo da rimuovere rispetto alle esigenze di effettività e di efficienza del funzionamento dello spazio giudiziario europeo, essenziali soprattutto con riferimento ad alcune materie (quali, ad esempio, il rientro dei minori) ed alla soddisfazione dei pagamenti relativi a determinate tipologie di crediti. Ed è proprio a questo proposito che, di recente, si è osservato: "efficiency and the right to a fair trial thus appear, at least at first sight, as two conflicting values; and the policy choice made by European institutions has been to make efficiency to prevail"[24].

Peraltro, proprio al fine di evitare che, quale estrema conseguenza di tale impostazione, si giunga ad affermare che i regolamenti in esame rappresentano un veicolo normativo suscettibile di consolidare ed amplificare gli effetti di eventuali violazioni di principi e valori fondamentali, alcuni ordinamenti (ad esempio, quello tedesco) hanno adottato specifiche misure. È stato, così, osservato che la disciplina comunitaria in esame non preclude la possibilità di eccepire, nell'ambito del procedimento esecutivo, eventuali gravi vizi del provvedi-

[23] Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2008, causa C-195/08, *Inga Rinau*, *Raccolta* 2008, p. I-5271, spec. punti 80-83.

[24] Si tratta delle parole di G. Cuniberti, *The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance and Efficiency*, in *ICLQ*, 2008, p. 25 ss.

mento straniero che non sia stato possibile far valere innanzi al giudice estero[25]. Infatti, proprio in quanto la procedura esecutiva resta regolata dai singoli ordinamenti nazionali, all'interno di tale ambito si è ritenuto che possano essere legittimamente fatte valere quelle esigenze di tutela, anche in forma specifica, dei diritti fondamentali che possono risultare altrimenti sacrificati dall'eliminazione della procedura di *exequatur* e dalle modalità semplificate ed accelerate previste per l'ottenimento del c.d. titolo esecutivo europeo.

6. Nella stessa prospettiva ora indicata, le più recenti iniziative normative assunte dalla Commissione europea in materia di legge applicabile, giurisdizione ed esecuzione delle decisioni relative ad altri profili dei rapporti familiari costituiscono una chiara espressione della tendenza espansiva delle competenze dell'Unione europea nel settore in esame.

Si segnala qui, senza pretesa di esaustività, ma al solo scopo di esemplificare la crescente pervasività dell'intervento sovranazionale europeo: (*i*) la proposta di regolamento c.d. Roma III del 17 luglio 2006 che modifica il regolamento 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale; (*ii*) la proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo[26]; (*iii*) il libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco[27].

In particolare, si è osservato, a proposito degli atti innanzi indicati, che disporre di una normativa come il regolamento Bruxelles II-*bis*, la quale si limita ad individuare il giudice competente senza però indicare quale legge debba applicarsi, non garantisce l'effettività degli obiettivi di fiducia reciproca nelle decisioni degli Stati membri e compromette, pertanto, la piena realizzazione dello spazio giudiziario europeo.

Con il regolamento Roma III, pertanto, si intende istituire un quadro normativo chiaro e completo, in particolare, della disciplina relativa alla materia matrimoniale nell'Unione europea offrendo ai cittadini soluzioni adeguate per quanto riguarda la certezza del diritto, la prevedibilità, la flessibilità e l'accesso alla giustizia[28].

---

25 In ciò consiste la posizione di E. Jayme, C. Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht 2005: Hegemonialgesteten auf dem Weg zu einer Gesamtvereinheitlichung*, in *IPrax*, 2005, p. 481 ss.

26 Cfr. COM(2009)154 def., 14 ottobre 2009.

27 Cfr. COM(2006)400 def., 17 luglio 2006.

28 Come si legge nella proposta, COM(2006)399 def., suo obiettivo è "*[r]afforzare la certezza del diritto e la prevedibilità*. La proposta introduce norme di conflitto armonizzate in materia di divorzio e separazione personale per *permettere ai coniugi di prevedere facilmente quale legge si applicherà* al procedimento matrimoniale" (enfasi aggiunta). In dottrina, sulla proposta di regolamento Roma III, v. M. Meli, *op. cit.*, pp. 453-460; S. Bariatti, C. Ricci (a cura di), *op. cit.*; B. Nascimbene, *La proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003 nel quadro della libera circolazione delle persone*, in S. M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *op. cit.*, p. 207 ss.; I. Queirolo,

Attualmente l'esito del processo decisionale relativo alla proposta risulta incerto: non può, però, tralasciarsi di osservare che l'uniformazione delle norme di diritto internazionale privato conseguente all'eventuale adozione del regolamento Roma III inevitabilmente avvierebbe un'uniformazione, *de facto*, anche dei diritti sostanziali e processuali applicabili nei vari Paesi membri. A conferma di ciò, è sufficiente riferirsi alle norme che consentono ai coniugi di scegliere consensualmente sia il tribunale davanti al quale radicare la causa di scioglimento del matrimonio, sia la legge ad essa applicabile. Nell'esercizio di tale facoltà i coniugi potrebbero designare quale giudice competente e quale legge applicabile quelli di uno Stato membro che consenta loro di beneficiare, ad esempio, degli effetti di istituti come gli accordi prematrimoniali e gli accordi sulle conseguenze del divorzio che, nell'ordinamento di rispettiva appartenenza, non siano invece ammessi.

Dal punto di vista del legislatore europeo, comunque, le divergenze intercorrenti tra gli ordinamenti statali in ordine ai presupposti per lo scioglimento del vincolo coniugale non dovrebbero pregiudicare l'effettività del regime di circolazione delle decisioni all'interno dello spazio giudiziario europeo. Infatti, il modello di rapporto tra Stati membri sul quale si fondano sia il regolamento Bruxelles II-*bis* sia la relativa (proposta di) modifica è quello della cooperazione, che ruota attorno al principio della pari dignità dei provvedimenti emanati in ciascuno di essi. Vero è che la salvaguardia dell'identità statale rimane presidiata dalla clausola dell'ordine pubblico, che i giudici sono legittimati ad invocare di fronte a soluzioni manifestamente contrastanti con le proprie scelte normative a carattere fondamentale. Ma è altrettanto vero, come del resto si è constatato nel paragrafo precedente, che la tendenza interpretativa di tale clausola è sempre più di segno restrittivo, tanto che, lo si ripete, la direzione assunta dall'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria civile è, quanto meno relativamente ad alcuni provvedimenti giurisdizionali e ad alcune materie, addirittura nel senso dell'abolizione, *tout court*, dell'*exequatur*[29].

Ed allora, come già puntualmente osservato[30], di fronte all'espansione del diritto dell'Unione europea nel settore del diritto di famiglia, da una parte, non si possono che apprezzare e condividere gli obiettivi di certezza dei criteri utilizzabili per l'esercizio della giurisdizione competente e per la determinazione della legge applicabile sottesi alle iniziative assunte; dall'altra, però, riesce difficile non dubitare della opportunità di un'uniformazione della disciplina in esame che costringa gli Stati membri a rinunciare alle peculiarità che ancora contraddistinguono le proprie legislazioni sui rapporti di famiglia.

L'intervento comunitario in materia di separazione e divorzio: la proposta Bruxelles II-bis *e le ricadute sul diritto internazionale privato italiano*, *ivi*, p. 219 ss.; F. Pocar, *Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in S. Bariatti (a cura di), *op. cit.*, p. 267 ss.; J. Carrascosa Gonzales, F. Seatzu, *Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de regolamento "Roma III"*, in *RDIPP*, 2009, p. 567 ss.

29 In punto v. le riflessioni di M. Meli, *op. cit.*, pp. 461-462.

30 I. Queirolo, L. Schiano di Pepe, *op. cit.*, spec. p. 279.

7. La breve ricostruzione innanzi compiuta dei principali interventi con cui l'Unione europea ha inciso ed incide – seppure indirettamente, attraverso la normativa di diritto internazionale privato – in maniera sempre più pregnante, anche sulla disciplina sostanziale dei rapporti di famiglia consente di apprezzare il grado di "erosione" subita dalle competenze statali in questo settore. Peraltro, a quest'ultimo riguardo, gli ordinamenti nazionali hanno evidenziato ampie resistenze, indicando chiaramente di non essere ancora disposti ad essere integralmente e definitivamente spogliati della potestà normativa in tale materia.

Neanche in occasione della *riforma di Lisbona*[31], infatti, gli Stati membri hanno manifestato alcuna disponibilità a conferire alle istituzioni europee il potere di legiferare direttamente nel campo del diritto materiale di famiglia[32]: anzi, ad ulteriore dimostrazione della loro volontà di arginare le intromissioni del diritto dell'Unione europea in tale settore, si segnala il rafforzamento delle condizioni e dei limiti solo nel rispetto dei quali le istituzioni sono legittimate ad adottare misure di diritto internazionale privato e processuale nel diritto di famiglia.

Nella prospettiva ora indicata, prima di esaminare più da vicino le novità apportate alla materia che qui interessa, occorre, almeno per cenni, dare conto delle *principali modifiche* introdotte dal Trattato di Lisbona con particolare *riguardo al settore della cooperazione giudiziaria*.

È noto, infatti, che a decorrere dalla sua entrata in vigore (1° dicembre 2009) la Comunità europea ha cessato di esistere, con trasferimento delle sue competenze in capo all'Unione europea e ridenominazione del TCE in Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). La *divisione in pilastri* è, pertanto, *venuta meno* e tutta la materia ancora disciplinata dal titolo VI TUE (articoli 29-42) è confluita nel titolo V TFUE, denominato "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", che sostituisce il titolo IV TCE. Anche la cooperazione giudiziaria penale, perciò, sarà regolata sulla base delle procedura legislativa ordinaria (prima definita procedura di codecisione), mentre *è stato* del tutto *rimosso l'art. 68 TCE*, che, come noto, nelle materie coperte dall'*ex* titolo IV TCE, limitava la possibilità di ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia ai soli giudici di ultima istanza. Le *disfunzioni* unanimemente riscontrate nell'applicazione di tale norma hanno, infatti, indotto i redattori del Trattato di riforma ad abrogarla, estendendo anche agli atti adottati sulla base del titolo V TFUE le regole generali secondo cui opera il rinvio pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 267 TFUE (*ex* art. 234 TCE). A favore di tale soluzione si erano, del resto, da tempo espresse sia la Corte di giustizia[33] che la Commissione europea[34], entrambe convinte che un

[31] Il testo del Trattato è pubblicato in *GUUE* C 306, 17 dicembre 2007, p. 1 ss.; per la versione consolidata del TUE e del TFUE v. *GUUE* C 115, 9 maggio 2008, p. 1 ss.

[32] Tanto che I. Barrière Brousse, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, in *JDI*, 2010, p. 3 ss., spec. p. 22, definisce il Trattato di Lisbona come "[f]ruit d'un mouvement de *méfiance* à l'égard de l'Europe technocratique" (enfasi aggiunta).

[33] Nel Rapporto sull'applicazione del TCE del 1995.

[34] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Corte di giustizia delle Comunità europee,

ampio e non discriminato accesso diretto o incidentale da parte dei privati e delle imprese ai giudici del Lussemburgo è assolutamente necessario per garantire sia l'uniformità del diritto dell'Unione europea sia una tutela giurisdizionale effettiva dei loro interessi ed in tal modo anche l'effettività di tale diritto[35].

Passando più specificamente alle disposizioni riguardanti la "Cooperazione giudiziaria in materia civile", assume rilievo il capo 3 del nuovo titolo V TFUE che, nel disciplinare la materia, all'art. 81, par. 1, dichiara di fondarsi sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali[36]. Pertanto, in tale settore, l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri è, in base alla nuova formulazione dell'ex art. 65 TCE, consentita solo nella misura in cui appaia funzionale a tale obiettivo (art. 81, paragrafi 1 e 2, TFUE) ed, in ogni caso, "nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri" (art. 67, par. 1, TFUE). L'emanazione di provvedimenti rivolti a "garantire la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione" – così come di quelli, ulteriori, parimenti inclusi nell'elenco di cui al par. 2 dell'art. 81 TFUE[37] – cioè, è limitata alle sole ipotesi in cui ciò appaia necessario ai fini della cooperazione giudiziaria civile e, in particolare, del "buon funzionamento del mercato interno".

In forza di tale nuova formulazione, la norma sulla cooperazione giudiziaria civile si discosta dalla precedente versione di cui all'art. 65, par. 1, TCE per configurare in termini di maggiore autonomia i rapporti tra tale cooperazione e la logica del mercato interno, che (pur permanendo uno degli obiettivi principali dell'Unione europea: art. 3 TUE[38]) non ne costituisce più l'unico parametro di riferimento. Ed all'origine di tale, seppur non vistosa, modifica sembra doversi

---

COM(2006)346 def., per adattare le disposizioni del titolo IV del Trattato che istituisce la Comunità europea relative alle competenze della Corte di giustizia, per una tutela giurisdizionale più effettiva.

35 In proposito, più diffusamente, v. S. M. Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., pp. 38-45; Id., *Principio di effettività e diritto comunitario*, cit., pp. 55-59.

36 Sulle novità introdotte dal Trattato nel settore in esame v. anche R. Cafari Panico, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel trattato di riforma e nel trattato costituzionale*, in M. C. Baruffi (a cura di), *Dalla costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008, p. 81 ss., spec. pp. 93-96, e I. Barrière Brousse, *op. cit*.

37 Ed in base ad esso "rivolti a garantire: a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione; b) la notificazione e la comunicazione transnazionali degli atti giudiziari ed extragiudiziali; c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione; d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; e) un accesso effettivo alla giustizia; f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri; g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie; h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari".

38 Il quale, a sua volta, individua bensì nell'instaurazione del mercato interno uno degli obiettivi che l'Unione si prefigge di raggiungere (par. 3), ma lo indica separatamente e successivamente a quello della realizzazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (par. 2).

ravvisare proprio quella preoccupazione – cui poc'anzi si è fatto cenno[39] – che materie "sensibili" come la cooperazione giudiziaria in esame siano oggetto di una disciplina sovranazionale ed accentrata la quale, oltre a non tenere più in alcun conto le identità culturali, etiche e sociali proprie di ogni Stato, obbedisca anche ed esclusivamente ad una logica di puro mercantilismo. È dunque condivisibile l'affermazione secondo cui "cette dissociation opérée dans le Traité de Lisbonne est bienvenue dés lors que l'Europe veut véhiculer des valeurs autres qu'économiques"[40].

Ma l'espressione più evidente della cautela con cui gli Stati membri acconsentono alla disciplina sovranazionale "europea" della materia in esame limitandola ai soli profili internazionalprivatistici del diritto di famiglia si rinviene indubbiamente nella disposizione che, all'interno dell'art. 81 TFUE (par. 3), specificamente si occupa di tale settore reiterando quanto già stabilito con il Trattato di Nizza.

Non sfugge, infatti, che mentre, in generale, la procedura legislativa da seguire per la realizzazione dello spazio giudiziario europeo è individuata in quella ordinaria, vale a dire nel procedimento di codecisione che prevede il voto a maggioranza qualificata (art. 81, par. 2, TFUE), le corrispondenti misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali devono essere stabilite dal Consiglio secondo una procedura legislativa speciale, vale a dire all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo (art. 81, par. 3, 1° comma, TFUE).

Su proposta della Commissione e sempre previa consultazione del Parlamento europeo, il Consiglio all'unanimità può, peraltro, deliberare che certi aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali siano assoggettati alla procedura legislativa ordinaria. In tal caso, i parlamenti nazionali sono informati della relativa proposta e se uno di essi, entro sei mesi, comunica la propria opposizione, la decisione non è adottata[41]. Di tale tenore è la norma passerella di cui all'art. 81, par. 3, 2° comma, TFUE, che già figurava all'interno del fallito Trattato costituzionale europeo quale espressione del compromesso raggiunto tra coloro che volevano sottoporre l'adozione di atti in materia familiare alla procedura ordinaria e coloro che, invece, vi si opponevano a favore di quella speciale.

Non può non cogliersi, allora, la chiara manifestazione della volontà degli Stati membri di "blindare" la materia della cooperazione giudiziaria civile nello specifico settore del diritto di famiglia riservandone l'evoluzione ad un rigoroso controllo, che essi possono esercitare mediante il potere di veto sia in sede di Consiglio che attraverso i rispettivi parlamenti nazionali[42].

---

39 V. *supra*, paragrafi 4 e 6.

40 Così scrive I. Barrière Brousse, *op. cit.*, p. 5.

41 Sul ruolo assunto dai parlamenti nazionali per effetto della riforma di Lisbona anche, specificamente, nella materia della cooperazione giudiziaria civile, v. I. Barrière Brousse, *op. cit.*, pp. 24-26.

42 Osserva al riguardo I. Barrière Brousse, *op. cit.*, p. 22, che "le maintien de la règle de l'unanimité du Conseil pour les aspects touchant au droit de la famille, à l'article 81 TFUE, et son

Resta, a questo punto, da verificare se disposizioni di questo tenore saranno adeguate e sufficienti a soddisfare l'inalterata e perdurante esigenza degli Stati di rimanere se non gli esclusivi, almeno i principali, detentori della potestà normativa in materia di famiglia.

8. A ben vedere, precise indicazioni al riguardo sono state formulate dalla *Corte costituzionale tedesca* che, il 30 giugno 2009, si è pronunciata sulla compatibilità con la Costituzione tedesca della legge di ratifica del Trattato di Lisbona, della legge di accompagnamento e delle norme sui poteri da tali leggi riservati alle istituzioni tedesche[43].

Al centro dell'attenzione del Giudice delle leggi tedesco si poneva, infatti, la verifica che principi fondamentali dell'ordinamento nazionale quali, in particolare, quello dell'identità costituzionale e democratico, non fossero pregiudicati dal Trattato di Lisbona e/o dalla relativa legge di ratifica e/o dalla legge che adatta ad esso i poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat*. E nello svolgere il suo vaglio, la Corte ha compiuto affermazioni di non poco momento in ordine allo stadio attuale di evoluzione del processo di integrazione europea ed al ruolo che sono chiamati a rivestirvi gli Stati membri.

Così, se da un lato la sentenza non tralascia di precisare che la Carta costituzionale tedesca non solo permette, ma impone, l'apertura verso l'Europa (paragrafi 219 e 225) ammettendo, a tal fine, una limitazione della libertà e dell'autodeterminazione dello Stato, dall'altro si premura di puntualizzare che l'Unione europea non può qualificarsi alla stregua di "Stato federale", bensì di associazione di Stati. Come tale, essa deve ritenersi legittimata all'esercizio dei propri poteri subordinatamente alle determinazioni degli Stati, "unici soggetti di legittimità democratica", nei limiti in cui sono indicate ed espresse all'interno dei Trattati. Viene, in altri termini, riaffermata l'importanza costituzionale del *principio di attribuzione* con riferimento alle competenze dell'Unione, la cui ricognizione da parte della Corte tedesca la induce non solo a ribadire che gli Stati rimangono i "signori dei Trattati", ma anche – ed è ciò che qui più interessa – a

---

renforcement par l'admission d'un droit de veto des Parlements nationaux reflètent clairement cette *déférence* à l'égard de *questions étroitement liées aux traditions nationales et locales* et *touchant par là même à l'identité nationale*" (enfasi aggiunta).

[43] Il testo della sentenza è reperibile *on line*, in inglese, in www.federalismi.it, 2009, n. 12. Tra i molteplici commenti si segnalano qui: R. Dickman, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco*, *ivi*, n. 14; U. Draetta, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2009, p. 719 ss.; J. Kokott, *The Basic Law at 60 – From 1949 to 2009: The Basic Law and Supranational Integration*, in *GLJ*, 2009, p. 99 ss.; L. S. Rossi, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *RDI*, 2009, p. 993 ss.; D. Thym, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgement of the German Constitutional Court*, in *CML Rev.*, 2009, p. 1795 ss.; J. Ziller, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, in *RIDPC*, 2009, p. 973 ss.

delimitare l'ambito materiale delle potestà normative rispettivamente spettanti al parlamento nazionale ed alle istituzioni europee.

Non stupisce, allora, dover constatare che tra le aree in cui è essenziale che lo Stato conservi il potere di imprimere la propria politica la Corte includa, *inter alia*, la cittadinanza, l'uso della forza militare e civile, il diritto penale e, naturalmente, gli aspetti legati alla cultura ed alle caratteristiche proprie di un Paese come lingua, *famiglia* e libertà di opinione, stampa e associazione (par. 249). Addirittura, si legge in un successivo, cruciale, passaggio della sentenza che il fondamentale *principio democratico* (a sua volta espressione dell'*identità costituzionale*) sarebbe violato se non si garantisse a ciascuno di realizzarsi "in one's own cultural area as regards decisions that are made in particular concerning the school and education system, *family law*, language (…)" (enfasi aggiunta). Tanto da giungere all'affermazione che "[t]he activities of the European Union in these areas that are already perceivable intervene in society on a level that is *primary responsibility of the Member States*" (enfasi aggiunta), atteso che si tratta di "fundamental policy decisions which bear a *strong connection to the cultural roots and values of every State*" (enfasi aggiunta). Con l'estrema conseguenza, icasticamente desunta dal giudice tedesco da tali considerazioni, che "democratic self-determination requires that the respective political community that is connected by such traditions and convictions remain the subject of democratic legitimization".

È, dunque, opinione della Corte federale che, nel rispetto dei sopracitati principi dell'identità costituzionale degli Stati, democratico e di sussidiarietà, il trasferimento all'Unione europea di competenze inerenti settori sensibili in ragione del loro stretto collegamento alle tradizioni sociali, culturali e religiose degli Stati membri, debba avvenire solamente nei limiti di un'*interpretazione* il più possibile *restrittiva* delle disposizioni di cui ai Trattati, come modificati dalla riforma di Lisbona, che paiano suscettibili di "invadere", anche solo indirettamente, la relativa potestà normativa statale. E le preoccupazioni del Bundesverfassungsgericht si appuntano, tra l'altro, anche sulle c.d. norme passerella, una delle quali, come visto, è rintracciabile proprio nell'art. 81, par. 3, TFUE, dedicato alla cooperazione giudiziaria civile in materia di famiglia. Tanto che l'invito (*rectius*, la prescrizione) rivolti dalla Corte al Governo è di privilegiare, in seno alle istituzioni dell'Unione europea, un'interpretazione restrittiva e minimale anche della possibile semplificazione delle procedure legislative applicabili ai settori in esame nell'ambito delle facoltà di cui gli Stati possono avvalersi ai sensi dell'art. 81, par. 3, TFUE.

Tutte le preoccupazioni espresse dalla Corte nella sentenza dello scorso giugno, peraltro, non le hanno impedito, attraverso le precisazioni e le limitazioni dell'operatività dei Trattati innanzi indicate, di risolvere negativamente la questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo a tali normative. Diversa sorte è, invece, spettata alla censura relativa alla legge statale di estensione dei poteri delle istituzioni tedesche alla luce del Trattato di riforma. Si è riscontrato, infatti, che essa non ha tenuto debitamente conto della "responsabilità dell'integrazione" che incombe sul parlamento e sul governo nazionali anche

in virtù di adeguate ed efficienti modalità di esercizio che consentano la tempestività dei relativi interventi. Di essa, pertanto, sono state proposte le relative modifiche per consentire un adeguato controllo ed un tempestivo intervento sull'attività normativa delle istituzioni europee allorché incidono su materie e su principi sensibili rispetto alle tradizioni sociali, religiose e culturali dello Stato.

Tanto che una parte della dottrina ha visto nella sentenza una "accettazione condizionata e diffidente", da parte della Germania, del Trattato di Lisbona nonché, più in generale, un atteggiamento di "sfiducia" nei confronti del Parlamento e del Consiglio dell'UE[44].

Secondo quanto formulato in chiusura del precedente paragrafo, quindi, sembra che il Giudice delle leggi tedesco non abbia ritenuto sufficienti le garanzie previste a favore degli Stati da disposizioni che, come l'art. 81, par. 3, TFUE, pongono condizioni e limiti all'esercizio, da parte del Consiglio dell'Unione europea, di competenze normative in settori "delicati" e tradizionalmente riservati agli Stati qual è quello della famiglia. Tanto da sentirsi legittimata a richiamare l'attenzione sul ruolo fondamentale, all'interno dell'Unione europea e nei rapporti tra questa ed i suoi membri, dei principi di attribuzione e di sussidiarietà, con l'invito, rivolto all'esecutivo ed al parlamento nazionale, ad esercitare un controllo costante e serrato sull'interpretazione che, in sede di Consiglio, di tale norma andrà consolidandosi. E la diffidenza della Suprema Corte è tale da spingerla ad affermare che il giudizio ultimo sulla compatibilità degli atti dell'Unione europea con i principi generali di attribuzione e sussidiarietà – il cui rispetto da parte delle istituzioni, a sua volta, garantisce l'identità costituzionale ed il diritto all'autodeterminazione democratica dei Paesi membri – spetta a se stessa insieme al potere di disapplicare le norme dell'Unione europea che non dovessero superare tale vaglio (paragrafi 240-241)[45].

Resta da vedere, allora, se la posizione assunta dal giudice costituzionale tedesco rimarrà isolata rispetto alle corti degli Stati membri o se, viceversa, è destinata a razionalizzare criteri rivolti a condizionare l'avanzamento dell'integrazione europea in coerenza con la riserva di sovranità di cui continuano a godere gli Stati soprattutto in quei settori che, come il diritto di famiglia, pur connotandosi con sempre maggiore frequenza di profili di transnazionalità, presentano rilevanti implicazioni di carattere sociale, culturale ed etico rispetto ai vari ordinamenti statali ai quali questi ultimi non hanno prestato quiescenza e tanto meno rinuncia alla loro competenza a favore dell'ordinamento dell'Unione europea.

9. L'innanzi illustrata espansione delle competenze "comunitarie" nel settore della cooperazione giudiziaria estesa anche ai rapporti di famiglia ed alla responsabilità genitoriale, seppur nei limiti indicati, non deve indurre alla conclusione che la disciplina della materia in esame sia destinata a trovare collocazione, per

44 Sono le parole di L. S. Rossi, *op. cit.*, p. 1015.

45 V., ancora, L. S. Rossi, *op. cit.*, pp. 1002-1003, e R. Dickman, *op. cit.*, p. 6.

i rapporti collegati al territorio degli Stati membri, solo ed esclusivamente negli strumenti di diritto dell'Unione europea o dei singoli ordinamenti nazionali secondo le rispettive competenze. Infatti, nel panorama degli strumenti normativi in materia di diritto di famiglia assumono tuttora grande rilievo quelli adottati al di fuori dell'Unione europea in virtù di convenzioni internazionali.

Quanto precede è tanto più vero se si considera l'impatto che i recenti processi di allargamento dell'Unione europea verosimilmente provocheranno sull'opera di uniformazione del diritto di famiglia intrapresa dal legislatore europeo. Il compito, già di per sé arduo date le profonde differenze riscontrabili nella materia in esame all'interno dei singoli ordinamenti, appare ulteriormente complicato dalla sopravvenuta necessità che un'eventuale normativa europea riceva l'approvazione unanime di tutti e ventisette gli Stati attualmente membri dell'UE (così dispone infatti – come già visto[46] – l'art. 81, par. 3, TFUE). Non stupisce, quindi, che, come innanzi precisato[47], la proposta di regolamento Roma III si trovi, al momento, in una situazione di stallo e che, per uscirne, sia stata prospettata la possibilità di ricorrere alla procedura di cooperazione rafforzata.

Né l'*impasse* in cui potrà trovarsi (o già si trova) l'Unione europea nel tentativo di uniformare il diritto di famiglia dovrà indurre all'affrettata conclusione che solo gli Stati, individualmente, siano in grado di disciplinare adeguatamente i rapporti di famiglia anche se connotati da elementi di internazionalità.

Al contrario, le difficoltà incontrate dall'Unione europea potrebbero suggerire uno spostamento dell'azione sul piano del diritto internazionale, secondo una logica da alcuni efficacemente definita di *sussidiarietà alla rovescia*[48]. Si tratterebbe, in altri termini, di restituire il potere decisionale agli Stati, che dovrebbero esercitarlo non già autonomamente, ma collettivamente, nell'ambito di consessi intergovernativi, eventualmente anche mediante forme di cooperazione rafforzata, del resto prefigurate dallo stesso TFUE anche nell'ambito della cooperazione giudiziaria qui in esame secondo la procedura disciplinata nel titolo III della parte sesta[49].

A conferma della fattibilità e fruttuosità di tale soluzione è sufficiente considerare quanto si è verificato in occasione dell'adozione del citato regolamento (CE) n. 4/2009, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari[50].

---

46 V. *supra*, par. 7.

47 V. *supra*, par. 6.

48 Così P. Beaumont, *International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity*, in *RabelsZ*, 2009, p. 509 ss., spec. p. 510.

49 Vero è che, ad oggi, tale forma di cooperazione non risulta essere mai stata impiegata, ma non ci si può esimere dal riconoscere che essa, collocandosi comunque all'interno dell'Unione europea, consentirebbe – più facilmente di altre forme di cooperazione intergovernativa – di aderire agli atti in tal modo adottati anche agli Stati membri che, inizialmente, rifiutino di parteciparvi.

50 Regolamento del Consiglio, del 18 dicembre 2008, *GUUE* L 7, 10 gennaio 2009, p. 1 ss. In dottrina, su tale regolamento, si segnalano: A. Malatesta, *Osservazioni sul nuovo protocollo*

Sebbene, infatti, la relativa proposta fosse stata presentata dalla Commissione già del 2005, ad una finalizzazione dei lavori non si è approdati che al termine del 2007, nell'ambito delle scelte condivise in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, a valle della conclusione dei negoziati per l'adozione di una nuova Convenzione sulle obbligazioni alimentari. In quella sede, preso atto della non unanime volontà degli Stati partecipanti di uniformare le norme di conflitto in tale materia, si era deciso di adottare un separato Protocollo, aperto alla firma sia degli Stati favorevoli a tale uniformazione sia dell'Unione europea.

Ciò ha consentito al Consiglio di sbloccare la situazione di stallo nella quale si verteva in ordine alle disposizioni del regolamento innanzi citato concernenti l'abolizione dell'*exequatur*: Esse, infatti, si applicano ai soli Stati membri dell'Unione europea che abbiano ratificato il Protocollo dell'Aja, mentre un distinto regime di circolazione risulta operante con riguardo alle sentenze in materia di obbligazioni alimentari pronunciate negli Stati membri non aderenti a detto Protocollo[51].

Quella appena descritta, unitamente a molteplici ulteriori scelte normative fatte proprie dalla nuova Convenzione dell'Aja, hanno consentito alle istituzioni europee di superare gli ostacoli che impedivano la finalizzazione del regolamento innanzi citato, che è avvenuta nel dicembre 2008[52].

In tal modo si dimostra come, in taluni casi, rispetto a certe materie, nelle quali conseguire il consenso unanime di tutti gli Stati membri è operazione ardua (se non impossibile), le trattative condotte in contesti più ampi di quello dell'Unione europea possano risultare più proficue e fruttuose di quelle ristrette ai soli rappresentanti dei Paesi dell'Union europea. Il che consente all'Unione di avvalersi delle, e fare proprie le, – come è avvenuto, in questo caso, con le disposizioni convenzionali in materia di cooperazione amministrativa, sussidio di Stato, pubbliche autorità – soluzioni accolte sul piano internazionale. Tanto che il regolamento 4/2009 rinvia direttamente al Protocollo dell'Aja per l'individuazione della legge applicabile alle obbligazioni alimentari rientranti nel proprio ambito applicativo.

---

dell'Aja sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, in S. M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *op. cit*., p. 377 ss.; nonché F. Marongiu Bonaiuti, *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti "Bruxelles I" e "Bruxelles II"*, in *RDIPP*, 2005, p. 699 ss.; G. Pastina, *La "comunitarizzazione" del diritto delle obbligazioni alimentari nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione*, in questa *Rivista*, 2007, p. 663 ss.; F. Pesce, *La disciplina processualcivilistica in materia di obbligazioni alimentari tra diritto internazionale pattizio e comunitario*, in S. M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *op. cit*., p. 391 ss.; F. Trombetta-Panigadi, *Le obbligazioni alimentari*, in P. De Cesari (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, II, Torino, 2008, p. 449 ss.; I. Viarengo, *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato comunitario*, in S. Bariatti (a cura di), *op. cit*., p. 227 ss.; Id., *La disciplina comunitaria delle obbligazioni alimentari e il rapporto con la nuova normativa convenzionale*, in S. M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *op. cit.*, p. 355 ss.

[51] Così dispongono infatti, rispettivamente, le sezioni 1 e 2 del capo III del regolamento in esame.

[52] Per una ampia trattazione di quanto affermato nel testo, v. P. Beaumont, *op. cit.*, *passim*.

Inoltre, è ancora una volta grazie a detto Protocollo che, a livello di Unione europea, è stato possibile trovare una composizione delle opposte esigenze rappresentate in sede di Consiglio a proposito del regime di circolazione delle decisioni in materia di obblighi alimentari.

10. In conclusione, quindi, non vi è dubbio che i rapporti di famiglia stiano ormai, sempre più, connotandosi nel senso della internazionalità, apparendo vieppiù frequenti situazioni che presentano modalità di impiego dei criteri di collegamento differenti da quelle tradizionalmente adottate nelle normative nazionali.

Tale situazione ha evidenziato, da un lato, l'*inadeguatezza degli strumenti normativi nazionali*, sia di diritto materiale che internazionale privato e processuale; dall'altro lato, l'esigenza, da tempo avvertita, che i rapporti in questione, nei loro vari aspetti, siano assoggettati, e comunque risentano, delle scelte adottate nell'ambito di strumenti normativi internazionali.

È in tale contesto che deve essere valutato il *crescente attivismo* nella disciplina della materia di famiglia anche da parte della Comunità europea (oggi Unione europea). La sua incursione nel settore in esame si è, infatti, verificata sia indirettamente, mediante interventi normativi e giurisprudenziali allorché la disciplina dei rapporti di famiglia incide sulla circolazione delle persone e sulla tutela dei diritti fondamentali, sia direttamente, mediante l'adozione di misure normative nell'ambito di settori nei quali la Comunità europea deteneva (e oggi l'Unione detiene) una competenza concorrente a quella degli Stati, come è, appunto, la cooperazione giudiziaria civile.

La *reazione degli Stati membri* di fronte al progredire dell'azione comunitaria nel diritto di famiglia, però, non può certo definirsi consenziente. Infatti, come da ultimo si è potuto constatare in occasione dell'approvazione della riforma di Lisbona, ed a proposito dell'individuazione dei limiti della sua operatività al fine di superare il vaglio di costituzionalità nell'ordinamento tedesco, si nota piuttosto uno sforzo nel senso di *arginare* ulteriormente l'esercizio delle competenze dell'Unione europea nel campo della cooperazione giudiziaria civile nei rapporti familiari, subordinando al consenso unanime degli Stati l'adozione, da parte del Consiglio, di qualsivoglia misura al riguardo. In particolare, infatti, con l'indicata sentenza la Corte costituzionale tedesca, preoccupata di salvaguardare l'identità costituzionale ed il diritto all'autodeterminazione democratica degli Stati membri, si è addirittura auto-investita del potere di svolgere un controllo di legittimità degli atti dell'Unione europea rilevanti al riguardo rispetto ai principi di attribuzione e sussidiarietà, quasi a voler significare l'inadeguatezza, a tal fine, del giudizio eventualmente concorrente della Corte di giustizia.

A fronte di tali *perplessità e diffidenza*, ma anche delle *obiettive difficoltà* con cui il legislatore europeo è chiamato a misurarsi nel perseguire gli obiettivi di uniformazione del diritto di famiglia, si può ritenere che la strada da percorrere sia piuttosto quella inaugurata in occasione dell'adozione del regolamento 4/2009. E cioè quella di un'azione coordinata dell'Unione europea e dei suoi

Stati membri con organismi internazionali che, come la Conferenza dell'Aja, consentano di addivenire ad una disciplina veramente completa ed esaustiva dei rapporti transfrontalieri di diritto di famiglia, con tutte le cautele e le possibili riserve a favore della sovranità degli Stati abitualmente previste.

In alternativa, e con le cautele dovute al fatto che si tratta di una soluzione, ad oggi, rimasta ancora intentata, potrebbe anche ricorrersi alla cooperazione rafforzata la quale, pur presentando comunque la natura di strumento intergovernativo, avrebbe, come detto, il vantaggio di consentire una più agevole, successiva, estensione agli Stati membri inizialmente restii a parteciparvi.

In questo modo, verosimilmente, potrebbero, ad un tempo, soddisfarsi le esigenze di disciplinare adeguatamente relazioni familiari transnazionali senza però, completamente, rinunciare a quei valori etici, culturali e sociali dei vari Stati che li rendono, ancora oggi, così restii a spogliarsi delle competenze in materia.

Abstract

The EU Instruments in the Field of Family Law and the Lisbon Treaty

The process of internationalization of familial relationships represents, as a matter of fact, the outcome of the increasing globalization of society. Consequently, the need has arisen for the field of family law to be governed by international rules. Hence, the present article aims, first of all, at investigating the content of such rules, focusing, in particular, on those put in force at the EU level. Then, a description will be provided of the evolutionary perspectives which is reasonable to expect of the EU discipline regarding family law at the outset of the entry into force of the Lisbon Treaty. To this end, attention will be paid not only to the innovations brought in by such Treaty that are likely to affect the matter at stake, but also to the legal instruments so far adopted by the European institutions on the basis of the EC Treaty as well as to the European Court of justice case-law developed thereon. Nor will the Member States' effort to slow down the process of European integration be overlooked. In this perspective, an analysis will be provided of the recent decision delivered by the German constitutional Court on the Lisbon Treaty. Finally, a solution will be proposed for a regulation of family law matters that takes into due consideration their increasing international character without, at the same time, precluding Member States from safeguarding their traditions and customs in this very field.

Andrea de Guttry

Fighting Piracy and Armed Robbery in the XXI Century: Some Legal Issues Surrounding the EU Military Operation Atalanta

SUMMARY: 1. Introductory remarks. – 2. The fight against piracy in contemporary International Law. – 3. The relevant UN Security Council Resolutions. – 4. The EU Naval Operation Against Piracy (EU NAVFOR Somalia, Operation Atalanta): a) the EU decision-making process. – 5. b): the legal basis in the international framework and in the EU legal system. – 6. c): the mandate. – 7. d): the institutional architecture and the internal decision-making mechanism. – 8. The international Agreement between the EU and Kenya for the full operationalization of the mission and its compatibility with international human rights law. – 9. The activities carried out so far by the Operation. – 10. Final remarks.

1. Piracy is an old phenomenon which has regained momentum in recent times. Although the attention of the mass media was focused mainly on recent events off coasts of Somalia, it is fair to mention that there are basically 4 areas in which pirates have been active in the last decade: in the South China Sea, in the seas facing West Africa, in the Caribbean Sea and, more recently in East Africa and specifically off the coasts of Somalia[1]. According to the International Maritime Organization (IMO): "In 2008, the number of reported piracy attacks off East Africa rose astronomically. Barely a day seemed to pass without a new incident being reported (...). In the first quarter of 2008, there were 11 piracy

[1] A good description of the phenomenon and of its background is to be found in the recent books by A. J. YOUNG, *Contemporary Maritime Piracy in Southeast Asia: History, Causes and Remedies*, Singapore, 2007; R. MIDDLETON, *Piracy in Somalia. Threatening Global Trade, Feeding Local Wars*, London, 2008 and by D. SEKULICH, *Terror on the Seas: True Tales of Modern-Day Pirates*, New York, 2009; as well as in the final Report "*Piracy off the Somali Coast*" prepared on 21 November 2008 by an International Expert Group for the Special Representative of the Secretary-General of the UN to Somalia, available at www.icpat.org. Relevant information about the situation is contained as well in the Report of the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1846(2008) presented to the Security Council on 16 March 2009 (UN Doc. S/2009/146) as well as in the Report of the Congressional Research Service, *Piracy off the Horn of Africa*, April 24, 2009, available at assets.opencrs.com.

attacks in that region, rising to 23 in the second quarter and rocketing to 50 in the third and 51 in the fourth quarters, making a total of 135 attacks during 2008, resulting in 44 ships having been seized by pirates and more than 600 seafarers having been kidnapped and held for ransom"[2].

In the 2009 annual piracy report issued by the ICC International Maritime Bureau's Piracy Reporting Centre (IMB PRC) a total of 406 incidents of piracy and armed robbery have been reported. According to this report, in 2009, 153 vessels were boarded, 49 vessels were hijacked, 84 attempted attacks and 120 vessels fired upon. A total of 1052 crew were taken hostage; 68 crew were injured in the various incidents and eight crew killed. 2009 has however seen a significant shift in the area of attacks off Somalia. While the 2008 attacks were mostly focused in the Gulf of Aden, 2009 has witnessed more vessels also being targeted along the East coast of Somalia.

These events raised serious concerns in the International Community as the freedom of navigation in the highs seas was put in danger and severely affected in an area which has a clear strategic importance for the free flow of goods and persons and for fishing. The problems were exacerbated by the fact that Somalia has been facing for an extremely long period a difficult internal situation which contributed to the definition of Somalia as a failed State notwithstanding the continuous effort of various international actors to broker a solution to the internal disputes.

The debate about what to do in order to properly answer these new challenges started within the most concerned organization, namely the IMO[3] and spread rapidly towards other relevant organizations (both at universal and regional levels) and towards interested States[4], many of which decided to send

---

[2] IMO, *Piracy in the Waters off the Coast of Somalia*, available at www.imo.org. In the first 6 months of 2009 the situation became even worse: according to the ICC/IMB the number of actual and attempted attacks against ships in the high seas next to Somalia increased up to 44; see: ICC International Maritime Bureau, *Piracy and Robbery Against Ships, Report for the Period 1 January-30 June 2009*, London, July 2009.

[3] IMO has adopted several circulars and Directives, all aimed at preventing and suppressing piracy and armed robbery acts. For a detailed list of these documents see www.imo.org. The General Assembly of IMO has played an important role as well: its Resolution A/1002/25 of 29 November 2007 has given a strong input to the shaping of the future anti-piracy of the International Community. See more C. Warbrick, D. McGolrick, D. Guilfoyle, *Piracy Off Somalia: UN Security Council Resolution 1816 and IMO Regional Counter-Piracy Efforts*, in *ICLQ*, 2009, pp. 690-699.

[4] Just as an example, the National Security Council of the USA adopted in December 2008 the document *"Countering Piracy Off the Horn of Africa: Partnership & Action Plan*" which sets forth three distinct lines of action with specific measures in furtherance of each: 1) prevent pirate attacks by reducing the vulnerability of the maritime domain to piracy; 2) disrupt acts of piracy consistent with international law and the rights and responsibilities of coastal and flag States; and 3) ensure that those who commit acts of piracy are held accountable for their actions by facilitating the prosecution of suspected pirates by flag, victim and coastal States, and, in appropriate cases, the United States. See more on the USA strategy in the Report of the Congressional Research Service, *Piracy off the Horn of Africa*, cit., p. 13 ff.

naval assets to patrol the Gulf of Aden in an effort to protect international commercial shipping[5]. In this framework the EU decided to become a major player in the deterrence of piracy off the Somali coast by launching Operation Atalanta in December 2008, the first maritime ESDP (after the Lisbon Treaty, CSDP) mission.

Although it is not the first time that a maritime multinational operation has been put in force in order to react against challenges to the freedom of navigation in the high seas[6], to prevent and repress specific crimes (such as narcotraffic, terrorism[7], illegal trafficking of mass destruction devices[8]) or to enforce UNSC Resolutions[9], the specific Operation Atalanta, being the first EU maritime operation, presents unique features which deserve to be analysed.

---

[5] On January 8, 2009, the US administration announced the formation of CTF-151 to combat the piracy threat off Somalia. Other States (such as Turkey, Australia, Pakistan and others) decided later to join CTF-151. China, Russia, India, Malaysia and Japan decided as well to dispatch their vessels to the area: see more in the Report of the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1846(2008) presented to the Security Council on 16 March 2009, quoted at note 1. NATO Defence Ministers, at their meeting in Budapest on 9 October 2008, agreed that NATO will contribute to deter piracy in the waters off the coast of Somalia and decided to launch Counter Piracy Operation Allied Protector which is being carried out by Standing NATO Maritime Group 1 (SNMG1).
According to a Press Communiqué of 30 June 2009 eleven littoral States of the Persian Gulf and Red Sea have agreed to create an all-Arab naval task force to prevent the spread of sea piracy in the region. The task force would comprise warships from Bahrain, Djibouti, Egypt, Jordan, Kuwait, Oman, Qatar, Saudi Arabia, Sudan, the United Arab Emirates and Yemen. The Saudi navy will coordinate joint efforts for a period of one year: www.shipping.nato.int.

[6] See for example the multinational operations carried out to fight piracy in the South East Asia area, in the frame of the 2004 Malacca Straits Security Initiative and of the 2004 Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery. See more on those activities D. Johnson, M. Valencia (eds.), *Piracy in Southeast Asia: Status, Issues, and Responses,* Singapore, 2005 and J. M. L. Geragotelis, *Sea Piracy in Southeast Asia: Implications for Countering Maritime Terrorism in the United States*, Thesis at the Naval Postgraduate School, Monterrey, California, 2006, available at www.dtic.mil.

[7] See for example Operation Enduring Freedom, launched in the aftermath of September 11, to counter terrorism via the seas. Later in 2003 Operation Active Endeavour has been launched in the Mediterranean area: see M. Syrigos, *Developments on Interdiction of Vessels on the High Seas*, in A. Strati, M. Gavouneli, N. Skourtos (eds.), *Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea. Time Before and Time After*, Rotterdam, 2006, p. 180 and D. Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge, 2009. On the general issue of combating maritime terrorism see N. Ronzitti, *Maritime Terrorism and International Law*, Dordrecht, 1990.

[8] See the Proliferation Security Initiative launched in 2003 by the USA and implemented in cooperation with 11 States: M. Byers *Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative*, in *AJIL*, 2004, pp. 526–545 and F. Spadi, *Bolstering the Proliferation Security Initiative at Sea: A Comparative Analysis of Ship-boarding as a Bilateral and Multilateral Implementing Mechanism*, in *Nord. JIL,* 2006, pp. 249-278.

[9] See for example the recent UNSC Resolution 1874 (2009) of 12 June 2009 in which the Security Council, making reference to the situation in the Democratic People's Republic of Korea, calls upon all Member States "to inspect vessels, with the consent of the flag State, on the high seas, if they have information that provides reasonable grounds to believe that the cargo of such

This paper aims at analysing some legal issues related to the EU Military Operation Atalanta. After a thorough review of the numerous legal sources existing both within and outside the EU legal system and regulating various aspects of the Operation, the paper then concentrates on the content of the international agreements signed by the EU with Somalia and other neighbouring Countries in order to fully operationalise the mission. These Agreements will be examined against the background of existing international, and in particular Human Rights, obligations which are incumbent on the EU and its members States. In the well known 2003 document "A Secure Europe in a Better World, European Security Strategy"[10], and in the following Report on the Implementation of the European Security Strategy Providing Security in a Changing World adopted in Brussels on December 11, 2008[11], the EU leaders undertook a formal commitment: "We need to continue mainstreaming human rights issues in all activities in this field, including ESDP missions, through a people-based approach coherent with the concept of human security"[12]. Operation Atlanta takes its place within a brand new trend of ESDP/CSDP operations: it is therefore of utmost importance to conduct it in full compliance with the basic values and principles inspiring the European Security Policy as well as the European Security Strategy[13]. This paper will try to clarify if and to what extent the design and implementation of Operation Atlanta is coherent with the above mentioned commitments and values expressed by the EU.

2. The definition of piracy is contained in Article 101 of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) which is generally considered to be a codification of existing customary international law. The phrasing of this Article makes it very clear that piracy can be committed only on or over international waters (including the high seas, the exclusive economic zone, and the contiguous zone), in international airspace, and in other places beyond the territorial jurisdiction of any nation[14]. In order to be qualified as piracy, the act has to be committed by private ships or private aircraft for private ends. Most of the recent events off the coast of Somalia perfectly fit into this definition.

---

vessels contains items the supply, sale, transfer, or export of which is prohibited by paragraph 8(a), 8(b), or 8(c) of resolution 1718 (2006) or by paragraph 9 or 10 of this resolution, for the purpose of ensuring strict implementation of those provisions".

10 The 2003 European Security Strategy is available at www.consilium.europa.eu.

11 The Report is available at www.consilium.europa.eu.

12 In the "EU Council Conclusions on the implementation of the EU policy on human rights and democratisation in third countries" the Council emphasized the need to take practical measures to strengthen the human rights perspective in the ESDP: see Council of the EU, 16719/06 of 13 December 2006 available at www.consilium.europa.eu.

13 See more J. Arloth, F. Seidensticker, *The ESDP Crisis Management Operations of the European Union and Human Rights*, Berlin, 2007.

14 M. Bahar, *Attaining Optimal Deterrence at Sea: A Legal and Strategic Theory for Naval Anti-Piracy Operations*, in *Vanderbilt JTL*, 2007, pp. 45-46.

As far as armed robbery against ships is concerned there is a widely accepted definition: "any unlawful act of violence or detention of any act of depredation, or threat thereof, other than an act of piracy, directed against a ship or persons or property on board of such ship, within a State's internal waters, archipelagic waters and territorial sea"[15].

Finally the 1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation[16] has to be mentioned as this Convention is not limited to acts on the high seas: according to this Convention any person commits an offence if that person unlawfully and intentionally commits, attempts to commit, threatens to commit, or abets the seizure or exercise of control over a ship by force or threat of force or any form of intimidation. The Convention applies if the ship is navigating or is scheduled to navigate into, through, or from waters beyond the outer limit of the territorial sea of a single State, or the lateral limits of its territorial sea with adjacent States. In all other cases, the Convention also applies when the offender or alleged offender is found in the territory of a State Party other than the State in whose waters the offence occurred[17].

Considering the gravity of these crimes a general duty of all nations to cooperate in the repression of piracy has emerged in the International Community. This duty has been written in an uncontroversial manner both in Article 14 of the 1958 Geneva Convention on the High Seas and in Article 10 of the UNCLOS, both of which provide that States shall cooperate to the fullest possible extent in the repression of piracy on the high seas or in any other place outside the jurisdiction of any State. Article 105 of the UNCLOS Convention furthermore states: "On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship or aircraft taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed, and may also determine the action to be taken with regard to the ships, aircraft or property, subject to the rights of third parties acting in good faith".

In order to strengthen the effectiveness of the fight against piracy and armed robbery, reinforced regional cooperation among States plays an important role. The Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against ships in Asia, signed in November 2004 by 16 Asian countries is a significant example of the potential positive impact of regional cooperation in mak-

---

15 This definition derives from the Code of Practice for the Investigation of the Crimes of Piracy and Armed Robbery Against Ships (IMO Resolution A/922/22, Annex, paragraph 2.2) and it is the definition adopted by the ICC, International Maritime Bureau in its regular Reports on Piracy and Armed Robbery Against Ships. See more on this in Z. Keyuan, *New Developments in the International Law of Piracy*, in *Chinese Journal of International Law*, 2009, p. 323 ff.

16 Somalia never ratified this Convention.

17 E. Kontorovich, *International Legal Responses to Piracy off the Coast of Somalia*, in *ASIL Insights*, 2009, pp. 22-27.

ing navigation in the high seas more secure. More recently, in January 2009, another important regional agreement was adopted in Djibouti by States in the region: the Code of Conduct concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden[18]. The signatories States expressed their commitment to interdicting ships suspected of engaging in acts of piracy or armed robbery against ships ensuring that persons committing or attempting to commit acts of piracy or armed robbery against ships are apprehended and prosecuted; and facilitating proper care, treatment, and repatriation for seafarers, fishermen, other shipboard personnel and passengers subject to acts of piracy or armed robbery against ships, particularly those who have been subjected to violence.

3. The UN Security Council has been monitoring closely the events off the Somali coast since the very first piracy act: the situation created by pirates has been immediately considered as a clear threat to peace and security allowing, therefore, the Security Council to use all means available under Chapter VII of the UN Charter. Considering the extremely sensitive nature of the issue and the continuous evolution of the events, the SC decided, wisely according to the present author, to adopt a step-by-step strategy: in its first Resolution devoted to the issue at stake – Resolution 1772 (2007) of 20 August 2007 – the Security Council encouraged Member States whose naval vessels and military aircraft operate in international waters and airspace adjacent to the coast of Somalia to be vigilant to any incident of piracy therein and to take appropriate action to protect merchant shipping (in particular the transportation of humanitarian aid) against any such act, in line with relevant international law. In its Resolution 1814 (2008) adopted on May 15, 2008, the UNSC, after having determined that the situation in Somalia continues to constitute a threat to international peace and security in the region, decided to call "upon States and regional organizations, in close coordination with each other and as notified in advance to the Secretary-General, and at the request of the TFG [Transitional Federal Government], to take action to protect shipping involved with the transportation and delivery of humanitarian aid to Somalia and United Nations-authorized activities (...)".

Considering that most piracy attacks, particularly those taking place off the coast of Somalia, have occurred inside territorial waters and are, therefore, not covered by UNCLOS, the Security Council did undertake a further step aimed at increasing the impact and efficacy of the international response in the fight against piracy. In its Resolution 1816 (2008) adopted on June 2, 2008, the UN Security Council, after having reiterated its condemnation of all acts of piracy

[18] The document is available at www.fco.gov.uk.
The Code of Conduct is open for signature by the 21 countries in the region, of which nine – Djibouti, Ethiopia, Kenya, Madagascar, Maldives, Seychelles, Somalia, United Republic of Tanzania and Yemen – signed it during the closing ceremony in Djibouti. As a result, the Code of Conduct is effective as of 29 January 2009.

and armed robbery against vessels in territorial waters and the high seas off the coast of Somalia and having repeated the appeal to all interested States and organizations to reinforce their mutual cooperation: "(...) Decides that for a period of six months from the date of this resolution, States cooperating with the TFG in the fight against piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia, for which advance notification has been provided by the TFG to the Secretary-General, may: (a) Enter the territorial waters of Somalia for the purpose of repressing acts of piracy and armed robbery at sea, in a manner consistent with such action permitted on the high seas with respect to piracy under relevant international law; and (b) Use, within the territorial waters of Somalia, in a manner consistent with action permitted on the high seas with respect to piracy under relevant international law, all necessary means to repress acts of piracy and armed robbery".

This paragraph of the UNSC Resolution, which is based on a specific and clear-cut request of the TFG of Somalia[19], clearly innovates the pre-existing situation and significantly expands the area of the seas in which the fight against piracy can be conducted, including as well the territorial waters of Somalia[20]. Not only: the Resolution authorizes[21] as well member States to use, albeit with caveats, all necessary means to repress acts of piracy. As it is well known, this expression, which has been repeatedly used in previous UNSC Resolutions dealing with Peace-keeping operation, is meant to authorize as well the use of force beyond traditional self-defence[22].

Members States are requested, in any case, to take appropriate steps to ensure that the activities they undertake pursuant to the above mentioned authorization do not have the practical effect of denying or impairing the right of innocent passage to the ships of any third States.

---

[19] In its letter dated 12 May 2008, the Somali TFG expressed its full support to the adoption by the Security Council of a resolution under Chapter VII of the Charter of the United Nations authorizing States cooperating with the Transitional Federal Government to enter Somalia's territorial sea and use all necessary means within the territorial sea to identify, deter, prevent and repress acts of piracy and armed robbery at sea (UN Doc. S/2008/323). See more on this T. Treves, *Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia*, in *EJIL*, 2009, p. 406 ff.

[20] See more on this in A. Tancredi, *Di pirati e Stati "falliti": il Consiglio di sicurezza autorizza il ricorso alla forza nelle acque territoriali della Somalia*, in *RDI*, 2008, p. 947 ff.

[21] On the specific nature of this authorization see more A. Tancredi, *op. cit*, p. 962.

[22] This para. of the UNSC raises the question of the distinction between maritime law enforcement and the use of force at sea: for a few consideration, with reference to the recent *Guyana/Suriname* Award, on what may be considered to be key aspects of the distinction between maritime law enforcement and the use of force at sea see P. Jimenez Kwast, *Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorisation of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana/Suriname Award*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2008, pp. 49-91. On the issue of the use of force authorized by the UNSC in the Somalia case see more in T. Treves, *op. cit*., p. 412 ff.

This invitation clearly expresses the highly sensitive nature of the decisions adopted[23]; it is not by chance that the Security Council in the same Resolution stresses furthermore that: "(...) the authorization provided in this resolution applies only with respect to the situation in Somalia and shall not affect the rights or obligations or responsibilities of member states under international law, including any rights or obligations under the Convention, with respect to any other situation, and underscores in particular that it shall not be considered as establishing customary international law, and affirms further that this authorization has been provided only following receipt of the letter from the Permanent Representative of the Somali Republic to the United Nations to the President of the Security Council dated 27 February 2008 conveying the consent of the TFG".

Similar cautious conclusions were reached as well in the UN General Assembly Resolution 63/111, "Oceans and the law of the sea", adopted on February 12, 2009[24].

Another step aimed at further reinforcing the credibility and efficacy of the international response to the piracy acts off the coast of Somalia was taken by the Security Council in its Resolution 1851 (2008) in which the UN body: "In response to the letter from the TFG of 9 December 2008, *encourages* Member States to continue to cooperate with the TFG in the fight against piracy and armed robbery at sea, notes the primary role of the TFG in rooting out piracy and armed robbery at sea, and decides that for a period of twelve months from the date of adoption of Resolution 1846, States and regional organizations cooperating in the fight against piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia for which advance notification has been provided by the TFG to the Secretary-General may undertake all necessary measures that are appropriate in Somalia, for the purpose of suppressing acts of piracy and armed robbery at sea, pursuant to the request of the TFG, provided, however, that any measures undertaken pursuant to the authority of this paragraph shall be undertaken consistent with applicable international humanitarian and human rights law".

The innovative element of this Resolution is being represented by the authorization, based on the request made by the Somali government, to carry out all the necessary measures to fight against piracy not only in the Somali territorial waters but within the territory of Somalia as well[25].

On November 30, 2009, the UN Security Council, following the receipt of two letters conveying the consent of the TFG; decided to renew this authorization for one additional year – UNSC Resolution 1897(2009).

---

23 On this cautious approach by the Security Council see T. Treves, *op. cit*., p. 404 ff.

24 A/RES/63/111, para. 66.

25 On April 2008, well before the adoption of SC Resolution 1581 (2008), the French special forces entered Somali territory to capture alleged pirates who were brought to France to be submitted to a criminal proceeding: the legality of this operation, which occurred before the adoption of the Resolution, is very much debated.

4. The EU decision to get directly involved in the piracy issue off the Somali coast has to be put in the legal and political framework described in the previous paragraphs. As in earlier similar cases of the launch of field Operations, the EU decision-making mechanism has been quite complex, fragmented and articulated in several different acts and procedures. The first relevant act in this context is the "Council Joint Action 2008/749/CFSP on the European Union military coordination action in support of UN Security Council Resolution 1816(2008)", adopted on September 19, 2008[26] with the aim of supporting "(…) the activities of Member States deploying military assets in theatre, with a view to facilitating the availability and operational action of those assets, in particular by setting up a coordination cell in Bruxelles".

This Coordination action was the forerunner of the Operation Atalanta itself which was created as an autonomous EU naval operation with the "Council Joint Action 2008/851/CFSP of 10 November 2008 on a European Union military operation to contribute to the deterrence, prevention and repression of acts of piracy and armed robbery off the Somali coast"[27]. The actual launch of the Operation was decided by the Council Decision 2008/918/CFSP of 8 December 2008 regarding the launch of a European Union military operation to contribute to the deterrence, prevention and repression of acts of piracy and armed robbery off the Somali coast[28]. Through this decision the Operation Plan and the Rules of Engagement of the Operation were also approved.

In the following months the EU adopted additional acts related to Operation Atalanta aimed at authorizing the signature of international conventions (with the TFG of Somalia[29] and with Djibouti[30] on the status of the force; with Kenya[31] on the conditions and modalities for the transfer of persons suspected of having committed acts of piracy and detained by the European Union-led naval force and with the Republic Seychelles to extend the mission to the waters adjacent to this island, to regulate the status of the European Union-led forces in the Republic of Seychelles and to regulate the conditions and modalities for the transfer of suspected pirates and armed robbers from EUNAVFOR to the Republic of Seychelles and for their treatment after such transfer [32]), for the

[26] *OJEU* L 252, 20 September 2008, p. 39.

[27] *OJEU* L 301, 12 November 2008, p. 33.

[28] *OJEU* L 330, 9 December 2008, p. 19.

[29] The text of the Agreement is reproduced in *OJEU* L 10, 15 January 2009, p. 29. The signing of the Treaty was approved with Council Decision 2009/29/CFSP of 22 December 2008, *ivi*, p. 27.

[30] The text of the Agreement between the European Union and the Republic of Djibouti on the status of the European Union-led forces in the Republic of Djibouti in the framework of the EU military operation Atalanta, is reproduced in *OJEU* L 33, 3 February 2009, p. 43. The signature of the Treaty was approved with Council Decision 2009/88/CFSP of 22 December 2008, *ivi*, p. 43.

[31] For the text of the Exchange of letters see *OJEU* L 79, 25 March 2009, p. 49. The signing of this Exchange of letters was authorised by the Council Decision 2009/293/CFSP of 26 February 2009, *ivi*, p. 47.

[32] The Exchange of letters between the European Union and the Republic of Seychelles on the Conditions and Modalities for the Transfer of Suspected Pirates and Armed Robbers from EU-

acceptance of third State's contributions to the Operation[33], for the appointment of the new Force Commander[34] and Operation Commander[35]. The Operation, scheduled for an initial period of twelve months, until December 13, 2009, was extended for another year by an EU Council decision in December 2009[36]. Many of these acts will be examined in more detail in the following paragraphs.

5. In the previous para. 3, several UNSC Resolutions containing specific requests/authorization to member States to cooperate in the fight against piracy off the Somali coast have already been quoted. As already highlighted, the wording used in these Resolutions has been extremely cautious as the Security Council has several times made it clear that they "shall not be considered as establishing customary law" and that they were adopted on the basis of a specific authorization by the Somali Transitional Government's (TFG)[37].

The legal basis in the international framework of Operation Atlanta can, therefore, easily be referred to a) the relevant rules in the UNCLOS; b) the authorization given by the Somali Government (with all the possible caveats considering the peculiar situation in Somalia[38]) and c) the content of the relevant UNSC Resolutions.

NAVFOR to the Republic of Seychelles and for their Treatment after such Transfer are reproduced in *OJEU* L 315, 2 December 2009, p. 37; the Agreement between the European Union and the Republic of Seychelles on the status of the European Union- led forces in the Republic of Seychelles in the framework of the EU military operation Atalanta is reproduced in *OJEU* L 323, 10 December 2009, p. 14. See more in the article: *EU to Extend Anti-Piracy Mission to Seychelles*, available at www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5hTf-3QPAz_Q54C8m32bg4z3BnlMw.

33 Political and Security Committee Decision Atalanta 2/2009 of 21 April 2009 on the acceptance of third State's contribution to the European Union military operation Atalanta (concerning the contribution of Norway), reproduced in *OJEU* L 109, 30 April 2009, p. 52. Council Decision 2009/597/CFSP of 27 July 2009 on the signing and provisional application of the Agreement between the European Union and the Republic of Croatia on the participation of the Republic of Croatia in the European Union military operation Atalanta, *OJEU* L 202, 4 August 2009, p. 83.

34 Political and Security Committee Decision Atalanta 8/209 of 4 December 2009 on the appointment of an EU Force Commander for the European Union military operation Atalanta (appointing Admiral Giovanni Gumiero as the new EU Force Commander), *OJEU* L 327, 12 December 2009, p. 40.

35 Political and Security Committee Decision Atalanta 4/209 of 27 May 2009 on the appointment of an EU Operation Commander for the European Union military operation Atalanta (appointing Rear Admiral Hudson as the new EU Operation Force Commander), *OJEU* L 132, 29 May 2009, p. 20.

36 Council Decision 2009/907/CFSP of 8 December 2009, *OJEU* L 322, 9 December 2009, p. 27.

37 As properly stressed by T. Treves, *op. cit.*, p. 408, the importance of the UNSC Resolution besides the authorization of the Somali government, lies in the fact that this will help to overcome any doubt about the precise width and delimitations of the Somali territorial waters. Somalia, as a matter of fact, claims its territorial waters extending up to 200 miles: see www.dtic.mil.

38 See more on this issue A. Tancredi, *op. cit.*, p. 944 ff.

It is not by chance, therefore, that in the various pieces of EU legislation, reference is made, continuously, to the UNCLOS, the various UNSC Resolutions as well as to the authorization given by the Somali Government. In the preamble of the EU Council Joint Action 2008/851/CFSP of 10 November 2008[39], in which the decision to conduct the Operation Atalanta was taken, not only the UNCLOS but also all relevant UNSC Resolutions quoted earlier are mentioned as a legal and political justification for the EU decision[40].

As far as the consent of the Somali Government is concerned it is worth mentioning that the EU deemed it opportune to go beyond the formal approval of Operation Atalanta by the Somali Government and decided to negotiate a specific Treaty which was then signed in Nairobi on December 31, 2008. This Agreement between the European Union and the Somali Republic on the status of the European Union-led naval force in the Somali Republic in the framework of the EU military operation Atalanta[41], after having taken into account "- [The] United Nations (UN) Security Council Resolutions 1814 (2008), 1816 (2008) and 1838 (2008) and successor Resolutions, – the letter dated 1 November 2008 from the Prime Minister of the Transitional Federal Government of the Republic of Somalia to the Secretary-General of the Council of the EU/High Representative of the Common Foreign and Security Policy of the EU in response to the EU's cooperation offer and the notification by the Transitional Federal Government of the Republic of Somalia of this offer to the UN Secretary-General dated 14 November 2008", regulates in a detailed manner the status of the EU-led forces and their personnel who are stationed on the land territory or operate in the territorial or internal waters of Somalia. In this framework it seems relevant to quote the content of Article 2 of the Agreement which regulates, *inter alia*, the right of the EU-led force to enter the Somali territory, internal waters and territorial waters: "4. EUNAVFOR personnel may drive motor vehicles, navigate vessels and operate aircraft within the Host State's territory provided they have valid national, international or military driving licences, ship master's certificates or pilot licences, as appropriate. 5. For the purpose of the operation, the Host State shall grant EUNAVFOR and EUNAVFOR personnel freedom of movement and freedom to travel within its territory, including its waters and airspace. Freedom of movement within the territorial sea of the Host State shall include stopping and anchoring under any circumstances. 6. For the purpose of the operation, EUNAVFOR may carry out within the Host State's waters and its airspace, any exercise or practice with weapons as well as the launching, landing or taking on board of any aircraft or military device".

---

39 See *supra*, note 26.

40 According to Article 1 of the Council Joint Action 2008/851/CFSP: "The European Union (EU) shall conduct a military operation in support of Resolutions 1814 (2008), 1816 (2008) and 1838 (2008) of the United Nations Security Council (UNSC), in a manner consistent with action permitted with respect to piracy under Article 100 *et seq.* of the United Nations Convention on the Law of the Sea signed in Montego Bay on 10 December 1982".

41 See *supra*, note 28.

Finally, as far as the legal basis of Operation Atalanta within the EU legal system is concerned, reference has to be made to Article 28, Article 38, third subparagraph and Article 41 para. 3 of the Treaty on the European Union (consolidated version). As now there is a significant practice related to different EU field operations based on these Articles and considering that this practice has not met, so far, any major legal problem, it is the firm opinion of the present author that the issue deserves no additional comment[42].

6. Restrained within the limits fixed by the UNSC Resolution and by the Agreement between the EU and the Somali Republic, the mandate of Operation Atalanta has been clearly spelled out in the Council Joint Action 2008/851/CFSP[43] and in the subsequent Council Decision 2009/907/CFSP of 8 December 2009. According to these documents the Mission is aimed at contributing to: "- the protection of vessels of the WFP delivering food aid to displaced persons in Somalia, in accordance with the mandate laid down in UNSC Resolution 1814 (2008); – the protection of vulnerable vessels cruising off the Somali coast, and the deterrence, prevention and repression of acts of piracy and armed robbery off the Somali coast, in accordance with the mandate laid down in UNSC Resolution 1816 (2008)[44]; – the monitoring of fishing activities off the coast of Somalia".

In order to achieve these goals the specific mandate assigned to the Operation has been defined in such a manner: "(a) provide protection to vessels chartered by the WFP, including by means of the presence on board those vessels of armed units of Atalanta, in particular when cruising in Somali territorial waters; (b) provide protection, based on a case-by-case evaluation of needs, to merchant vessels cruising in the areas where it is deployed; (c) keep watch over areas off the Somali coast, including Somalia's territorial waters, in which there are dangers to maritime activities, in particular to maritime traffic; (d) take the necessary measures, including the use of force, to deter, prevent and intervene in order to bring to an end acts of piracy and armed robbery which may be committed in the areas where it is present; (e) in view of prosecutions potentially being brought by the relevant States, arrest, detain and transfer persons who have committed, or are suspected of having committed, acts of piracy or armed robbery in the areas where it is present and seize the vessels of the pirates or armed robbers or the vessels caught following an act of piracy or an armed robbery and which are in the hands of the pirates, as well as the goods on board; (f) liaise with organisations and entities, as well as States, working in the region to combat acts of piracy and armed robbery off the Somali coast, in particular the 'Combined Task Force 150' maritime force which operates within the framework of 'Operation Enduring Freedom'; (g) once sufficient progress has been made ashore in the area of maritime capacity-building, including security measures for

[42] See more on these operation M. Merlingen, R. Ostrauskaitè (eds.), *European Security and Defence Policy, An Implementation Perspective*, New York, 2008.

[43] See *supra*, note 26.

[44] Article 1 of the Council Joint Action 2008/851/CFSP.

the exchange of information, assist Somali authorities by making available data relating to fishing activities compiled in the course of the operation".

The mandate assigned to the Operation includes several activities mainly aimed at preventing and repressing acts of piracy and armed robbery in the area assigned to the Operation[45]. When necessary, the Operation is authorized to use force to deter, prevent and intervene in order to bring to an end acts of piracy and armed robbery: in this case the phrasing used to define the mandate seems very broad and therefore a very cautious approach has to be used in its implementation. For example, should the Operation really need to use force it might be extremely important that both the Operation and the Force Commanders carefully interpret this EU mandate against the background of UNSC Resolution 1851 (2008) in which the SC authorized member States to: "undertake all necessary measures that are appropriate in Somalia, for the purpose of suppressing acts of piracy and armed robbery at sea, pursuant to the request of the TFG, *provided, however, that any measures undertaken pursuant to the authority of this paragraph shall be undertaken consistent with applicable international humanitarian and human rights law*"[46].

According to the letter e) of Article 2 of the Joint Action 2008/851/CSFP, the military personnel involved in the operation can arrest, detain and transfer persons who are suspected of having committed or who have committed acts of piracy or armed robbery in the areas where they are present. They can seize the vessels of the pirates or the vessels captured following an act of piracy or an armed robbery and which are in the hands of the pirates, as well as the goods on board. In order to implement this task and to make it more effective, the EU, as we will see in the following para. 8, has signed specific agreements with Kenya and with the Republic of Seychelles regulating the transfer of suspects to the competent authorities of these States giving them the right to prosecute.

Finally, the task to liaise with relevant organisations and States is being fulfilled through the active participation of the EU in the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia, created in New York on January 14, 2009[47]. Almost all relevant actors participate in this Contact Group[48].

---

45 According to para. 2 of Article 1 of the Council Joint Action 2008/851/CFSP: "The forces deployed to that end shall operate, up to 500 nautical miles off the Somali coast and neighbouring countries, in accordance with the political objective of an EU maritime operation, as defined in the crisis management concept approved by the Council on 5 August 2008". On the basis of a specific request made by the Seychelles, the area of operation has been extended, as mentioned in the previous para. 4, to the waters adjacent to this island.

46 Emphasis added.

47 The Policy Statement of the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia, is available at www.africom.mil.

48 More than 30 Nations participate in the Contact Group as well as six International Organizations: the African Union, the Arab League, the European Union, the International Maritime Organization, the North Atlantic Treaty Organization (NATO), and the United Nations Secretariat.

7. The institutional architecture and decision-making mechanism within the Operation reflect the experiences and lessons learnt in previous EU-led field operations. The political control and strategic direction of the EU military operation, under the responsibility of the Council of the European Union, is to be exercised by the Political and Security Committee (PSC) which is expected to report on a regular basis to the Council. As a matter of fact Article 6 of the Council Joint Action 2008/851/CFSP[49], authorized the PSC to take relevant decisions in accordance with Article 25 of the EU Treaty (now Article 38). This authorisation also includes: "the powers to amend the planning documents, including the Operation Plan, the Chain of Command and the Rules of Engagement. It shall also include the powers to take decisions on the appointment of the EU Operation Commander and/or EU Force Commander".

The Operational Headquarters (OHQ) of the Operation are located in Northwood (United Kingdom) from where the Commander of the Operation, plans and conducts the Operation. In the operational theatre the command of the European naval force is assigned to the Force commander Headquarters. The logistic base is situated at the military airport and at the port in Djibouti.

The European Union Military Committee (EUMC) monitors the correct execution of the Operation: in order to fulfil this mandate the EUMC receives reports from the EU Operation Commander at regular intervals and it may invite the EU Operation Commander and/or EU Force Commander to attend its meetings as appropriate[50].

Finally, in order to guarantee to the maximum possible extent the coherence of the EU response, Article 8 of the Joint Action requests that the Presidency, the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, the EU Operation Commander and the EU Force Commander closely coordinate their respective activities regarding the implementation of this Joint Action.

8. One of the major problems first encountered in the planning and then in the implementation of the Operation was related to the problem of how to deal with the captured pirates and their goods[51].

International law, as re-stated in the already mentioned Article 105 of the UNCLOS, clearly authorizes every State to seize a pirate ship, or a ship under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. It is then up to the courts of that State to decide upon the penalties to be imposed and also to determine the action to be taken with regard to the ship.

Notwithstanding this legal framework, it has been clear since the very beginning that, for several reasons, those States which expressed their interest and availability to cooperate in the fight against piracy off the Somali coasts, were not at all eager to deal with the captured pirates in the manner described in Article 105. As the "ideal" alternative option to hand them over to the local

[49] See *supra* note 26.

[50] Article 7 of the Joint Action 2008/851/CFSP.

[51] See more R. Middleton, *Piracy in Somalia. Threatening Global Trade, Feeding Local Wars*, London, 2009, p. 4 ff.

Somali authorities was not feasible due to the specific situation in Somalia, a clear preference was expressed to hand them over to a nearby State willing to accept the "accused" pirates and treat them according to law.

A first signal in this direction can be drawn from para. 11 of UNSC Resolution 1816 (2008), in which the Security Council "*Calls upon* all States, and in particular flag, port and coastal States, States of the nationality of victims and perpetrators or piracy and armed robbery, and other States with relevant jurisdiction under international law and national legislation, to cooperate in determining jurisdiction, and in the investigation and prosecution of persons responsible for acts of piracy and armed robbery off the coast of Somalia, consistent with applicable international law including international human rights law, and to render assistance by, among other actions, providing disposition and logistics assistance with respect to persons under their jurisdiction and control, such victims and witnesses and persons detained as a result of operations conducted under this resolution".

Interesting enough, the Security Council requested that this reinforced cooperation has in any case to be made consistent with applicable international law including human rights law: this is an extremely relevant aspect which will be continuously highlighted by the UN.

The appeal and invitation made by the Security Council to member States in order to increase their cooperation in the issue was made much more specific in the UNSC Resolution 1851 (2008) in which the Security Council: "3. *Invites* all States and regional organizations fighting piracy off the coast of Somalia to conclude special agreements or arrangements with countries willing to take custody of pirates in order to embark law enforcement officials ('shipriders') from the latter countries, in particular countries in the region, to facilitate the investigation and prosecution of persons detained as a result of operations conducted under this resolution for acts of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia, provided that the advance consent of the TFG is obtained for the exercise of third state jurisdiction by shipriders in Somali territorial waters and that such agreements or arrangements do not prejudice the effective implementation of the SUA Convention".

In this Resolution the Security Council recommends the signing of special agreements between States patrolling and monitoring the coasts of Somalia and Countries, particularly those in the region, willing to take custody of pirates. In this case the Security Council decided to be more precise in dealing with the issue: first of all the Security Council indicates that these agreements should allow the embarkment of law enforcement officials ("shipriders"[52]) from the Countries wishing to take custody of the pirates in order to facilitate the subsequent investigation and prosecution. Furthermore the Security Council formally

[52] "Shipriders" have been used in the past, especially by the US, in bilateral treaties dealing with the fight against narco-traffic and protection of fisheries and were aimed at boarding officials of the State in whose territorial waters the naval activities were taking place. See more in L. Davis Mattis, *International Drug Trafficking and the Law of the Sea*, in *Ocean Yearbook*, 2000, p. 390 ff.

requests that this third State jurisdiction, in order to be implemented, deserves the advance consent of the Somali TFG (for its territorial waters) and in any case cannot be exercised in such a manner to prejudice the effective implementation of the SUA Convention. In addition to this, in para. 7 of the same Resolution it is stressed that any measures undertaken shall be consistent with applicable international human rights law.

Against this framework it is now interesting to examine what has been done the EU. First of all, in the Council Joint Action 2008/851/CFSP, it was already stated, in Article 12 (Transfer of persons arrested and detained with a view to their prosecution), that: "1. On the basis of Somalia's acceptance of the exercise of jurisdiction by Member States or by third States, on the one hand, and Article 105 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, on the other hand, persons having committed, or suspected of having committed, acts of piracy or armed robbery in Somali territorial waters or on the high seas, who are arrested and detained, with a view to their prosecution, and property used to carry out such acts, shall be transferred: – to the competent authorities of the flag Member State or of the third State participating in the operation, of the vessel which took them captive, or – if this State cannot, or does not wish to, exercise its jurisdiction, to a Member States or any third State which wishes to exercise its jurisdiction over the aforementioned persons and property".

Whichever of the two mentioned options is sought, para. 2 of the same Article requests that, in any case: "2. No persons referred to in paragraphs 1 and 2 may be transferred to a third State unless the conditions for the transfer have been agreed with that third State in a manner consistent with relevant international law, notably international law on human rights, in order to guarantee in particular that no one shall be subjected to the death penalty, to torture or to any cruel, inhuman or degrading treatment".

In order to make these provisions fully operational, the EU decided to start negotiations with bordering States interested in cooperating with Operation Atalanta, and specifically interested in accepting persons detained by the EU Operation in connection with its anti-piracy activities off the Somali coasts. These negotiations allowed the conclusion, on March 6, 2009, of an Exchange of letters between the European Union and the Government of Kenya on the conditions and modalities for the transfer of persons suspected of having committed acts of piracy and detained by the European Union-led naval force (EUNAVFOR), and for the transfer of seized property in the possession of EUNAVFOR, from EUNAVFOR to Kenya and for their treatment after such transfer[53]. Similar agreements have been signed by the EU with the Republic of Seychelles at the end of 2009 and by other States with Kenya and with Puntland[54].

[53] See *supra*, note 10.

[54] For the EU-Republic of Seychelles agreement see the Council Decision 2009/916/CFSP of 23 October 2009 concerning the signing and conclusion of the Agreement between the European Union and the Republic of Seychelles on the *status* of the European Union-led force in the Repub-

As far as the EU-Kenya agreement is concerned, the main obligations of the two respective parties are the following: "(a) Kenya will accept, upon the request of EUNAVFOR, the transfer of persons detained by EUNAVFOR in connection with piracy and associated seized property by EUNAVFOR and will submit such persons and property to its competent authorities for the purpose of investigation and prosecution. (b) EUNAVFOR will, when acting under this Exchange of letters, transfer persons or property only to competent Kenyan law enforcement authorities".

In order to support the efficient and smooth investigation and prosecution activities by the competent Kenyan authorities, EUNAVFOR will hand over detention records; process any evidence in accordance with the requirements of the competent Kenyan authorities; endeavour to produce statements of witness or affidavits by EUNAVFOR personnel involved in any incident in relation to which persons have been transferred; hand over all relevant seized property in the possession of EUNAVFOR.

In the Exchange of letters, in fulfilment of the specific request by the UNSC, high relevance and importance is attributed to the question of ensuring full respect of human rights: the signatories confirm, in Article 2(c), that they will treat persons transferred, both prior to and following transfer, humanely and in accordance with international human rights obligations, including the prohibition against torture and cruel, inhumane and degrading treatment or punishment, the prohibition of arbitrary detention and in accordance with the requirement to have a fair trial. Specific rules are devoted to the treatment, prosecution and trial of transferred persons.

Article 3 of the Exchange of letters lists in a very detailed and exhaustive manner all the rights of the transferred person[55]: the rights mentioned in this

lic of Seychelles in the framework of the EU military operation Atalanta, *OJEU* L 323, 20 December 2009. On the agreements concluded by other States see. R. Middleton, *Pirates and How to Deal With Them*, London, 2009, p. 6. The USA concluded a similar Agreement with Kenya in January 2009: see more in the Report of the Congressional Research Service, *Piracy off the Horn of Africa*, cit.

[55] "(a) Any transferred person will be treated humanely and will not be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, will receive adequate accommodation and nourishment, access to medical treatment and will be able to carry out religious observance.
(b) Any transferred person will be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power, who will decide without delay on the lawfulness of his detention and will order his release if the detention is not lawful.
(c) Any transferred person will be entitled to trial within a reasonable time or to release.
(d) In the determination of any criminal charge against him, any transferred person will be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.
(e) Any transferred person charged with a criminal offence will be presumed innocent until proved guilty according to law.
(f) In the determination of any criminal charge against him, every transferred person will be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:
(1) to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;

Article 3 correspond, *de facto*, to those mentioned in Articles 5 and 6 of the European Convention on Human Rights. The issue of the death penalty is also addressed: Article 4 states that no transferred person will be liable to suffer the death sentence and that Kenya will, in accordance with the applicable laws, take steps to ensure that any death sentence is commuted to a sentence of imprisonment.

In order to further monitor the effective compliance by Kenya of the above mentioned human rights obligations a detailed system of records and notifications has been introduced. According to Article 5, any transfer will be the subject of an appropriate document signed by a representative of EUNAVFOR and a representative of the competent Kenyan law enforcement authorities. EUNAVFOR will provide detention records to Kenya with regard to any transferred person. These records will include, as much as possible, the physical condition of the transferred person while in detention, the time of transfer to Kenyan authorities, the reason for his detention, the time and place of the commencement of his detention, and any decisions taken with regard to his detention. On the other hand, Kenya will be responsible for keeping an accurate account of all transferred persons, including, but not limited to, keeping records of any seized property, the person's physical condition, the location of their places of detention, any charges against him and any significant decisions taken in the course of his prosecution and trial. These records will be available to representatives of the EU and EUNAVFOR upon request in writing to the Kenyan Ministry of Foreign Affairs.

Furthermore it is formally foreseen that Representatives of the EU and EUNAVFOR, as well as national and international humanitarian agencies, will have access to persons transferred under the Exchange of letters as long as such persons are in custody and will be entitled to question them. To make this monitoring system work properly Kenya must notify EUNAVFOR of the place of detention of any person transferred under this Exchange of letters, any dete-

(2) to have adequate time and facilities for the prepara..tion of his defence and to communicate with counsel of his own choice;
(3) to be tried without undue delay;
(4) to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choice; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;
(5) to examine, or have examined, all evidence against him, including affidavits of witnesses who conducted the arrest, and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
(6) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court;
(7) not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.
(g) Any transferred person convicted of a crime will be permitted to have the right to his conviction and sentence reviewed by or appealed to a higher tribunal in accordance with the law of Kenya".

rioration of his physical condition and of any allegations of alleged improper treatment. Kenya is committed as well not to move any transferred person to any other State for the purposes of investigation or prosecution without prior written consent from EUNAVFOR. Finally, Article 7 of the agreement contains an important safeguard clause according to which nothing in the Exchange of letters is intended to derogate, or may be construed as derogating, from any rights that a transferred person may have under applicable domestic or international law. This rule is aimed at further reinforcing and protecting the rights of those who have been transferred.

The detailed and scrupulous attention devoted in the Exchange of letters to guaranteeing that human rights are fully respected in the implementation of the cooperation is perfectly coherent with the commitment expressed in the European Security Strategy and in the 2008 Report on the Implementation of the European Security Strategy Providing Security in a Changing World, already quoted in the previous para. 1, in which the EU leaders clearly highlighted the importance of mainstreaming human rights issues in all activities, including ESDP/CSDP missions.

This emphasis on the importance of respecting human rights in the implementation of the mandate of the Operation is not only (a positive) expression of a political will expressed by the EU authorities, but does correspond as well to a precise international obligation. According to its General Comment 31[56], the Human Rights Committee (HRC) requests a State party to the ICCPR to "(...) respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party".

The HRC highlights that the principle also applies to those "within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation".

Although international jurisprudence, especially at the regional level[57] did not always use the same approach to the issue which is quite controversial in

[56] HRC General Comment n. 31, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev,1/Add. 13, 26 May 2004.

[57] The jurisprudence of the European Court of Human Rights reflects this uncertain and evolving approach: while in the well known 2001 *Bankovic* Case (*Bankovic and Orthers* v. *Certain NATO Member States, Grand Chamber Decision as to the Admissibility of Application n. 52207/99*, 12 December 2001) the ECHR rejected an extensive interpretation of the extraterritorial applicability of the 1950 Rome Convention highlighting its Multilateral-Treaty nature operating in an essentially regional context, the ECHR in a more recent case (*Issa and Others* v. *Turkey*, Application no. 31821/96, Judgement, 6 November 2004), affirmed that "(...) a State might also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State. Accountability in such situations stemmed from the fact that Article 1 of the Convention could not be interpreted so as to

doctrine as well[58], it has to be pointed out that the conclusions of the HRC did receive strong support by the International Court of Justice in the 2004 Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory*[59]. In its Opinion the Court, making reference to the "constant practice of the HRC" observed first of all that: "(...) While the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights [ICCR], it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions"[60].

Therefore the Court reached the conclusion that: "(...) the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory"[61]. The conclusions of the ICJ, albeit apparently more restrictive than those of the HRC (the Court limits the applicability of the ICCPR only to the acts performed by a State "in the exercise of its jurisdiction"), help to reinforce the argument that States have a clear cut obligation to respect and enforce the human rights of anyone within the power or effective control of the forces of the State acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained and being irrelevant, in such circumstances, the territorial control[62].

This confirms the importance of the special attention devoted by the EU to the protection and enforcement of human rights in the overall implementation of Operation Atalanta.

Having ascertained the compatibility, from a theoretical point of view, of the EU-Kenya Exchange of letters with existing international human rights obligations, a final consideration has to be devoted to the issue of the compatibility of the Exchange of letters and the obligations stemming from the international law of the seas. It is opinion of the present author that, although the phrasing of Article 105 of the UNCLOS is ambiguous as it simply authorizes the Courts of the capturing State to decide upon the penalties to be imposed on the pirates and determine the action

allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory".

58 See more on that J. Cerone, *The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers: The Inter-American Commission on Human Rights and US Activities in Iraq*, in *ASIL Insights*, October 2005 and M. Gondek, *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?*, in *NILR*, 2005, pp. 349-387.

59 ICJ Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 July 2004.

60 *Ibidem*, para. 109.

61 *Ibidem*, para. 111.

62 It has to be mentioned that the ICJ in its Opinion made a clear distinction with regard to this between the ICCPR and the ICESCR (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights): in order to make the latter applicable beyond national borders the ICJ requests that the State exercises territorial jurisdiction, i.e. an effective territorial control. See more on this J. Cerone, *op. cit.*

to be taken with regard to the ships or property, a narrow interpretation[63] of this Article could lead to the conclusion that there is a discrepancy between Article 105 and the EU practice off the Somali coast which instead allows the transfer to a third State of persons suspected of having committed acts of piracy and detained by the European Union-led naval operation. In order to overcome these potential difficulties it seems relevant to make reference to a) the UNSC Resolutions – and specifically UNSC Resolution 1851 (2008) – authorizing this behaviour, although in a manner different from what occurs in reality as the Security Council suggested the presence on board of law enforcement officials ("shipriders") from the third country[64]; b) the consent given by the Somali TFG and by the Kenyan authorities; c) the special attention devoted to the EU-Kenya agreement in order to grant the respect of human rights of the accused persons and d) the content of Article 100 of the UNCLOS which explicitly requests all States to cooperate to the fullest possible extent in the repression of piracy on the high seas or in any other place outside the jurisdiction of any State. On the basis of these four elements, and considering that so far no State has expressed criticism with regard to this, nor has the Kenyan Court requested to examine the piracy cases, the issue of the compatibility between the UNCLOS rules and the practice off the Somali coast can be considered overcome no matter what interpretation of Article 105 is preferred.

9. According to EU sources more than twenty vessels and aircraft and about 1.800 military personnel take part in EU NAVFOR. The joint funding of the operation amounts to EUR 8,3 millions for the first year. The European naval force operates in a zone comprising the south of the Red Sea, the Gulf of Aden and part of the Indian Ocean, including the Seychelles.

One of the immediate consequences of the EU decision to coordinate the activities of member States and then to be directly involved in the fight against piracy off the Somali coast was the creation of the Maritime Security Centre – Horn of Africa (MSCHOA) which aims at providing a service to mariners in the Gulf of Aden, the Somali Basin and off the Horn of Africa[65]. To do this effec-

[63] The proper interpretation of Article 105 is quite controversial due to the content of the Report of the International Law Commission, Commentary of Article 43 (which has later become Article 105 of the 1982 UNCLOS), at p. 283, in which it is stated that: "This article gives any State the right to seize pirate ships (and ships seized by pirates) and to have them adjudicated upon by its courts. This right cannot be exercised at a place under the jurisdiction of another State". See more on this issue the legal debate available on opiniojuris.org/2009/02/17. A different opinion has been expressed with regard to this by T. Treves, *op. cit.*, p. 402: "The rule in Article 105 does not (…) establish the exclusive jurisdiction of the seizing state's courts. Courts of other states are not precluded from exercising jurisdiction under condition which they establish".

[64] With regard to this, it is the opinion of the present author that the mere fact that the transfer of suspect pirates has been accepted by Kenya without the pre-condition of having on board of the ships of the EU Operation a Kenyan officer, overcomes the problem of the legality of this practice which contradicts the request contained in the UNSC Resolution 1851/2008.

[65] More information about the activities of the MSCHOA are available on its website www.mschoa.eu.

tively, MSCHOA needs to be aware about merchant vessels approaching, transiting or operating in the region. Each merchant vessel wishing to transit through the Gulf of Aden or off the coast of Somalia is advised to register in advance on the website of the MSCHOA.

The first pirate engagement of Operation Atalanta occurred on December 24, 2008, when a German frigate FDS KARLSRUHE, assisted a 65,000 tonnes Egyptian bulk carrier in fighting off a pirate attack in the Gulf of Aden[66]. As of June 2009, the number of pirates captured by the EU taskforce patrolling the Gulf of Aden and the Somali Basin Operation Atalanta and transferred to the Kenyan authorities under the EU-Kenya agreement of 6 March 2009 amounted to about 70 according to official EU sources[67] and to more than 100 according to other sources[68]. In the period between June 2009 and March 2010 more than 60 pirates have been captured and several of them have been handed over to the competent authorities of the Republic of Seychelles for prosecution.

Besides activities aimed at preventing piracy attacks and capturing the pirates, Operation Atalanta has been active as well in escorting ships, especially those of WFP[69], in cooperating in the release operation of previously captured ships[70], in providing support to shipwrecked sailors. The issue of extending the mandate of the Operation to include the monitoring of fishing activities off the coast of Somalia. has been repeatedly discussed within the EU but only in Council Decision 2009/907/CFSP of 8 December 2009 it has been formally decided to expand the mandate in that direction[71].

10. Operation Atalanta has represented a major challenge for the EU as it has been the first purely naval mission carried out within ESDP/CSDP: the activities carried out so far by the European "armada", in cooperation with other actors present off the Somali coast, did contribute in a significant manner in reducing the risk of piracy attacks[72] and making international navigation safer in a sea

---

66 See more at www.consilium.europa.eu.

67 See the press statement of 16 May 2009 "EU NAVFOR – *Atalanta Frigate Hands over 13 Suspected Pirates to the Kenya Authorities*", available at www.consilium.europa.eu.

68 See more in N. Gros-Verheyde, EUNAVFOR *Atalanta Anti-Piracy Operation. Taking Stock six Months on, Europolitics*, 3761of May 28, 2009, available at ddata.over-blog.com.

69 From December 2008 to January 2010 Operation Atalanta provided 75 Escorts for World Food Programme, transporting approximately 300.500 tons to be handed over to Somalia for feeding daily about 1.600.000 Somalis.

70 On 6 August 2008, German frigate Brandenburg accompanied container vessel Hansa Stavanger (which had been detained by pirates for 4 months) to Mombasa port. Shortly after the pirates had left, German EU NAVFOR crew members of the Rheinland Pfalz frigate were embarked on the Hansa Stavanger by helicopter to assess the situation, provide medical aid, logistical assistance and protection.

71 See *supra*, note 36.

72 According to the June 2009 Monthly Report on Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships issued by IMO during that month 8 Piracy Acts were committed and 9 were attempted against ships in the high seas. Of the piracy act perpetrated 5 were committed in the South China Sea, 1 in West Africa and 2 in West Africa: MSC.4 Circ 138, July 2009, available at www.imo.org.

area which is essential for international trade. In his recent Report on the situation in Somalia[73], the UN Secretary-General confirmed that "the expanding maritime presence is playing a critical role in stabilizing the situation at sea. Moreover, it is very likely that the number of successful attacks would again increase if military assets were tobe reduced"[74], although he noticed, as well that, unfortunately "(...) pirates have become more sophisticated in their methods and techniques of attacking"[75].

One of the major challenges facing the leadership of Operation Atalanta as well as those of other task forces presently operating in the area with similar mandates[76] is the issue of improving coordination and labour division in order to make the fight against piracy more effective. Although a few preliminary steps have been undertaken, such as joint meetings[77] and exchanges of information[78], it seems that much more could be done with regard to this especially considering that the area off the Somali coasts has become quite busy with warships operating in different settings[79]. The proposal launched once by the European Union to request the UN Department of Peacekeeping operations to play a greater role[80] should be revamped notwithstanding the rather cautious approach on this issue by the UN Secretary-General[81].

According to the ICC IMB Report in the same period there were 30 actual piracy attacks and about 114 attempted attacks off the Somali coasts and in the Gulf of Aden: ICC International Maritime Bureau, Piracy and Robbery Against Ships, Report for the period 1 January-30 June 2009, London, July 2009.

73 Report of the Secretary-General on the situation in Somalia, S/2009/590 of November 13, 2009.

74 *Ibidem*, para. 83.

75 *Ibidem*, para. 83.

76 In the relevant area there are three main task forces operating (NATO, CTF 151, and Operation Atalanta) and several individual States (China, India and Russia for example), all of which are carrying out a similar mandate. See more at the *previous* footnote 5 and, as well, the *Recommendation of the European Security and Defence Assembly n. 840 of 4 June 2009 on the role of the European Union in combating piracy* and the *Explanatory Memorandum* submitted by Kurt Bodewig (Germany, Socialist Group), Aristotelis Pavlidis (Greece, Federated Group) and Tarmo Kõuts (Estonia, Federated Group), Rapporteurs: both documents are available at www.assembleeueo.org.

77 Leaders from three of the major task forces operating in the Gulf of Aden met aboard the Spanish warship Numancia (F-83) at sea on 19 July 2009. The meeting allowed for the development of new strategies and future plans to more effectively and efficiently track down suspected pirates and to protect sea lines of communication. See more at www.navy.mil.

78 All counter piracy efforts are closely coordinated with the EU Maritime Security Centre-Horn of Africa (MSCHOA). MSCHOA also has the lead role in the coordination of the group transits through the Gulf of Aden.

79 See *supra*, notes 5 and 6.

80 The proposal of the EU is quoted in the Report of the UN Secretary-General on the situation in Somalia of 17 November 2008 (UN Doc. S/2008/709).

81 In his Report pursuant to Security Council Resolution 1847 (2008), quoted at note 1, the SG expressed his view according to which: "Given the sensitive military nature of the activities being undertaken and the complexity of the current coordinated operations (…) I note that these arran-

In the design of the Operation, special attention has been devoted, in line with the appeals and requests of the Security Council, to making sure that human rights are always respected. This commitment, in full compliance with the basic values and principles inspiring the European Security Strategy, is clearly codified in the Exchange of letters between the EU and Kenya and between the EU and Republic of Seychelles regulating the transfer of suspect pirates. Against this background of rules and legal instruments aimed at protecting human rights it seems extremely important that the EU really uses its monitoring powers on a regular and systematic basis in order to check whether Kenya or Republic of Seychelles are respecting their human rights commitments. Considering the relevant number of suspected pirates transferred to these two countries so far by the EU-led operation and the significant problems encountered by these States in dealing properly and timely with these transferred persons[82], it would perhaps be important for the EU – as well as other human rights organizations allowed to do so according to the agreement – to report regularly on the monitoring activities carried out and on its results. This would contribute in making the entire exercise more transparent, increase the accountability of the Operation and also prove that in difficult situations, such as those off the Somali coasts, in which pirates are not respecting any rule at all, it is possible to respect basic values, such as the protection of human rights, which is the foundation of the CSDP. This could also be an important lesson which could be extended to other areas of interest, such as the fight against terrorism, in which States and International Organizations have been involved in the recent past and where the issue of the compatibility with Human Rights international standards of several measures adopted and actions undertaken has been questioned repeatedly.

EU could also consider launching specific training programmes, targeting Kenyan as well as Republic of Seychelles officers involved in handling the pirates and in dealing with the respective legal cases: this would contribute even more in increasing the credibility of the efforts of the European Union to seriously address the issue of the protection of the human rights of those suspected of acts of piracy and transferred to the Kenyan or Republic of Seychelles authorities.

---

gements go beyond the operational capacity and resources of the United Nations Secretariat" (para. 63).

[82] According to *Jane's Intelligence Review*, 3 July 2009, *On dry land – The onshore drivers of piracy*: "(…) Kenya has a capacity problem, namely where to jail detainees, and is beset with a judicial system that is highly inefficient. As of June 2009, of the 111 pirates sent to the country, only 10 had been convicted and sent to jail. Compounding the situation is the requirement under Kenyan law that all criminals must be presented before a judge within 24 hours. This stipulation could conceivably pose enormous logistical difficulties, not least because pirates may be seized far from the country's territorial space". On the specific legal problems related to the treatment of pirates under Kenyan Law see J. Thuo Gathii, *Jurisdiction to Prosecute Non-National Pirates Captured by Third States Under Kenyan and International Law*, available at: ssrn.com/abstract=1360981 (2009), p. 5 ff.

Finally, the moment has most probably arrived to consider alternative international or regional solutions to prosecute pirates in order not to rely only on the two States (Kenya and Republic of Seychelles). In the fifth meeting of the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia which took place in New York on January 29, 2010, it has been stated at this regard that: "the most feasible model would be a specialized or dedicated piracy chamber – with or without international elements – established within the existing domestic criminal justice system of one or more States and located in one or more States willing and able to undertake prosecution, including Somalia when this becomes possible"[83]. This preliminary proposal, which has the full support of the UN Security Council[84], needs urgently to be further explored due to its immediate implications on the effectiveness of the fight against piracy.

What emerges clearly so far is, in any case, that the piracy problem off the Somali coasts cannot be solved only through the military operation: in his Report to the Security Council of 16 March 2009[85], the UN Secretary-General stated that in the long term, the issue of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia "will be resolved only through an integrated approach that addresses the conflict, lack of governance and absence of sustainable livelihoods on land in Somalia"[86].

A few months later, during the 29 May 2009 meeting of the Contact Group on Piracy Off the Coast of Somalia in New York, there was a general agreement that in the long term the issue of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia can be resolved only through an integrated approach that addresses the conflict, the lack of governance and the absence of sustainable livelihoods on land in Somalia.

In this framework, Operation EU NAVFOR is only one of the components of the global action conducted by the EU in the Horn of Africa in order to deal with the Somali crisis, which has political, security and humanitarian aspects. The EU generously supports the African Union's military mission to Somalia (AMISOM) as well as the Djibouti process for peace and reconciliation in Somalia, facilitated by the UN. Moreover the EU is very much involved in the reconstruction process in Somalia: the Joint Strategy Paper for Somalia for 2008-2013 provides an allocation of EUR 215,8 million under the EC's 10th European Development Fund (EDF). It covers three main sectors of cooperation: governance, education and rural development[87]. This holistic approach to the Somali problem, which has turned out to be the only way to address a terribly

---

83 The Final Report of the meeting of the CGPS is available at www.state.gov.

84 UN Security Council Resolution 1897(2009).

85 Report of the Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1847 (2008), quoted at note 1.

86 *Ibidem*, para. 59.

87 For a comprehensive illustration of the EU engagement in Somalia, please refer to the publication of the European Commission "*Assistance to Somalia: fact and figures*", available at ec.europa.eu.

complicated situation, has been highlighted recently in the EU Council conclusions on Somalia, adopted in the meeting of 27 July 2009[88], in which the Council stressed "(...) the importance of a comprehensive approach to the situation in Somalia, linking security with development, rule of law and respect for human rights, gender related aspects and international humanitarian law. It stresses that long term assistance from international partners cannot be effective without a stabilization of the security situation".

The recent EU decision to train Somali security forces to tackle the pirates operating along the Country's coast and to study how to pay the salaries of the new security force, and how to cooperate with the African Union peacekeeping mission already in Somalia, represents an additional step in the right direction and corresponds to the requests of the United Nations aimed at reinforcing the local and regional capacity to deal effectively with the problem. This is the only viable solution in the mid-term. Considering the increasing costs of maintaining of the European "armada" off the Somali coasts, this appears to be, as well, the only possible exit-strategy for Operation Atalanta.

Abstract

Fighting Piracy and Armed Robbery in the XXI Century: Some Legal Issues Surrounding the EU Military Operation Atalanta

The paper aims at analysing some legal issues related to the EU Military Operation Atalanta, which has been conceived as a reaction to the extraordinary challenges posed by the recent upsurge in piracy activities off the Somali coasts. After a thorough review of the legal sources, both within and outside the EU legal system, regulating various aspects of the Operation, the paper then concentrates on the content of the international agreement signed by the EU with Kenya which regulates, *inter alia*, the conditions for the transfer of suspected pirates and seized property from the EU-led Naval Force to Kenya. The compatibility of these provisions will be examined against the background of existing international, and in particular Human Rights, obligations which are incumbent on the EU and its members States. Operation Atlanta takes its place within a brand new trend of ESDP operations: it is therefore of utmost importance to conduct it in full compliance with the basic values and principles inspiring the European Foreign and Security Policy as well as the European Security Strategy.

[88] The 27 July 2009 EU Council conclusions on Somalia are available at www.consilium.europa.eu.

Francesco Munari

Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell'Unione europea e rapporti bilaterali dell'Italia*

Sommario: 1. Impostazione dell'indagine: il riparto delle competenze tra Stati membri e Unione europea in tema di flussi migratori nella nuova prospettiva determinata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. – 2. La disciplina di rango primario oggi vigente: norme del TFUE e trattati internazionali… – 3. *Segue*: e i condizionamenti sull'azione esterna degli Stati membri già risultanti dalle norme di diritto derivato adottate dall'Unione europea e dai principi in tema di diritti fondamentali dei migranti in situazioni particolari. – 4. Gli ulteriori atti di *soft law* provenienti dalla sfera dell'Unione e il loro impatto sulle competenze degli Stati membri. – 5. Le competenze in tema di flussi residuanti in capo agli Stati membri: la disciplina positiva riguardante le condizioni di immigrazione legale nel territorio dello Stato e la sua origine consuetudinaria. – 6. *Segue*: i limiti posti al diritto degli Stati membri di gestire i flussi migratori in provenienza da altri Stati dalla loro appartenenza all'Unione europea. – 7. I differenti criteri di accesso dei migranti negli Stati membri e i loro effetti sulla circolazione degli stranieri. – 8. Gli accordi bilaterali tra Stati membri e Paesi terzi: dalla mera gestione dei flussi ad una collaborazione a più ampio spettro. I trattati bilaterali tra Italia e Paesi del Maghreb e il contributo dell'Unione europea alla loro attuazione. – 9. Pragmatismi e convergenze tra iniziative europee ed esercizio di competenze statali nella gestione dei flussi. – 10. Osservazioni conclusive: il nuovo art. 80 TFUE e i possibili scenari che esso individua per realizzare forme obbligatorie di collaborazione a livello europeo nella gestione dei flussi.

1. Punto di partenza dell'indagine oggetto del presente contributo sono le norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – e cioè, quello che fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era noto come Trattato CE – e dal sistema delle competenze tra Unione e Stati membri, inclusa ovviamente l'Italia.

Al riguardo, vengono quindi in rilievo le norme di cui agli articoli da 77 a 80 TFUE. Sotto questo profilo, giova premettere che, sulle disposizioni in precedenza previste dai rilevanti articoli del "vecchio" titolo IV TCE, e sulle loro implicazioni negli ordinamenti degli Stati membri, la dottrina è numerosa, chiara, e soprattutto largamente condivisibile, e costituisce altresì un evidente

* Il presente lavoro sviluppa e precisa, coi dovuti aggiornamenti, i contenuti della relazione presentata al XIV Convegno SIDI, dal titolo *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Bari, 18-19 giugno 2009.

quanto imprescindibile punto di partenza per ogni ragionamento riguardante il regime come modificato dal Trattato di Lisbona[1]. Per contro, mi pare più utile affrontare gli argomenti oggetto del lavoro proprio alla luce della disciplina sull'immigrazione appena entrata in vigore, in particolare di quella relativa al controllo dei flussi; tanto più perché essa viene meglio sistematizzata nel nuovo capo 2 del titolo V TFUE, il quale sembra offrire una disciplina assai più organica, chiara e compiuta rispetto a quella precedente.

Ciò posto, il Trattato di Lisbona non ha determinato una rottura con la disciplina del pregresso titolo IV TCE e quindi, e innanzitutto, le norme di diritto derivato già adottate dalla Comunità in attuazione delle disposizioni di tale titolo IV, che sono tante, non saranno influenzate dal nuovo regime dei Trattati: anzi, l'attuale programma pluriennale per lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014, adottato nel secondo semestre del 2009 e denominato "Programma di Stoccolma"[2], si pone come obiettivo quello della continuità col precedente Programma dell'Aja (2004-2009)[3] e come una naturale evoluzione del medesimo, sia pur con un accento sul rafforzamento dell'efficacia dei controlli alle frontiere europee, secondo le indicazioni del "Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo" adottato dal Consiglio europeo nell'ottobre 2008[4].

In questo contesto, muoverò la mia indagine da due distinti angoli visuali: quello delle norme primarie e cioè, come detto, il TFUE, e quello delle disposizioni già adottate a livello allora comunitario, inclusi atti atipici e accordi o programmi con Paesi terzi. Il tutto nell'ottica di misurare gli spazi effettivamente residuanti agli Stati membri nella materia, rispetto non solo alla natura concorrente delle competenze al riguardo previste, e confermate espressamente dall'art. 4, par. 2, lett. j) TFUE, ma anche alla previsione contenuta nell'art. 79, par. 5 TFUE, a norma del quale, com'è noto, "[i]l presente articolo [che tratta appunto dei flussi, n.d.r.] non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo", di cui tratteremo più diffusamente in appresso.

Quindi, cercherò sempre brevemente di verificare un altro importante aspetto della concorrenza di competenze e cioè quello volto a comprendere se, oltre ai

---

1 V., tra gli altri, e per riferimenti, L. Aleni, *La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e rispetto dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 2006, p. 585 ss.; G. Cellamare, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea*, Torino, 2006; G. Bellagamba, G. Cariti, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, Milano, 2008, II ed.; B. Nascimbene, *L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica della UE alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aja*, in *DUE*, 2008, p. 433 ss. Cfr. peraltro anche gli autori indicati in nota 211.

2 Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, doc. n. 17024/09 (register.consilium.europa.eu, reperibile *on line*)

3 Il Programma dell'Aja: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia, COM(2005)184 def., del 10 maggio 2005, *GUUE* C 236, 24 settembre 2005.

4 V. la comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini, COM(2009)262 def., del 10 giugno 2009.

limiti all'azione degli Stati membri, il quadro normativo del TFUE attribuisca loro dei diritti di pretendere alcunché dall'Unione e dagli altri Stati membri nell'attuazione delle politiche e delle azioni in materia di gestione del flussi migratori.

Viceversa, per evidenti ragioni di spazio, esula dall'oggetto di questo contributo un'analisi sul merito delle misure e delle norme adottate sia a livello di Unione, che di Stati membri, in particolare l'Italia e i suoi diversi "pacchetti sicurezza"[5], così come anche la trattazione del contrasto all'immigrazione illegale, del quale si dirà solo per brevissimi cenni e con riguardo in particolare ad alcuni trattati bilaterali stipulati dal nostro Paese[6].

2. Sotto il primo dei profili considerati, spetta all'Unione lo sviluppo di una politica atta, tra l'altro, a "garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne" (art. 77, par. 1, lett. b) TFUE), nonché a "instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne" (art. 77, par. 1, lett. c) TFUE).

In aggiunta, rientra sempre nell'azione dell'Unione la serie di misure funzionali allo sviluppo di una politica "intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani" (art 79, par. 1 TFUE). E ai fini di cui sopra, com'è noto, l'Unione è competente ad adottare, tra le altre, misure in tema di condizioni di ingresso e soggiorno, di visti e titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare (art. 79, par. 2, lett. a) TFUE); di definizione dei diritti dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri (art. 79, par. 2, lett. b) TFUE); nonché di immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi allontanamento e rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare (art. 79, par. 2, lett. c) TFUE).

---

5 Si tratta, in particolare, della disciplina contenuta nella l. 15 luglio 2009, n. 94, *GURI* 170, 24 luglio 2009; l. 30 giugno 2009, n. 85, *ivi* 160, 13 luglio 2009, Suppl. ord. 108; d.lgs. 3 ottobre 2008, n. 160 e d.lgs. 3 ottobre 2008, n. 159, entrambi *ivi* 247, 21 ottobre 2008; d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con l. 24 luglio 2008, n. 125, *ivi* 173, 25 luglio 2008. In tema, v. peraltro F. Antezza, *"Stranieri": ingresso nell'Unione Europea e successione di leggi*, in *Guida al diritto*, giugno 2007, p. 44 ss.; C. Antoniello, *Le politiche sull'immigrazione e l'asilo nell'Unione Europea: recenti sviluppi* (in federalismi.it, 21/2008, reperibile *on line*); A. Adinolfi, *"Pacchetto sicurezza" e violazioni... (sicure) di obblighi comunitari*, in *RDI*, 2008, p. 1088 ss.; M. Gozzi, *Circolazione e soggiorno nell'Unione Europea (D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 e successive modificazioni): la tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 175 ss.; A. Lang, *Le modifiche al decreto legislativo n. 30 del 2007 sui cittadini comunitari*, in *Dir. imm.*, 2008, p. 120 ss.; M. Ambrosini, *Migranti irregolari: politiche, lavoro, diritti*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2009, p. 112 ss.

6 In tema di contrasto all'immigrazione illegale, cfr. da ultimo il volume di G. Palmisano (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008.

Giova segnalare, al riguardo, che tutte le misure previste agli articoli 77 e 79 dianzi citati vengono oggi adottate dall'Unione secondo la procedura legislativa ordinaria. Si realizza, così, un'importante evoluzione rispetto al passato, rimuovendosi quelle cautele che, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avevano notevolmente rallentato l'adozione di regole comuni ai Paesi dell'Unione europea.

Di rilievo è anche la dimensione esterna delle competenze dell'Unione, cui è espressamente conferito il potere di concludere con i Paesi terzi accordi ai fini della riammissione di cittadini di Paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri (art. 79, par. 3 TFUE). Di tale potere – la cui trattazione esula dall'oggetto del presente studio – le istituzioni europee hanno peraltro già fatto ampio uso, sia con la stipulazione di numerosi accordi con Stati balcanici ed extraeuropei, sia con l'indicazione agli Stati membri di un modello standard di trattati bilaterali cui gli Stati membri sono invitati ad attenersi[7]. A ciò si devono poi aggiungere anche altri trattati stipulati con Paesi terzi, come è il caso di alcuni Accordi di associazione (Turchia, Marocco, Algeria)[8], ovvero il Trattato SEE, nei quali la tematica della circolazione dei cittadini di questi Stati terzi – e quindi dei relativi flussi migratori – viene variamente contemplata.

3. Naturalmente, fino a quando non siano state adottate norme *ad hoc* di derivazione europea, gli Stati membri mantengono proprie prerogative: ma è noto che, in materia, ormai il *corpus* di disposizioni di diritto dell'UE è cospicuo, e certamente influisce sulle stesse competenze statali sino in effetti a comprimerle pesantemente[9].

Senza considerare le specifiche disposizioni sulla circolazione dei cittadini dell'Unione europea (la ben nota direttiva 2004/38/CE)[10], e quelle – di cui diremo in seguito – che potremmo definire come istitutive di un modello di cooperazione tra Stati membri e tra essi e Unione nel comparto qui in esame, degni di nota appaiono almeno i seguenti atti di diritto derivato:

a) la disciplina relativa all'attraversamento delle frontiere esterne, da ultimo dettata col regolamento (CE) n. 562/2006[11] istitutivo del c.d. Codice frontiere

---

7 In tema, v. G. Cellamare, *Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica*, in questa *Rivista*, 2007, p. 497 ss., ma v. anche Id., *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in questo fascicolo, nonché in E. Triggiani (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata* (Convegno SIDI, Bari 18-19 giugno 2009), Napoli, 2010.

8 Vedili rispettivamente in *GUCE* L 217, 29 dicembre 1964, p. 3685 ss.; *GUCE* L 70, 18 marzo 2000, p. 1; *GUUE* L 265, 10 ottobre 2005, p. 1.

9 Per un recente *excursus* sulle principali norme adottate dall'Unione europea cfr. P. De Pasquale, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in *DUE*, 2010.

10 *GUUE* L 158, 30 aprile 2004, p. 77 ss. Al riguardo, v. l'esaustivo commento di A. Lang, B. Nascimbene, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea*, in *Dir. imm.*, 2007, p. 43 ss.

11 *GUUE* L 105, 13 aprile 2006, p. 1 ss.

Schengen, nel quale viene anche inserito il nuovo manuale comune per la gestione degli attraversamenti delle frontiere esterne;

b) l'istituzione, esercizio e uso dei sistemi di controllo e informazione relativi ai flussi migratori (c.d. SIS e SIS II), disciplinati, attualmente, dal regolamento (CE) n. 1987/2006[12] e soprattutto dalla decisione 2007/533/GAI[13];

c) le disposizioni istitutive di un c.d. regime consolare comune, con particolare riferimento alla disciplina dei visti e dei permessi di soggiorno. In merito, nuovamente, sono molteplici le normative adottate a livello europeo, che variano dall'introduzione di modelli uniformi per i visti, permessi di transito e di soggiorno (regolamento (CE) n. 1683/1995[14] istitutivo di un modello uniforme per i visti; regolamento (CE) n. 333/2002[15] istitutivo di un modello uniforme di foglio per l'apposizione del visto; regolamento (CE) n. 693/2003[16] istitutivo di permessi di transito agevolato; regolamenti (CE) n. 1030/2002[17] e (CE) n. 380/2008[18] istitutivi di un modello uniforme di permesso di soggiorno per cittadini di Paesi terzi), all'Istruzione consolare comune, elaborata dapprima in seno alla cooperazione intergovernativa Schengen e quindi incorporata come *acquis communautaire*[19], all'individuazione di un elenco comune dei Paesi terzi per i quali sia necessario un visto di ingresso nel territorio dell'Unione europea e quelli per i quali il visto non è richiesto (regolamento (CE) n. 539/2001)[20];

d) il regime dei cittadini di Paesi terzi residenti di lungo periodo, di cui alla direttiva 2003/109/CE[21];

e) le norme riguardanti il ricongiungimento familiare, previste dalla direttiva 2003/86/CE[22];

f) la disciplina relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi rispettivamente per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio o volontariato, ovvero a fini di ricerca scientifica (direttive 2004/114/CE e 2005/71/CE) [23];

g) le più recenti disposizioni in tema di rimpatrio di stranieri irregolari, di cui alla direttiva 2008/115/CE[24].

---

12 *GUUE* L 381, 28 dicembre 2006, p. 4 ss.

13 *GUUE* L 205, 7 agosto 2007, p. 63 ss.

14 *GUCE* L 164, 14 luglio 1995, p. 1 ss.

15 *GUCE* L 53, 23 febbraio 2002, p. 4 ss.

16 *GUUE* L 99, 17 aprile 2003, p. 8 ss.

17 *GUCE* L 157, 15 giugno 2002, p. 1 ss.

18 *GUUE* L 115, 29 aprile 2008, p. 1 ss.

19 Decisione del Comitato esecutivo del 28 aprile 1999 riguardante le versioni definitive del Manuale comune e dell'Istruzione consolare comune, SCH/Com-ex/99/13, *GUCE* L 239, 22 settembre 2000, p. 317 ss.

20 *GUCE* L 81, 21 marzo 2001, p. 1 e ss.

21 *GUUE* L 16, 23 gennaio 2004, p. 44 ss.

22 *GUUE* L 251, 3 ottobre 2003, p. 12 ss.

23 Rispettivamente in *GUUE* L 375, 23 dicembre 2004, p. 12 ss. e L 289, 3 novembre 2005, p. 15 ss.

24 *GUUE* L 348, 24 dicembre 2008, p. 98 e ss.

Quanto sopra senza contare l'altro insieme di regole che si applicano a situazioni che attengono più propriamente al rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo migrante (rifugiati, persone richiedenti asilo, vittime della tratta di esseri umani, soggetti bisognosi di protezione, ecc.), le quali esulano dall'oggetto della presente ricognizione, ma che sono nuovamente attratte da una disciplina comune di stampo europeo, oltreché, ovviamente, dalle rilevanti regole previste a livello internazionale[25].

Si tratta, è appena il caso di sottolineare, di un complesso di regole non soltanto di natura procedimentale od organizzativa, ma volte significativamente a dettare, per fasce crescenti di stranieri, un regime che non è più appannaggio degli Stati membri, e tende invece a configurare un quadro di riferimento europeo di tutto rilievo, peraltro complementare al modello che sta progressivamente completandosi all'interno del territorio dell'Unione europea (ad eccezione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito), che è quello di un ordinamento nel quale la circolazione – e almeno in parte il soggiorno – delle persone avvengono senza restrizioni.

4. Accanto alla disciplina di diritto positivo derivato, vengono poi in rilievo ulteriori condizionamenti importanti, scaturenti sia da atti di c.d. *soft law* rilevanti nella materia, sia dai programmi di partenariato che ne sono seguiti[26].

Sotto tale ultimo profilo, va sottolineato che, negli ultimi anni, la politica europea dell'immigrazione ha subito una trasformazione nella sua dimensione esterna, passando da un'impostazione incentrata principalmente sulla sicurezza e sulla riduzione della pressione migratoria, ad un approccio più completo e comprensivo di tutti gli aspetti del fenomeno, attraverso il dialogo politico e la stretta cooperazione pratica con i Paesi terzi e, tra questi, in particolare, con i Paesi di origine dei flussi.

Si tratta del c.d. "approccio globale", adottato dal Consiglio europeo del 15-16 dicembre 2005[27], dopo le conclusioni del vertice informale di Hampton

---

25 V., anche per riferimenti, B. Cortese, *Esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato tra competenze comunitarie e nazionali*, in *DUE*, 2006, p. 63 ss.; F. Morrone, *Sviluppi recenti dell'azione delle Nazioni Unite in materia di migrazioni internazionali: l'attività della Commissione globale sulla migrazione internazionale*, in *CI*, 2006, p. 745 ss.

26 Tra i più importanti documenti di consultazione cfr. le comunicazioni: Integrare le questioni connesse all'emigrazione nelle relazioni dell'Unione europea con i paesi terzi, COM(2002)703 def., del 31 dicembre 2002; Migrazione e sviluppo: orientamenti concreti, COM(2005)390 def., del 1° settembre 2005; quella relativa ai Programmi di protezione regionale, COM(2005)388 def., del 1° settembre 2005; Programma tematico di cooperazione con i paesi terzi nei settori dell'emigrazione e dell'asilo, COM(2006)26 def., del 25 gennaio 2006. V. anche quelle rispettivamente indicati nelle note successive.

27 Cfr. L'approccio globale in materia di migrazione un anno dopo: Verso una politica europea globale della migrazione, COM(2006)735 def., del 30 novembre 2006; Applicazione dell'approccio globale in materia di migrazione alle aree orientali e sudorientali vicine all'Unione europea, COM(2007)247 def., del 16 maggio 2007; Rafforzare l'approccio globale in materia di migrazione: aumentare il coordinamento, la coerenza e le sinergie, COM(2008)611 def., del 8 ottobre 2008.

Court del 27 ottobre 2005 che aveva posto le tematiche migratorie tra le priorità del mondo globalizzato[28]. Questo nuovo "approccio" si fonda sostanzialmente sullo strumento del partenariato con i Paesi terzi al fine di migliorare le misure di accompagnamento di gestione dei flussi, sfruttare i vantaggi dell'immigrazione regolare e gestire quella illegale in collaborazione con i Paesi di origine, creando un quadro intersettoriale coerente per la gestione del fenomeno, che tenga conto di tutte le sue dimensioni, compresa quella legata allo sviluppo[29].

Su tali linee guida si è quindi mossa anche la Commissione negli anni successivi, con l'adozione di diverse comunicazioni aventi ad oggetto, appunto, l'"approccio globale" al fenomeno migratorio, tra le quali si possono inserire anche le iniziative in materia di c.d. immigrazione circolare, che costituisce un punto particolarmente qualificante della politica europea di gestione dei flussi.

Frutto visibile dell'applicazione pratica di tale "approccio" è stata la conclusione, da parte dell'Unione, di accordi di partenariato bilaterali contenenti specifiche disposizioni in materia di mobilità, occupazione e migrazione con alcuni Paesi dell'Europa orientale (Repubblica di Moldova), dell'Africa (Repubblica di Capo-Verde), nonché l'avvio di colloqui esplorativi e piattaforme di cooperazione sugli stessi temi con altri Paesi anche in altre aree geografiche (tra questi, Marocco, Senegal, Etiopia, Georgia), ma anche veri e propri accordi di partenariato omnicomprensivi, nei quali uno spazio specifico è garantito anche alla disciplina dei flussi migratori[30].

Tali accordi e strumenti di dialogo costituiscono oggi un comparto in evoluzione della politica dell'Unione in materia di migrazioni, che mutua i propri mezzi operativi da strumenti propri delle politica di vicinato, dalla politica di cooperazione allo sviluppo e in generale, dalle relazioni esterne dell'Unione.

A tale proposito, peraltro, va ricordato che proprio l'area geografica del Mediterraneo, soprattutto con riferimento ai Paesi dell'Africa settentrionale, si trova al centro di molteplici iniziative di cooperazione regionale in materia. A livello politico, infatti, con la conferenza ministeriale su migrazione e sviluppo svoltasi a Rabat nel luglio 2006 è stato avviato un importante processo regionale che ha impostato il quadro per un'azione globale e ha dato il via a iniziative concrete, seminari e conferenze ministeriali sui temi in discussione. Ulteriori priorità politiche e iniziative di cooperazione sono state recentemente stabilite anche nell'ambito dello stesso partenariato Euromed.

In questo contesto si colloca anche la conclusione del partenariato strategico UE-Africa in materia di migrazioni, mobilità e occupazione, adottato a Lisbona

---

28 V. Priorità d'azione per rispondere alle sfide dell'immigrazione. Prima iniziativa presa dopo la riunione di Hampton Court, COM(2005)621 def., del 30 novembre 2005.

29 In merito, v. ancora B. Nascimbene, *op. cit.* V. anche la comunicazione della Commissione – Migrazione circolare e partenariati per la mobilità tra l'Unione europea e i paesi terzi, COM(2007)248 def., del 16 maggio 2007.

30 Cfr. ad esempio il recentissimo Accordo di partenariato e di cooperazione che istituisce un partenariato tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Tagikistan, dall'altra, *GUUE* L 350, 29 dicembre 2009, p. 3 ss.

al Vertice UE-Africa del dicembre 2007[31]. Ivi si prevede in particolare la creazione di osservatori africani sull'immigrazione, al fine di raccogliere, analizzare e diffondere i dati relativi ai flussi migratori fra i Paesi africani e fra l'Africa e l'Unione. Sul piano della mobilità, vengono incoraggiate la cooperazione tra le agenzie nazionali per l'occupazione e gli spostamenti della manodopera qualificata attraverso la conclusione di accordi fra le istituzioni europee e africane, come le università e gli ospedali. L'accordo è inoltre orientato alla creazione di posti di lavoro di migliore qualità in Africa, al fine di contribuire a ridurre gli effetti, gravemente pregiudizievoli per lo sviluppo del continente africano, determinati dalla c.d. fuga di cervelli verso l'Europa.

5. A fronte di una tale massa di norme positive e atti quanto meno di indirizzo politico, peraltro espressione di competenze condivise e quindi in larga misura condizionanti l'azione statale, e fatte salve le discipline concordate a livello bilaterale, è più facile allora domandarsi cosa resta (per ora) escluso dalla normativa uniforme o armonizzata di derivazione comunitaria, e cosa è quindi compreso, invece, e conseguentemente, nelle potestà degli Stati membri.

A tale proposito, la lacuna più evidente è ovviamente costituita dalla mancanza di una disciplina europea sull'immigrazione legale, che implicherebbe a sua volta un regime europeo sui flussi di ingresso di stranieri nel territorio dell'Unione.

Un ostacolo rilevante e, in prospettiva, permanente sotto questo profilo è dato dalla già citata disposizione prevista all'art. 79, par. 5 TFUE, la quale riserva agli Stati membri il "diritto (…) di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo".

È opportuno, quindi, soffermarci su questa disposizione. Essa, in primo luogo, conferma che, anche per l'ordinamento dell'Unione europea, vige la norma di diritto internazionale che riserva agli Stati, appunto, il "diritto" di decidere le condizioni di ammissione degli stranieri nel proprio territorio, e finanche di rifiutarne l'ingresso e il soggiorno[32]. È un dato importante e, direi, di sistema, quindi anche ben oltre la sua specifica collocazione come norma indicante un… "controlimite" a favore degli Stati membri rispetto alle competenze dell'Unione in materia di immigrazione e flussi.

Naturalmente, questo diritto presenta alcune restrizioni, che vengono in parte ricavate dalla stessa disposizione in esame, in parte ricostruite nel contesto europeo e internazionale: ad esempio, con riguardo agli stranieri che entrano nel territorio degli Stati membri per motivi umanitari, e non invece per cercare un "*lavoro dipendente o autonomo*". Con riguardo a tali soggetti, e al di là delle disposizioni di diritto derivato cui abbiamo accennato, esistono gli obblighi pre-

[31] Cfr. *The Africa-EU Strategic Partnership A Joint Africa-EU Strategy*, doc. n. 16344/07 (Presse 291) del 9 dicembre 2007 (www.consilium.europa.eu, reperibile *on line*).

[32] V. già, in tema, e per una ricostruzione della norma, M. Giuliano, *Lo straniero nel diritto internazionale*, in *CI*, 1981, p. 329 ss.

visti dal diritto internazionale, consuetudinario e pattizio, talora recepiti *per relationem* o comunque codificati anche a livello di norme primarie e principi generali di diritto dell'Unione europea.

Questi temi non possono essere trattati in modo approfondito in questa sede[33]. Mi limito tuttavia a porre una questione – o meglio un quesito – di fondo: le norme internazionali sull'immigrazione per motivi umanitari sono, non di rado, invocate nell'ottica di fatto di negare il diritto dello Stato di decidere se ammettere stranieri nel proprio territorio. Questo diritto è sorto a suo tempo in modo discutibile, fortuito e forse politicamente orientato da contenuti razzisti che oggi appaiono inaccettabili[34]. E non è neppure detto che non sia venuto il momento di cominciare una riflessione più avanzata sulla necessità di modernizzarlo, ritagliarne i contenuti in chiave funzionale, e finanche ipotizzare di individuare regimi differenziati in funzione delle tipologie e caratteristiche degli immigranti presi in considerazione: si tratta, ovviamente, di tematiche di difficile accertamento a livello consuetudinario, talora emergenti a livello pattizio, ma sintomatiche di una tendenza evolutiva sulla quale è doveroso impostare ragionamenti a più ampio respiro[35].

Ciò posto, il diritto degli Stati di decidere se e a quali condizioni ammettere gli stranieri nel proprio territorio resta tuttora una norma consuetudinaria la cui esistenza mi pare sia tuttora difficilmente contestabile[36]. È vero che tale diritto risulta in parte inapplicabile per effetto delle norme in tema di diritti umani; si

---

33 V. allora i contributi di A. Adinolfi, *La realizzazione del "sistema europeo comune di asilo" dopo il Trattato di Lisbona*, e G. Palmisano, *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in E. Triggiani (a cura di), *op. cit.*; v. anche P. De Pasquale, *op. cit.*

34 Basti pensare che le sentenze della giurisprudenza americana di fine '800 e inizi '900 (v. J. Nafziger, *The General Admission of Aliens under International Law*, in *AJIL*, 1983, p. 804 ss.), sulle quali si sono poi attestati tribunali e dottrina europee per affermare l'esistenza di un "diritto naturale" degli Stati di condizionare l'accesso sul territorio degli stranieri, non solo hanno probabilmente travisato il pensiero di Emmerich de Vattel, allora considerato lo studioso più antico e autorevole nella materia, ma hanno anche adoperato tale "diritto naturale" per legittimare norme statali palesemente razziste, soprattutto nei confronti degli immigrati cinesi e giapponesi che, in quel periodo storico, affluivano in particolare verso le coste occidentali degli Stati Uniti. Per una ricognizione anche sulla giurisprudenza non americana, v. M. Calamia, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980, p. 23, ed ivi ulteriori riferimenti.

35 Basti pensare, oltre ovviamente all'impatto dei diritti umani, che tuttavia, e come diremo a breve, non deve essere sopradimensionato, ai diversi regimi di immigrazione collegati alle capacità economiche del migrante, alle sue capacità professionali, e quindi ormai al diverso trattamento goduto dagli stranieri in possesso di qualificazioni professionali superiori, ma anche alle stesse norme di derivazione europea contenute nella citata direttiva 2004/38/CE che garantiscono allo straniero residente in uno Stato membro da lungo tempo una stabilizzazione nel territorio dell'Unione europea (su cui v. anche *infra* par. 6).

36 E come tale, nel contesto europeo, è stata anche confermata dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui anche gli Stati contraenti della CEDU "have the right, as matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens" (sentenza *T.I.* c. *Regno Unito*, in *E.C.H.R. Reports*, 2000-III, p. 456). In tema, per un accurato *excursus* della giurisprudenza della Corte di

tratta tuttavia di un assunto non controverso nell'*an*, mentre lo è assai più nel *quantum* e nel *quomodo*. Ciò posto, non mi pare persuasivo erodere fino quasi ad azzerare il contenuto di tale diritto mediante l'applicazione delle norme in tema di asilo e rifugiati, poiché non mi pare persuasiva l'ipotesi che tutti gli immigranti siano *per se* potenziali rifugiati o richiedenti asilo: se così fosse, infatti, allora dovremmo verificare se nozioni di asilo o rifugio aventi una tale portata siano compatibili con l'attuale mondo delle migrazioni globali. Non solo: se esse possano essere coerenti col contenuto di un altro speculare diritto fondamentale di ogni individuo, quello di essere ammesso e poter restare nel territorio dello Stato di cui è cittadino, con conseguente obbligo dello Stato di provenienza di farlo rientrare e risiedere sul proprio territorio, e necessaria responsabilità degli Stati (falliti o meno) che non garantiscono il godimento di questi diritti fondamentali ai loro cittadini.

È essenziale, a mio avviso, ragionare intorno a questi concetti, proprio nell'ottica di tutelare al meglio gli stranieri che ne hanno bisogno, evitando pericolosi cortocircuiti che rischiano invece di produrre indesiderati effetti xenofobi o apertamente razzisti, talora indotti (benché certamente non giustificati) come fenomeno di reazione rispetto a impostazioni troppo radicali, nelle quali l'enunciazione indiscriminata della prevalenza dei diritti fondamentali rispetto ad altri valori tutelati dall'ordinamento internazionale appare spesso inversamente proporzionale all'effettivo godimento di tali diritti da parte delle persone interessate.

6. L'altra restrizione significativa al diritto degli Stati membri di stabilire il volume di ingresso nel territorio degli stranieri che vogliono entrare per motivi di lavoro è, invece, chiaramente disposta *a contrariis* dal citato art. 79, par. 5 TFUE, e riguarda le ipotesi in cui gli stranieri non provengano da Paesi terzi ma da altri Stati membri dell'Unione europea. Per essi, infatti, vigono norme diverse, e già armonizzate, e sono soprattutto quelle previste per i residenti di lungo periodo, di cui abbiamo accennato sopra: al riguardo, le indicazioni provenienti dalla sfera comunitaria sono inequivoche nel senso di integrare progressivamente gli stranieri nella società, garantendo loro un trattamento via via sempre più uguale a quello riservato ai cittadini. Si tratta di disposizioni a loro volta espressione di valori talmente condivisibili da sembrare ovvi, benché di questi tempi sia importante sottolinearne l'esistenza e l'efficacia.

Per l'effetto, tuttavia, e quanto meno a livello di Stati membri dell'Unione europea, viene ad attuarsi un'erosione significativa del diritto di ammettere gli stranieri nel proprio territorio, che non solo non vale per i cittadini europei (i quali non possono più considerarsi stranieri in senso proprio, neppure se provenienti dagli Stati membri che per ultimi hanno aderito all'Unione), ma in prospettiva si affievolisce significativamente anche per i cittadini di Paesi terzi,

Strasburgo sul rapporto tra questo diritto e i diritti fondamentali dell'individuo cfr. ancora P. De Pasquale, *op. cit.*

nella misura in cui le stesse quote di ingresso previste unilateralmente da ciascuno Stato membro non possono comprendere gli stranieri già presenti (almeno da un certo numero di anni) nell'Unione, cui invece va riservato un trattamento molto simile a quello dei cittadini europei. Ed è appena il caso di rilevare che si tratta di un numero di stranieri non irrilevante, considerato che tra gli stranieri legittimamente residenti molti sono immigrati illegalmente e sono stati successivamente regolarizzati attraverso le numerose sanatorie varate negli anni in non pochi Stati membri.

Non solo: ma anche con riferimento a taluni stranieri, in particolare quelli che intendono entrare nel territorio dell'Unione per svolgervi lavori altamente qualificati, potrebbero presto determinarsi ulteriori restrizioni delle competenze degli Stati membri, quando dovesse diventare norma di diritto positivo la proposta di direttiva sul rilascio della c.d. carta blu per queste tipologie di lavoratori.

7. Tutto quanto sopra considerato, e come si diceva, resta pur sempre materia degli Stati definire le condizioni per l'ingresso legale degli stranieri da Paesi terzi nel territorio dei medesimi, laddove per quanto concerne gli stranieri che entrano nel territorio per effetto del ricongiungimento familiare, si è già ricordata la specifica normativa di armonizzazione comunitaria prevista dalla direttiva 2003/86/CE che tuttavia lascia agli Stati membri non trascurabili margini di manovra, come traspare dall'esame del nostro d.lgs. n. 160/08[37] che si colloca nella gamma dei provvedimenti più restrittivi per l'esercizio del ricongiungimento.

È noto che, con riguardo all'ingresso e soggiorno degli stranieri, il modello cui si ispira l'Italia è quello del criterio numerico determinato con cadenza annuale (i c.d. decreti flussi) e con numeri riservati in quote a cittadini di diversi Stati terzi nominativamente individuati, ai quali è consentito l'accesso in presenza di taluni requisiti (*massime*, il possesso di un contratto di lavoro). Tra l'altro, e come vedremo anche con specifico riguardo a taluni Stati della sponda sud del Mediterraneo, il numero di ingressi può essere anche posto in relazione con la collaborazione, da parte di questi Stati, al contrasto dell'immigrazione illegale, in una logica quindi che potremmo definire premiante.

Ovvio che, pur presentando talune analogie, le norme sull'immigrazione legale vigenti nei diversi Stati membri non sono tra loro identiche, e certamente non coincidono né il numero degli immigrati che ciascuno Stato decide di ammettere nel proprio territorio periodicamente, né i criteri coi quali questi immigrati sono ammessi: è noto ad esempio che taluni Stati membri dispongono di legislazioni particolarmente incentivanti l'ingresso di migranti in possesso di specifiche qualificazioni professionali, idonee quindi, e a tacer d'altro, ad attrarre "cervelli" dall'estero e arricchire così il mondo del lavoro locale; in altri casi, la preferenza viene data rispetto a quelle capacità professionali o lavorative

[37] In *GURI* 247, 21 ottobre 2008.

che risultano insufficienti nello Stato interessato, in modo da colmare con risorse umane straniere le carenze di offerta nazionale di particolari impieghi.

Il mosaico che tende a comporsi può quindi variare, determinando tutto sommato regimi diversi di ingresso nel territorio dell'Unione europea per persone in provenienza da Paesi terzi.

Peraltro, a differenza di quanto avviene in molti altri settori, nei quali le diversità nelle legislazioni nazionali determinano una sorta di concorrenza tra ordinamenti, nel settore dell'immigrazione questo fenomeno non pare rilevabile (ed è, a mio avviso, un peccato), essendo purtroppo sovrastante la tematica relativa all'immigrazione illegale, e quindi la percezione negativa che generalmente – e nuovamente erroneamente – si percepisce rispetto ai fenomeni migratori.

Anzi, se vogliamo parlare di "concorrenza tra ordinamenti", essa sembra aver luogo, piuttosto, proprio con riguardo a questa forma di immigrazione, e si determina per effetto di fenomeni (a) talora del tutto al di fuori del controllo degli Stati membri, come è il caso della loro collocazione geografica, (b) talaltra per motivi invece in qualche modo riconducibili ai medesimi, ed è il caso delle rispettive capacità di contrasto dell'immigrazione illegale, e di controllo degli immigrati che soggiornano senza titolo sul territorio stesso. Torneremo, in appresso, su ambedue questi profili, per comprenderne in qualche modo alcune ulteriori implicazioni.

8. L'attività e le competenze degli Stati membri non si esauriscono sul piano interno, mantenendo tuttora una dimensione anche internazionale e per quanto qui particolarmente interessa, bilaterale.

In questo contesto, però, gli accordi internazionali evidenziano una complementare e consequenziale competenza e comunque attività normativa degli Stati membri rispetto a quella di definire i flussi di immigrazione legale: infatti, il contenuto dei trattati bilaterali non è soltanto quello relativo ai flussi di immigrazione legale, essendo invece comprensivo di misure di contrasto di quella illegale.

Viene cioè perseguito un duplice obiettivo: favorire un'ordinata politica di integrazione dei lavoratori stranieri regolarmente entranti e quindi presenti sul territorio nazionale e combattere il fenomeno dell'immigrazione illegale.

A tal riguardo, data la loro rilevanza in questa sede, particolare attenzione deve porsi agli accordi che l'Italia ha stipulato coi Paesi del Maghreb. Giova infatti segnalare che, nell'ambito delle proprie relazioni internazionali, l'Italia svolge da anni una costante azione di sensibilizzazione volta, anche con altri Stati membri dell'Unione europea, a sottolineare l'esistenza di competenze – sia pur condivise con l'Unione, ma innanzitutto proprie del nostro Paese – in materia di gestione dei flussi migratori verso l'Europa. Tale azione di sensibilizzazione si traduce, nei confronti dei Paesi rivieraschi del Mediterraneo meridionale ed orientale, in una intensificazione della collaborazione per prevenire e contrastare l'immigrazione clandestina via mare.

Sul piano dei rapporti internazionali emerge, quindi, in modo nettissimo il legame che, nella gestione dei flussi migratori, esiste tra contrasto all'immigra-

zione illegale ed efficace gestione dell'accesso al mercato del lavoro degli Stati membri, e quindi anche dell'Italia, da parte dei cittadini degli stessi Paesi che affacciano sul Mediterraneo, e tra essi, in particolare, di quelli del Nord Africa.

L'Italia ha stipulato accordi bilaterali, di contenuto simile ma non identico, con tutti i Paesi del Maghreb, e cioè quelli dai quali è più forte, ormai da anni, la pressione migratoria verso le nostre coste.

Molto sinteticamente, con riguardo alla collaborazione tra Italia e Marocco, nel novembre 2005 è stato firmato un Accordo bilaterale per la gestione dei flussi migratori per ragioni di lavoro, che nel luglio 2007 è stato completato da un Protocollo esecutivo. È in fase di negoziato un Addendum all'Accordo, che dovrebbe rendere più efficace, anche attraverso un maggiore coinvolgimento delle Autorità marocchine, la gestione dei flussi di lavoratori marocchini verso l'Italia, creando maggiori possibilità di utilizzo delle quote riservate al Marocco dal c.d. decreto flussi. Nel 2007 e nel 2008 sono state riservate ai cittadini marocchini quote pari a 4.500 unità annue. Segnalo poi che, tra i due Paesi, è altresì pendente l'entrata in vigore di un Accordo di riammissione, firmato a Rabat il 27 luglio 1998 ma non ancora ratificato dal Marocco.

Meno compiuta appare tuttora la collaborazione tra Italia e Algeria: gli accordi bilaterali in vigore sono due, uno dei 2000 e l'altro del 2008, e si occupano rispettivamente di riammissione e di cooperazione in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e all'immigrazione illegale. Il decreto flussi per l'ingresso di lavoratori non stagionali del 2007 ha previsto per la prima volta una quota privilegiata di 1.000 cittadini algerini, quota confermata anche dal decreto flussi del 2008.

Più strutturati e risalenti appaiono invece i nostri rapporti con la Tunisia: la collaborazione italo-tunisina in materia migratoria si è sviluppata secondo un approccio globale che prevede iniziative volte a favorire l'inserimento di cittadini tunisini nel nostro mercato del lavoro e a ottenere al tempo stesso la collaborazione di Tunisi nelle attività di prevenzione e contrasto dell'immigrazione clandestina. Dal 1998 è in vigore un Accordo di riammissione, mentre da diversi anni è in corso di negoziato un Accordo in materia di lavoro. La volontà italiana di raggiungere, in materia, una soluzione soddisfacente per entrambi i Paesi è testimoniata dalle quote privilegiate riservate fin dal 1998 alla Tunisia nell'ambito del decreto flussi per lavoro subordinato (4.000 unità annue nel 2007 e nel 2008).

Il fronte da qualche tempo più delicato è quello con la Libia, dalle cui coste, ormai da diversi anni, provengono crescenti e consistenti flussi di migranti illegali, la cui origine è, prevalentemente, quella di Stati dell'Africa sub-sahariana.

Con riguardo a questo fenomeno, lo sviluppo di rapporti bilaterali efficaci è stato più tortuoso e articolato, per diversi, e prevalentemente noti, motivi, su cui non è il caso di soffermarsi. In sintesi, il dialogo con le Autorità libiche in tema di prevenzione e contrasto dell'immigrazione clandestina si è potuto avviare dopo la firma di un Accordo bilaterale di collaborazione nella lotta alla criminalità organizzata, al traffico illegale di stupefacenti e sostanze psicotrope e all'immigrazione clandestina, firmato a Roma nel 2002 ed entrato in vigore dal 2002.

A seguito di tale Accordo, si è instaurata una collaborazione a livello intergovernativo dalla quale sono scaturiti diversi progetti di cooperazione, sfociati, per quel che qui interessa, in due Protocolli firmati a fine 2007 che prevedono la realizzazione di pattugliamenti marittimi congiunti per il contrasto dell'immigrazione clandestina.

Con la recente entrata in vigore (il 2 marzo 2009) del più ambizioso Trattato di Amicizia, partenariato e cooperazione tra Italia e Libia, firmato a Bengasi il 30 agosto 2008, la collaborazione varata coi suddetti Protocolli è stata perfezionata mediante una serie di iniziative, alcune delle quali meritevoli di particolare attenzione proprio ai fini del presente lavoro. Oltre ad un più generale impegno congiunto a collaborare, in sede bilaterale o multilaterale, alla definizione di progetti volti a prevenire il fenomeno dell'immigrazione illegale negli stessi Paesi di origine dei flussi migratori, di particolare interesse sono invece altri punti dell'Accordo, nel quale si evidenziano competenze sovrapposte tra Italia e Unione europea, o meglio, situazioni nelle quali lo Stato membro agisce in un contesto condiviso e "parallelo" a quello dei rapporti tra Unione e Stato terzo.

Così, sotto un primo profilo, si stabilisce l'impegno delle due Parti a realizzare un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, i cui costi saranno sostenuti per il 50% dall'Italia, mentre per il restante 50% si prevede che i due Stati chiedano all'Unione europea di farsene carico, nell'ambito di intese già intercorse tra la stessa Libia e la Commissione europea.

Sotto un secondo profilo, l'Italia (per il tramite del Ministero degli Interni) si impegna ad offrire alla Libia una collaborazione di natura tecnica sulla gestione dei controlli di frontiera e dei flussi di immigrazione irregolare provenienti dall'Africa sub-sahariana verso i confini meridionali della Libia, nell'ambito di programmi finanziati a livello internazionale e su mandato della Commissione europea. Inoltre, nel medesimo quadro di cooperazione italo-libico, si inserisce anche l'attività di gestione delle frontiere e del contrasto dell'immigrazione clandestina, promossa d'intesa con l'Organizzazione internazionale per le migrazioni (IOM-OIM) e co-finanziata, nuovamente, dall'Unione europea.

9. L'analisi di questa attività internazionale dell'Italia mette in luce alcuni elementi meritevoli di sottolineatura: da un lato, e nel merito, un contenuto delle iniziative bilaterali italiane che si sovrappone alle iniziative di respiro internazionale svolte dall'Unione: l'idea di "spostare" le frontiere dell'Europa oltre quelle reali creando accordi con gli Stati vicini per collocare, sui confini… esterni di questi ultimi, minacce o situazioni comunque delicate è un caposaldo radicato nella politica europea di vicinato anche prima dell'allargamento del 2004. Non solo: ma i contenuti degli accordi bilaterali di cui si è detto nel precedente paragrafo (ad eccezione di quelli con la Libia, Paese dal quale tuttavia non risultano pressioni migratorie esercitate dai cittadini di tale Stato), ricordano fortemente – e sono del tutto coerenti con – l'"approccio globale" di derivazione europea cui abbiamo accennato in precedenza.

Dall'altro lato, e nel metodo, è evidente un uso anche promiscuo di strumenti e iniziative convergenti sul medesimo risultato, in una situazione in cui, non senza pragmatismo, si sceglie di dare attuazione a programmi di interesse comune senza porsi soverchi problemi di principio, per concentrarsi sul soggetto – Stato membro o istituzioni europee – meglio posizionato sul piano diplomatico per poter sviluppare programmi condivisi con Stati terzi.

Non è chiaro se e quanto gli scenari dianzi accennati individuino modelli generalmente replicabili delle relazioni esterne dell'Unione e dei suoi Stati membri. Tuttavia, nella materia dell'immigrazione, queste "convergenze parallele" non solo mi parrebbero opportune, ma risultano anche praticate sul piano operativo e concreto, al di là quindi di preventive forme di coordinamento.

Basti pensare, al riguardo, alla circostanza secondo cui, salva ogni valutazione con riferimento alla piena coerenza di queste misure coi diritti umani, che esula dai contenuti di questo contributo, i recentissimi respingimenti coi quali la marina italiana ha reindirizzato le navi di immigrati verso le coste libiche non sembrano particolarmente diversi da quanto è stato fatto da diversi Stati membri (inclusa l'Italia) in occasione delle operazioni HERA II ed HERA III compiute negli anni 2006 e 2007 sotto l'egida del Frontex al largo delle coste spagnole (Isole Canarie), e ai quali i nostri media – a differenza di quanto attenta dottrina ha fatto – non hanno prestato comparabile attenzione[38].

In questa prospettiva, potrebbero quindi essere ancora oggi confermate le conclusioni cui era giunta la dottrina a proposito della non applicazione della dottrina *AETS* alle competenze esterne in tema di immigrazione. Quanto sopra, si diceva, soprattutto nel contesto attuale, in cui già esiste una rete di accordi tra Stati membri e Paesi terzi con riferimento alle tematiche migratorie, i quali, essendo non di rado stipulati sulla scorta di "modelli" o indicazioni provenienti dall'Unione europea, pragmaticamente continuano a svolgere la propria funzione tanto più nell'attuale fase "grigia" di assestamento del quadro istituzionale, e in particolare delle relazioni esterne, scaturente dal Trattato di Lisbona.

Per contro, mi pare anche difficile immaginare che, in un contesto di continuo contatto e coordinamento delle questioni migratorie a livello di Unione e all'interno di organismi quali Frontex, possano instaurarsi conflittualità o veri e propri conflitti di competenze esterne nel settore considerato. Piuttosto, la concorrenza delle competenze esterne potrà, se ben indirizzata, essere usata come un valore aggiunto sul piano diplomatico, beninteso col limite del rispetto, da parte degli Stati membri, delle misure e delle iniziative poste in essere dall'Unione, anche nell'ambito delle politiche che questa andrà a sviluppare, soprattutto con riferimento alla politica di vicinato, com'è noto enfatizzata dall'art. 8 del nuovo TUE. Ma anche l'azione esterna dell'Unione, a mio avviso, dovrebbe incontrare alcuni limiti nella nostra materia, che possono individuarsi nel principio di leale cooperazione e soprattutto in altre norme del capo 2 del

[38] V. in particolare S. Trevisanut, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *DUE*, 2008, p. 367 ss.

titolo V TFUE, e nel quadro degli obiettivi e dei criteri cui deve ispirarsi l'azione dell'Unione europea nel settore in esame.

Queste considerazioni ci conducono direttamente all'ultima parte delle considerazioni svolte nel presente lavoro.

10. Segnatamente, all'inizio del presente contributo si è posto il quesito se, accanto ai condizionamenti che le competenze dell'Unione europea determinano in capo agli Stati membri sulla gestione dei flussi, sia possibile individuare anche "diritti" di uno Stato membro verso gli altri e verso l'Unione.

Questo tema è particolarmente importante per il nostro Paese, la cui localizzazione geografica lo espone assai più di altri alle pressioni migratorie.

Nel contesto normativo ante-Lisbona, nulla di particolare viene disposto dall'art. 61 ss. del TCE. Vale quindi, in generale, il principio di leale cooperazione; esso viene poi, nei fatti, attuato all'interno dei diversi programmi congiunti che, nella fattispecie, vengono volta a volta costruiti in singole situazioni rilevanti, ad esempio sulla scorta delle iniziative congiunte sviluppate in seno al Frontex, la cui attività viene tuttavia ancora oggi percepita come meritevole di una maggiore intensificazione.

Sotto questo profilo, anche i recenti sviluppi della prassi di cooperazione tra Stati membri – di cui si è cominciato a parlare soprattutto a partire dal 2009, ad esempio a proposito della richiesta dell'Italia di suddividere proporzionalmente con gli altri partner dell'Unione l'accoglimento dei richiedenti asilo sbarcati sulle nostre coste – mostrano come sia tuttora largamente prevalente l'approccio "volontaristico", rispetto invece ad un sistema di regole nelle quali "obbligatoriamente" ci si deve fare carico, a livello europeo, del problema dei flussi non programmati. E questo nonostante l'adozione di regole che, in qualche misura, prevedono e finanziano misure comuni volte a fronteggiare l'immigrazione non programmata (v. ad esempio la decisione n. 574/2007/CE che istituisce il Fondo per le frontiere esterne per il periodo 2007-2013, nell'ambito del programma generale *Solidarietà e gestione dei flussi migratori*[39]).

È tuttavia evidente che, lasciando in sostanza la cooperazione e la solidarietà tra Stati membri (e Unione) alla "volontà" dei primi, da valutarsi caso per caso, si determinano situazioni difformi con riguardo a questi flussi e ciò, segnatamente, a seconda della localizzazione geografica degli Stati membri. Non solo: proprio per questo motivo, si rischia anche di spingere gli Stati membri, che non possono contare su meccanismi automatici di solidarietà e coesione a livello di Unione europea, a ricercare in modo indipendente e autonomo soluzioni *proprie* al problema di questi flussi, con conseguenze indesiderate e incoerenti rispetto all'insieme di regole e principi che, comunque, l'Unione tende a darsi, e delle quali abbiamo trattato sopra.

In questa prospettiva, la situazione potrebbe – e anzi dovrebbe – mutare significativamente col quadro giuridico ordinamentale che si è venuto a creare

[39] *GUUE* L 144, 6 giugno 2007, p. 22 ss.

con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: esso, infatti, ha introdotto un nuovo art. 80 TFUE, a norma del quale "[l]e politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio".

A mio avviso, è necessario che questa nuova disposizione venga letta – come peraltro ritengo assolutamente doveroso – nell'ottica di uscire da approcci "volontaristici" in tema di solidale ripartizione di oneri, scelte e responsabilità con riguardo ai flussi non programmati, e passare invece a misure preventivamente concordate e coordinate, relativamente alle quali gli Stati membri possano contare, in via preventiva, su regole certe, strutture organizzative più definite, ed equa ripartizione di oneri e responsabilità. Ed è quindi appena il caso di segnalare, non solo come un mero auspicio, che questo art. 80 venga utilizzato come base giuridica per misure di diritto derivato idonee a riempire i principi da esso espressi in contenuti, norme e misure concrete, anche gestite dalle istituzioni europee già esistenti, come il Frontex, ovvero come i sistemi di controllo vigenti all'interno dell'Unione nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (ad esempio, il SIS II). Tutto ciò, com'è ovvio, al fine di dare corpo, in sostanza, ad una reale politica unitaria relativa alla gestione delle frontiere esterne, fermi comunque i poteri degli Stati membri con riferimento ai flussi programmati, come previsto dal citato art. 79, par. 5 TFUE.

Solo in questo contesto, tra l'altro, e cioè in una situazione di preventiva condivisione delle conseguenze dei flussi non programmati, è possibile dar forma ad una reale ed efficace politica di respiro europeo del fenomeno, tra l'altro fondamentale al fine di far prevalere ragioni e assetti più equilibrati e rispettosi anche dei diritti delle persone, rispetto a logiche emergenziali che sembrano talora l'unica risposta possibile ad una sostanziale "assenza" di solidarietà e collaborazione concreta tra gli Stati membri e con le istituzioni dell'Unione europea.

Abstract

Italian Control of Migratory Fluxes between EU Obligations and Bilateral Relationships with Third Countries

This article focuses on the powers enjoyed by an EU Member State such as Italy regarding the control of migratory fluxes: on this matter, EU and States share relevant competences, this having been clearly restated also in the Lisbon Treaty; yet, EU legislation enacted in this field already does limit Member States actions, and EU soft law

further conditions Member States' room for manoeuvring. *De facto*, the remaining substantial power enjoyed by Member States rests on the definition of the prerequisites to admit non-EU citizens within the territory, since no agreement at all exists at EU level on the notion of "legal immigration", with the exception of particular kinds of migrants. In this field, Italy (like other Member States) has stipulated some bilateral treaties, especially with States located in the southern shore of the Mediterranean. This phenomenon coexists with an EU power to enter into bilateral agreements with third countries aimed at regulating migratory fluxes. And indeed, all these treaties (both signed by the EU and by Member States) are modelled according to very similar patterns: once again, apparent shared competences tend to blur into an homogeneous common policy vis-à-vis migratory fluxes coming from third countries. In this vein, it is reasonable to say that, in reality, EU and Member States take action in respect of this matter depending on a criterion aimed at envisaging which between them is better placed to enter into bilateral agreements with third countries. As a final remark, the author examines the new Article 80 TFEU and concludes that, after its entry into force, Italy (like other Member States) may have finally a right to claim by other Member States assistance (financial one included) in order to counteract illegal migratory fluxes coming to its borders and shores. Hence, after Lisbon, joint and shared responsibilities on these matters should no longer be based on voluntary schemes, and rather being organised according to this new legal scenario.

Giovanni Cellamare

Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Gli obblighi previsti dagli accordi di riammissione, per il rimpatrio degli stranieri in condizione irregolare. – 3. La base giuridica della competenza a stipulare detti accordi nel Trattato CE e nel Trattato sul funzionamento dell'UE. – 4. *Segue*: il carattere concorrente di tale competenza. – 5. *Segue*: l'applicazione in materia dei Protocolli sulla posizione di alcuni Stati membri dell'UE. – 6. Le clausole di riammissione inserite in accordi aventi diverso oggetto. Il contenuto eterogeneo delle norme sulla riammissione esaminate nelle pagine che precedono. – 7. La connessione tra l'attività negoziale in materia e altre politiche dell'Unione, al fine di favorire la conclusione degli accordi di riammissione. – 8. *Segue*: i collegamenti posti, in tal senso, con la stipulazione di accordi sui visti. – 9. I limiti all'operare degli accordi di riammissione in applicazione di atti internazionali sulla tutela dei diritti dell'uomo. – 10. *Segue*: in particolare, i limiti all'operare di quegli accordi in combinazione con il c.d. principio del *safe third country*.

1. L'inserimento della materia dell'immigrazione nella politica esterna dell'UE trova le sue prime, ancorché frammentarie, manifestazioni nella gestione dei movimenti di persone, verso l'Unione europea (anche UE), causati dai noti eventi che hanno interessato i Balcani o riconducibili alla caduta dell'Unione Sovietica[1].

---

* Il presente studio è stato condotto nell'ambito del progetto di ricerca nazionale PRIN 2007 "Cittadinanza europea e diritti fondamentali nell'attuale fase del processo di integrazione". Responsabile nazionale, prof. Ennio Trigiani (PROT. 2007ETKBLF). Questo scritto riproduce la relazione svolta, in occasione del XIV Convegno della SIDI, *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Bari, 18-19 giugno 2009, anteriormente alla entrata in vigore (il 1° dicembre 2009) del Trattato di Lisbona, del 13 dicembre 2007 (comprensivo, come è noto, del nuovo Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: d'ora in poi NTUE e, rispettivamente, TFUE); si ha riguardo, dunque, ad accordi di riammissione stipulati sulla base del Trattato CE, sostituita dall'Unione e alla quale l'Unione succede (art. 1 NTUE).

[1] In argomento, v. A. Baldaccini, *The External Dimension of the EU's Asylum and Immigration Policies: Old Concerns and New Approaches*, in A. Baldaccini, E. Guild, H. Toner (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice: EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford-Portland, 2007, p. 277 ss.

Gli svolgimenti più significativi della dimensione esterna della politica migratoria sono presenti nel c.d. Programma dell'Aja adottato dal Consiglio europeo del 4-5 novembre 2004[2]. Nello stesso, quella dimensione assume contorni ben delineati, con indicazione delle priorità dell'UE: in particolare, la conclusione di accordi riammissione – sicché la Commissione sosteneva la nomina di un rappresentante speciale per la politica di riammissione[3] –, e l'adozione di programmi di protezione regionale dell'Unione, in collegamento con la politica europea di vicinato. Dal punto di vista che qui interessa, quest'ultima integra nelle relazioni con i Paesi vicini la materia migratoria, allo scopo di indirizzare i movimenti di persone di vasta scala provenienti dal nord Africa e dall'Europa dell'est[4].

Il Programma dell'Aja ha trovato degli sviluppi nella c.d. "strategia dell'Unione per la dimensione esterna della giustizia e affari interni" e nell'"approccio globale in materia di migrazione", con il quale il Consiglio europeo, nel dicembre 2005, ha definito delle "azioni prioritarie incentrate sull'Africa e il Mediterraneo"[5].

Quell'approccio costituisce attualmente uno dei fondamenti della politica migratoria dell'UE, nella quale assume un ruolo centrale il settore dell'allontanamento delle persone soggiornanti illegalmente in Stati membri della stessa Unione[6].

Invero, il Consiglio europeo ha richiamato più volte l'attenzione sul nesso tra l'allontanamento di quelle persone e la cooperazione con i Paesi di origine – e, come si vedrà, di provenienza – delle stesse, in vista della loro riammissione[7]:

---

2 Ove non diversamente indicato gli atti e altri documenti dell'UE, nonché le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea (d'ora in poi Corte di giustizia) sono reperibili *on line* seguendosi i percorsi pertinenti del sito curia.europa.eu.

3 V. COM(2005)184 def., 10 maggio 2005, p. 18.

4 Quella politica dunque è un nuovo mezzo per integrare, nei rapporti tra l'UE e Paesi dell'Africa e dell'est, dei settori tra loro collegati; gli accordi di riammissione (spesso insieme a quelli sui visti: cfr. *infra* par. 8) possono essere assunti come un dispositivo di detta politica. In generale, in argomento, v. M. Lefebvre, *La politique de voisinage: nouveau départ pour une ambition géopolitique*, in *RMUE*, 2007, p. 21 ss.; G. Rouet, P. Terem (dir.), *Elargissement et politique européenne de voisinage*, Bruxelles, 2008.

5 Azioni che inseriscono in un quadro comune i diversi aspetti politici "tra loro collegati: dalle relazioni esterne allo sviluppo, dall'occupazione alla giustizia, libertà e sicurezza": v. Council doc. 14366/05 REV 3, 30 novembre 2005. La strategia dell'UE per l'Africa è stata adottata dal Consiglio europeo del 15-16 dicembre 2005 e definisce il quadro generale della cooperazione tra l'UE e i partner africani, con sviluppi futuri per la politica europea di vicinato, comprensiva, come accennato, delle questioni migratorie.

6 V. le seguenti comunicazioni dedicate all'approccio globale in parola: COM(2005)247 def., 18 novembre 2005; COM(2006)735 def., 30 novembre 2006; COM(2007)247 def., 16 maggio 2007; COM(2008)611 def., 8 ottobre 2008.

7 V., ad es., il doc. ST13409/99ORI, 2 dicembre 1999 ("Ripercussioni del Trattato di Amsterdam sulle clausole di riammissione negli accordi comunitari e negli accordi tra la Comunità europea, i suoi Stati membri e i Paesi terzi"); anche per la centralità del ruolo riconosciuto agli accordi di riammissione nella politica migratoria dell'UE, v. le conclusioni dei Consigli di Siviglia, 21-22 giungo 2002; di Salonicco, 19-20 giungo 2003 (paragrafi 17-19); di Bruxelles, 16-17 ottobre 2003

si pensi, in particolare, alla cooperazione amministrativa, tra gli Stati interessati, necessaria per ottenere i documenti di identità (o di viaggio) degli immigrati illegali che non possano essere identificati, in vista della loro riammissione nello Stato di cui possiedano la cittadinanza (o da cui provengano). Sul punto va considerato che le procedure amministrative seguite da alcuni Stati possono avere l'effetto di rallentare la determinazione della nazionalità o l'individuazione dell'identità di propri cittadini allontanati da altri Stati[8]: può accadere, cioè, che, di fatto, alcuni Stati frappongano degli ostacoli all'adempimento dell'obbligo di riammissione dei propri cittadini che, come è noto, è previsto da una norma di diritto internazionale consuetudinario. Si tratta di un "principio di diritto internazionale" che "impedisce ai singoli Stati di negare ai propri cittadini l'ingresso ed il soggiorno nel proprio territorio"; quel principio – ha rilevato la Corte di giustizia – non è reso "inoperante" dal Trattato[9].

I problemi applicativi di quella norma – la cui esistenza è stata diffusamente riconosciuta in dottrina – possono trovare la loro soluzione grazie agli accordi di cui si tratta[10].

2. Limitando la nostra attenzione ai rapporti tra Stati coinvolti nel fenomeno migratorio, quegli accordi, nella formulazione più semplice, prevedono l'obbligo di ciascuna parte di riammettere, su richiesta dell'altra, i propri cittadini, presenti nel territorio del richiedente, che non soddisfino o non soddisfino più le condizioni di ingresso e di soggiorno applicabili in quel territorio.

Costituendo la cittadinanza un presupposto della riammissione, gli accordi indicano i documenti che costituiscono dei mezzi di prova per l'accertamento di detto presupposto (passaporto, carta d'identità non falsificati); nonché, quasi sempre, i criteri che consentano di presumerne fondatamente *prima facie* l'esi-

(par. 31), e 4 e 5 novembre 2004 (parte III, par. 1.6.4); e il par. 1.6.4 del Programma dell'Aja, cit. V. pure ampiamente COM(2002)175 def., 10 aprile 2002, par. 3 s.

8 Tra gli altri v. K. Hailbronner, *Readmission Agreements and the Obligations on States under Public International Law*, in *ZaöRV*, 1997, p. 1 ss.; F. Pastore, *L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *RDI*, 1998, p. 968 ss.; S. Peers, *Irregular Immigration and EU External Relations*, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan, E. Szyszczak (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden-Boston, 2004, p. 193 ss., in specie p. 198.

9 Così nella sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn* c. *Home Office*, punto 22; inoltre il punto 38 della sentenza 16 luglio 1988, causa C-171/96, *Pereira Roque* e *Governor of Jersey*.

10 Anche sui presupposti e l'ambito e di applicazione di quella norma, con ampi riferimenti alla prassi e alla dottrina, v. B. Nascimbene, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, p. 243 s.; K. Hailbronner, *op. cit.*, p. 2 ss.; F. Pastore, *op. cit.*, p. 976 ss.; con l'analisi dell'evoluzione degli accordi di riammissione, N. Coleman, *European Readmission Policy. Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden-Boston, 2009, pp. 11 ss. e 32. Di seguito saranno presi in considerazione essenzialmente gli Accordi già conclusi dalla Comunità con alcuni Stati del Mediterraneo: con l'Albania (*GUUE* L 124, 17 maggio 2005, p. 21), la Bosnia-Erzegovina, il Montenegro; nonché, per le ragioni indicate *infra*, par. 5 s., quelli con la Macedonia, la Moldavia, la Serbia, e l'Ucraina (Accordi pubblicati, insieme a quelli sui visti considerati *infra*, par. 8, *ivi* L 34, 19 dicembre 2007).

stenza[11]. In altri termini, molto spesso le norme di cui si tratta consentono di presumere la nazionalità – fino a prova contraria – sulla base di documenti (come le carte di immatricolazioni, le patenti, i certificati di nascita), o di altri dati utili e testimonianze. Siffatte norme, dunque, non appaiono idonee a stabilire con certezza la cittadinanza della persona di cui si tratta: pertanto, la loro funzione prevalente è di assicurare la riammissione utilizzando, per l'appunto, dei dati indicativi della cittadinanza dello straniero.

Gli accordi contemplano altresì le procedure pertinenti, la collaborazione diplomatica o consolare in materia; nonché, nelle versioni più evolute, i tempi entro i quali la parte richiesta deve rilasciare i documenti di viaggio per il ritorno della persona da riammettere e le conseguenze dell'inosservanza di quei tempi[12]. La previsione di questi ultimi, oltre a rendere spedita la procedura di riammissione, appare volta a favorire dei collegamenti funzionali tra le legislazioni immigratorie sul trattenimento degli stranieri, in vista del loro allontanamento, e la disciplina della riammissione.

Dato l'incremento dei flussi migratori, negli accordi è disciplinata altresì la riammissione dei cittadini di Stati terzi in situazione irregolare in possesso, almeno al momento dell'ingresso nel territorio della parte richiedente, di un visto o di un permesso di soggiorno validi rilasciati dalla parte richiesta, ovvero di coloro che siano entrati "irregolarmente e direttamente" nel territorio dello Stato richiedente, dopo aver soggiornato nel, o essere transitate dal, territorio di quello richiesto[13].

---

[11] Articoli 2, 4, 8 degli Accordi con l'Albania, la Bosnia-Erzegovina, il Montenegro, la Macedonia, la Moldavia, la Serbia, e gli Annessi 1 e 2 agli stessi. La disciplina di cui si tratta è contenuta nell'art. 2 dell'Accordo con l'Ucraina, il quale tuttavia non prevede la presunzione di cittadinanza; gli Annessi (1 e 2) allo stesso, quindi, hanno riguardo esclusivamente ai documenti probatori della cittadinanza.

[12] Articoli 2, par. 2, 4, par. 2, 6 e 10 dell'Accordo con l'Albania. Siffatte previsioni sono comuni agli Accordi con la Bosnia-Erzegovina, la Macedonia, il Montenegro e la Serbia (articoli 2, par. 4, e 6-10), ancorché siano rilevabili alcune differenze rispetto alla disciplina prevista dal secondo Accordo (art. 2, par. 4). Meno preciso è l'art. 2, par. 2, dell'Accordo con l'Ucraina (contempla il rilascio del documento di viaggio "sans délai" e per un periodo di validità di almeno sei mesi). D'altro canto, il medesimo non reca la presunzione di accettazione del documento di viaggio standard dell'UE per l'allontanamento, bensì prevista dagli altri atti in esame ove lo Stato terzo richiesto non rinnovi la validità del documento di viaggio già rilasciato al proprio cittadino da riammettere. Da segnalare infine che, in genere, negli accordi sono fatte salve procedure formali e informali di riammissione diverse da quelle previste.

[13] V. gli articoli 3 e 5 dell'Accordo con l'Albania; gli articoli 3, 5 e 9 degli altri Accordi, con eccezione di quello con l'Ucraina, nonché gli Annessi 3 e 4 agli stessi (recanti la lista dei documenti probatori o che costituiscono un indizio di prova delle condizioni di riammissione). Gli articoli 3 e 7 dell'Accordo con l'Ucraina hanno riguardo unicamente all'ipotesi di persona entrata illegalmente nel territorio del richiedente provenendo direttamente dall'altro Stato e che sia in possesso di un'autorizzazione di soggiorno o di un visto valido, rilasciati da detto Stato, con esclusione quindi della riammissione ricollegata a presunzioni probatorie. Il riferimento al transito o al soggiorno è presente nelle disposizioni degli Accordi con la Macedonia e la Serbia.

La disciplina della riammissione dei cittadini di Stati terzi è estesa, con i necessari adattamenti, agli apolidi[14].

Da quanto precede risulta, dunque, che i presupposti di tale riammissione, sconosciuta al diritto internazionale consuetudinario, possono essere di due tipi, ciascuno con possibili varianti interne: possono essere costituiti, cioè, da elementi di fatto (soggiorno, transito) e da atti giuridici (visto, titolo di soggiorno). Sebbene di diversa natura, quei presupposti appaiono indicativi del valore decisivo che, per la riammissione, viene generalmente riconosciuto dalle parti contraenti al collegamento esistente tra i cittadini di Stati terzi e la parte richiesta.

Allo scopo di facilitare l'esecuzione di un provvedimento di allontanamento (o di respingimento) dello Stato richiedente, gli accordi di riammissione prevedono che le altre parti contraenti autorizzino il transito sul proprio territorio delle persone destinatarie del provvedimento, purché "siano garantiti il proseguimento del viaggio" in altri Stati di transito e "la riammissione da parte di quello di destinazione"[15].

In vista di quella autorizzazione, dunque, non è richiesto alcun collegamento tra l'individuo e lo Stato richiesto; è sufficiente l'iniziativa dello Stato richiedente, al quale, d'altro canto, competono i costi e la riuscita dell'allontanamento. Si tratta, dunque, di clausole che estendono la cooperazione tra le parti contraenti nel settore in esame[16].

Le tre categorie di norme brevemente illustrate sono contenute sia in accordi bilaterali conclusi da Stati membri dell'UE, compresa l'Italia, sia in quelli già stipulati dalla Comunità, ora sostituita dall'Unione[17]. Questi ultimi favoriscono la formazione di norme internazionali comuni sulla riammissione, nei rapporti tra gli Stati membri e gli Stati terzi di cui si tratta[18]; inoltre recano delle clausole aggiuntive rispetto alla disciplina riferita, sulle quali vale la pena di richiamare l'attenzione.

Tra gli accordi stipulati con degli Stati balcanici, vanno segnalati in particolare quelli che estendono l'operare dell'istituto in esame (precisando, talvolta,

---

14 Indicazioni nella nota che precede.

15 V. l'art. 13 dell'Accordo con l'Albania; gli articoli 10-12 dell'Accordo con l'Ucraina e 13-15 degli altri Accordi. In argomento v. K. Hailbronner, *op. cit.*, p. 30; F. Pastore, *op. cit.*, p. 1002 ss. Si tratta di disposizioni redatte sulla falsa riga dell'art. 7 del modello di accordo raccomandato dal Consiglio dell'UE nel 1994: v. le raccomandazioni del 30 novembre 1994, sull'adozione di un documento di viaggio standard (lasciapassare) per l'allontanamento di cittadini di Stati terzi e su un modello di accordo bilaterale di riammissione tra uno Stato membro e uno Stato terzo. Le stesse possono leggersi, con un commento, in E. Guild, *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, The Hague-London-Boston, 1996, p. 385 ss.

16 Cfr. i due scritti in materia di riammissione indicati nella nota che precede.

17 Cfr. *supra*, nota 1.

18 Cfr. M. Schieffer, *Readmission and Repatriation of Illegal Residents*, in B. Martenczuk, S. van Thiel (eds.), *Justice, Liberty, Security*, Brussels, 2008, p. 89 ss., in specie p. 106. Peraltro, sulla posizione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca, v. *infra*, par. 4. Un inventario degli accordi di riammissione tra gli Stati membri (in proposito ci sia consentito di rinviare al nostro *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 238 ss.) e Stati terzi e tra questi è reperibile *on line* nel sito www.mirem.eu.

"se possibile") ai figli minorenni delle persone da riammettere a titolo principale, nonché ai coniugi di queste che abbiano o ottengano il diritto di ingresso o di soggiorno nel territorio dello Stato richiesto, a meno che i figli o i coniugi non godano di un diritto autonomo di residenza nello Stato richiedente[19].

La riammissione, dunque, prescinde dal luogo di nascita o dalla cittadinanza delle persone interessate; è ricollegata unicamente ai loro rapporti familiari (di filiazione, di coniugio) con gli individui da riammettere a titolo principale e all'assenza di un diritto autonomo di residenza nel territorio dello Stato richiedente. Siffatta disciplina, ancorché innovativa, riecheggia alcuni dei criteri utilizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (i rapporti indicati, la minore età, il grado di collegamento con lo Stato ospite variamente desumibile) per giudicare se l'espulsione di uno straniero, dal territorio di uno Stato parte della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, realizzi una interferenza nella sua vita familiare vietata dall'art. 8 della medesima Convenzione[20] (di seguito, CEDU). La riammissione, cioè, appare congruente con il rispetto del diritto riconosciuto da questa norma e da altre disposizioni contenute in convenzioni sui diritti dell'uomo, come si vedrà, richiamate dagli accordi in esame.

Peraltro, la disciplina riferita è suscettibile di ostacolare la possibilità che i vincoli familiari possano essere invocati, sulla base di quelle disposizioni, quale

---

[19] Art, 2, par. 2, degli Accordi con gli Stati balcanici (con esclusione di quelli con l'Albania e l'Ucraina); l'espressione "è possibile" è contenuta negli Accordi con la Macedonia e la Serbia. In dichiarazioni annesse agli stessi, le parti contraenti si impegnano a porre in essere misure che garantiscano il principio dell'unità familiare; inoltre, la sua applicazione dovrebbe essere sottoposta alla verifica del Comitato misto per la riammissione previsto da tutti gli atti in esame (art. 15 dell'Accordo con l'Ucraina; art. 18 degli altri). Lo stesso funziona come organo di controllo dell'attuazione dell'accordo pertinente e ne fissa le modalità di applicazione, adottando decisioni obbligatorie per le parti; non è previsto che tali decisioni siano sottoposte alla valutazione, ancorché solo politica, dei parlamenti nazionali e di quello europeo. Questo rimane del tutto estraneo alle decisioni fondate sull'accordo. Si realizza così una procedura che è fattore di squilibrio democratico nei rapporti tra le istituzioni (in argomento v. pure *infra*, testo e nota 33): vasta è la bibliografia sull'aspetto considerato; anche per altre indicazioni, tra gli altri, v. E. Triggiani, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 435 ss., in specie p. 473 ss.

[20] Per i criteri richiamati nel testo, v., ad esempio, la sentenza resa dalla Grande Camera il 18 ottobre 2006 nell'affare *Üner* c. *Paesi Bassi* (reperibile *on line* nel sito www.echr.coe.int), par. 54 ss. (con rinvii ai precedenti giurisprudenziali della stessa Corte (di seguito, Corte europea). Ampia è la bibliografia in materia; anche per altre indicazioni, v. K. Hailbronner, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague-Boston-London, 2000, p. 496 ss.; C. Tiburcio, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague-Boston-London, 2001, p. 115 ss.; B. Nascimbene, *La Convenzione, la condizione dello straniero e i diritti dell'uomo*, in B. Nascimbene (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 158 ss.; N. Blake, *Developments in the Case law of the European Court of Human Rights*, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan, E. Szyszczak (eds.), *op. cit.*, p. 438 ss.; R. Pisillo Mazzeschi, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *DUE*, 2004, p. 723 ss., in specie p. 756 ss.; F. Sudre, *Droit européenne et international des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006, VIII ed., p. 563 ss.

limite all'allontanamento – cioè da parte – della persona da riammettere a titolo principale.

Degna di nota è altresì la prevista riammissione degli individui che abbiano rinunciato alla cittadinanza dello Stato richiesto dopo essere entrati nel territorio di quella richiedente, a meno che non abbiano ricevuto da questa, quanto meno, la promessa di essere naturalizzati[21].

Seguendo la prassi normativa nota in materia, gli accordi stipulati dalla CE recano clausole di salvaguardia dello Stato richiesto, ove, in dati limiti di tempo, sia costatata l'inesistenza dei presupposti per la riammissione già autorizzata: ad esempio, nel caso in cui per errore si ritenga che la persona interessata possieda la cittadinanza della parte richiesta all'uscita dal territorio di quella richiedente. In una siffatta ipotesi, quest'ultima è tenuta a riammettere quella persona[22].

Clausole di contenuto analogo funzionano per la riammissione dei cittadini di Stati terzi. Si è già detto del valore a tal fine riconosciuto al collegamento tra le persone (cittadini di Stati terzi) da riammettere e la parte richiesta. Coerente con tale valutazione normativa è la previsione, negli accordi in esame, di eccezioni alla riammissione in presenza di un eventuale più stretto collegamento che possa stabilirsi tra lo straniero e lo Stato richiedente: in particolare, in caso soltanto di transito attraverso un aeroporto internazionale della parte richiesta e nell'ipotesi di rilascio da parte dello Stato richiedente di un visto o permesso di soggiorno prima o dopo l'ingresso nel suo territorio, purché di durata superiore a quello rilasciato dalla parte richiesta e non ottenuti con documenti falsi e contraffatti[23].

Nel senso indicato depongono altresì i criteri previsti per l'eventuale distribuzione dell'obbligo di riammissione tra più Stati membri che abbiano rilasciato il visto o il permesso di soggiorno al cittadino dello Stato terzo o all'apolide: nell'ordine, allo Stato membro che ha rilasciato il documento con il periodo di validità più lungo; in caso di uno o più documenti scaduti, a quello che ha rilasciato il documento ancora valido; ove tutti i documenti siano scaduti, allo Stato membro che ha rilasciato il documento più recente. In assenza di documenti, l'obbligo incombe sullo Stato membro dal cui territorio siano partite le persone di cui si tratta[24].

Nell'ordine di idee considerato, va segnalato infine che, giusta alcune norme contenute negli accordi con gli Stati sorti a seguito dello smembramento della ex-Repubblica socialista di Iugoslavia, i medesimi sono tenuti a riammettere i cittadini di quella ex-Repubblica privi di altra cittadinanza, purché nati e resi-

---

21 Quest'ultima precisazione è contenuta nell'art. 2, par. 1, dell'Accordo con l'Albania; negli articoli 2, par. 3, e 4, par. 3, degli Accordi con gli Stati balcanici; fa difetto all'art. 2, par. 1, dell'Accordo con l'Ucraina.

22 Art. 12 degli Accordi con gli Stati balcanici, ad eccezione di quello con l'Ucraina (art. 4).

23 Cfr. le norme indicate nella nota che precede, le quali peraltro presentano alcune varianti. In argomento v. K. Hailbronner, *Readmission*, cit., p. 27 s.; F. Pastore, *op. cit.*, p. 999 s., anche per un esame di altre norme, già note, di contenuto analogo a quelle considerate.

24 Cfr. le norme da ultimo citate.

denti a titolo permanente nello Stato di cui si tratta alla data critica indicata[25]. Siffatte clausole sono inserite tra quelle che disciplinano la riammissione dei cittadini di Stati terzi.

La costante previsione delle stesse negli accordi comunitari appare indicativa, ci sembra, dell'obiettivo dell'UE di creare una specie di *buffer zone* attorno al territorio della stessa Unione, rispetto all'immigrazione straniera.

La diffusione e persistente applicazione delle clausole in esame potrebbe favorire, a mezzo della politica europea di vicinato, la formazione di una norma regionale di diritto consuetudinario, di contenuto analogo a quella prevista dagli accordi comunitari e bilaterali di riammissione[26].

3. Come è facile scorgere, da quanto precede risulta che si ha riguardo ad accordi volti a favorire il rimpatrio degli stranieri il cui soggiorno risulti irregolare, così riducendone il numero[27]: la riammissione è da ricollegare alla circostanza che i cittadini di una parte contraente o altre persone non soddisfino, o non soddisfino più, le condizioni di ingresso o di soggiorno applicabili nel territorio dell'altra parte contraente. Su queste basi, è da ritenere che la richiesta di riammissione presupponga l'esistenza di un provvedimento di allontanamento fondato, evidentemente, sull'accertata violazione delle pertinenti norme immigratorie (sull'ingresso, il soggiorno) implicitamente richiamate dagli accordi in esame, i quali, in effetti non definiscono la nozione di irregolare[28].

---

25 Art. 3, par. 3, degli Accordi, ai quali sono allegate le liste dei documenti probatori della cittadinanza (Annesso 5).

26 Rispetto a quanto semplicemente prospettato, nel testo, va segnalata l'opinione di K. Hailbronner, *Readmission*, cit. p. 25 ss.: la formazione dell'obbligo di diritto internazionale consuetudinario, cui fa difetto l'*opinio juris*, di riammettere i cittadini di Stati terzi è configurata sulla base della asserita esistenza di una norma di origine consuetudinaria sui rapporti di buon vicinato (concetto diverso dalla politica indicata, sulla quale v. la bibliografia indicata *supra*, nota 4).

27 Cfr. in tal senso, ad esempio, il par. 7 del preambolo della direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, sulle norme e procedure comuni applicabili al rimpatrio dei cittadini di Stati terzi il cui soggiorno è irregolare (sulla quale v. T. Fajardo del Castillo, *La directiva sobre el ritorno de los migrantes en situación irregular*, in *RDCE*, 2009, p. 453 ss.; K. Parrot-Gibert, C. Santulli, *La «directive retour», l'Union européenne contre les étrangers*, in *Rev. cr. DIP*, 2009, p. 205 ss.; nonché A. Baldaccini, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law. An Analysis of the Returns Directive*, in *EJML*, 2009, p. 1 ss.); altre indicazioni *supra*, testo e nota 7, nonché gli svolgimenti di M. Schieffer, *op. cit.*, p. 91 ss.

28 Cfr. il doc. SCH-EVAL FRONT 21 COMIX 252, 19 marzo 2009 (26.05), recante le riflessioni del Gruppo "Valutazione Schengen" (a p. 53 si legge che la decisione di rimpatrio dovrebbe rivestire forma scritta anche al fine di consentire il ricorso dell'interessato). L'operare della riammissione, sulla base di un provvedimento di espulsione, presuppone dunque che non sussistano limiti a quest'ultima; i medesimi possono derivare dal diritto interno – si pensi ad esempio agli articoli 2 e 19 del t. u. italiano sull'immigrazione – nonché, come si avrà modo di approfondire, da obblighi di diritto internazionale. Quanto precede contribuisce a configurare gli accordi in esame come accordi di natura tecnica (cfr. M. Schieffer, *op. cit.*, p. 96). In generale, sulle procedure di riammissione (ordinarie e accelerate) e gli aspetti considerati, nel testo, v. K. Hailbronner, *Readmission*, cit., p. 14 s.; F. Pastore, *op. cit.*, p. 990 ss. L'espressione irregolare – che figura pure nell'art. cit. di seguito, nel testo – non è definita dalle norme degli accordi e va intesa

A quel provvedimento fa riferimento, in particolare, l'art. 12 della direttiva 2005/85/CE, del 1° dicembre 2005, sulle norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato[29].

Or bene, l'art. 63, par. 1, punto 3, lett. b), TCE attribuiva al Consiglio la competenza ad adottare misure in materia di "immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare"; competenza, come è noto, concorrente con quella degli Stati membri. La qual cosa vale anche per la pertinente disciplina del TFUE (articoli 4 e 77 ss.)[30].

Ciò posto, e data la evidente connessione tra rimpatrio e riammissione, il combinato disposto degli articoli 63, cit., e 300, par. 2, TCE, ha costituito la base giuridica per la stipulazione di accordi di riammissione tra la CE e Stati terzi, o per l'inserimento di clausole di riammissione in accordi di cooperazione e di associazione con Stati terzi[31].

Pertanto, l'art. 79, par. 3, TFUE (norma da leggere unitamente all'art 78, lett. *g*, concernente il partenariato e la cooperazione per la gestione dei flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea), contemplando la competenza dell'Unione a concludere accordi di riammissione, ha semplicemente recepito l'esperienza comunitaria nota in materia, fondata sul combinato disposto indicato[32].

---

alla luce dell'art. 5 del c.d. Codice delle frontiere Schengen e degli altri requisiti richiesti dall'ordinamento statale, dal cui punto di vista ci si pone, per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri (cfr. l'art. 3 della c.d. direttiva rimpatri, cit. *supra*, nota 27). Degne di nota, per l'interpretazione dell'espressione in parola (ed altre rilevanti in materia), le definizioni comuni, ancorché non obbligatorie, elaborate dalla Commissione e riprodotte nell'Allegato a COM(2002)564 def., 14 ottobre 2002.

29 In *GUUE* L 326, 12 dicembre 2005, p. 13 ss.

30 Da richiamare altresì l'operare nel settore in esame del principio di sussidiarietà già previsto dall' art. 5 TCE (come risulta ritualmente dai preamboli degli atti fondati su quella norma), al quale corrisponde l'art. 5, par. 3, NTUE. Sul rilievo della sussidiarietà nella politica di riammissione, v. N. Coleman, *op. cit.*, p. 80 s. Con riguardo all'esercizio delle competenze concorrenti nel TFUE, si vedano il Protocollo n. 25 e la Dichiarazione n. 18, allegati al Trattato di Lisbona (di cui i Protocolli costituiscono parte integrante: art. 51 NTUE).

31 All'art. 63, punto 3, lett. b), TCE sono state riportate la decisione del Comitato esecutivo degli Accordi di Schengen concernente i principi generali per i mezzi di prova e gli indizi nel quadro degli accordi di riammissione tra gli Stati Schengen, nonché la decisione sulla cooperazione tra le parti contraenti in materia di espulsione di cittadini di paesi terzi per via aerea, abrogata dalla direttiva 2003/110/CE del 25 novembre 2003, relativa all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea (art. 10), *GUUE* L 321, 6 dicembre 2003, p. 26 ss.: cfr. la decisione 1999/436, 20 maggio 1999, attributiva della base giuridica alle disposizioni dell'*acquis* di Schengen (*GUCE* L 176, 10 luglio 1999), con riferimento ai seguenti atti del Comitato: SCH/COM-ex(97)39 rev., 15 dicembre 1995; SCH/COM-ex (98) 10, 21 aprile 1998.

32 Da segnalare in argomento che in base all'art. 68 TFUE, il Consiglio europeo, con una decisione per consenso (art. 15, par. 4, NTUE), definisce gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa dello spazio di sicurezza giustizia e libertà, con conseguente possibile incidenza di quelle determinazioni sul settore di cui si tratta. Sul punto v. S. C. Sieberson,

In argomento va precisato che, in applicazione dell'art. 67 TCE, a partire dal gennaio 2005, le misure *ex* art. 63, cit., sono state adottate in base alla procedura della codecisione prevista dall'art. 251; peraltro, giusta l'art. 300, par. 3, il Parlamento europeo è stato, a suo tempo, semplicemente consultato nel processo decisionale di conclusione degli accordi[33].

Rispetto a ciò innova l'art. 218, par. 6, lett. a) v), TFUE, posto che "il Consiglio adotta la decisione di conclusione dell'accordo: previa approvazione del Parlamento europeo", in particolare, ove il medesimo riguardi, come nella materia di cui si tratta, "settori ai quali si applica la procedura legislativa oppure la procedura legislativa speciale qualora sia necessaria l'approvazione del Parlamento europeo".

4. L'avvenuto riconoscimento alla CE della competenza in parola ben si comprende ove si consideri il maggior peso politico della Comunità nel suo complesso nel negoziare accordi di riammissione; o quanto meno questa è stata l'aspettativa[34]. D'altro canto gli accordi e, come si vedrà, le clausole di riammissione possono favorire la creazione di un quadro giuridico unitario tra lo Stato terzo e gli Stati membri.

Ciò posto, non è privo di rilievo stabilire se quella competenza abbia carattere esclusivo e concorrente. In effetti, l'accoglimento della prima costruzione comporta l'esclusione della competenza degli Stati membri a concludere accordi di riammissione; diversamente, va riconosciuto il persistere di detta competenza, ferma restando, è appena il caso di precisare, l'applicazione del principio di leale cooperazione (art. 10 TCE, per il passato; art. 4, par. 3, della versione consolidata del NTUE): a parte l'inammissibilità di accordi conclusi collettivamente dagli Stati membri, va scartata, cioè, la stipulazione di accordi con uno Stato terzo, ove alla Commissione sia stato conferito il mandato di negoziare un accordo con quello stesso Stato.

Or bene, in argomento va ricordato che, come è noto, sulla soluzione del problema in esame, considerato nella sua generalità, hanno influito le indicazioni – qui sinteticamente richiamate – fornite dalla Corte di giustizia. Ciò posto, e dato altresì che quelle indicazioni possono considerarsi recepite negli articoli 3, par. 2, e 216, par. 1, TFUE[35], in assenza di novità normative contenute nel Trattato di Lisbona e di prassi difforme da quella fin qui nota, la soluzione accolta per il periodo precedente all'entrata in vigore di quel Trattato potrà essere ragionevolmente estesa alla situazione attuale.

Dividing Lines Between the European Union and Its Member Sates: The Impact of the Treaty of Lisbon, The Hague, 2008, p. 215 s.

33 In proposito v. M. Schieffer, *op. cit.*, p. 102.

34 Cfr. *infra*, par. 7, con riferimento al lento andamento dei negoziati con alcuni Paesi di emigrazione del Mediterraneo.

35 Cfr. U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, Milano, 2009, V ed., p. 214 ss., il quale pertanto interpreta le due norme in parola alla luce della giurisprudenza della Corte.

A noi pare di dover preferire l'opinione secondo cui si ha riguardo a una competenza concorrente con quella degli Stati membri[36]. In tal senso possono essere richiamate le caratteristiche delle disposizioni del TCE e del TFUE in materia di immigrazione, quali considerate nel paragrafo che precede; gli orientamenti di politica immigratoria finora seguiti nell'Unione; in particolare, l'ininterrotto esercizio della competenza degli Stati membri nel settore in esame: questi in effetti stipulano accordi di riammissione[37]. E ciò, vale la pena di notare, è stato consentito da clausole di riammissione contenute in accordi di associazione, o aventi altro oggetto, stipulati dalla Comunità[38]; inoltre, nel Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo del 16 ottobre 2008 (Parte II), il Consiglio, ribadito l'obbligo di riammissione, conveniva sulla necessità della adozione di accordi di riammissione a livello comunitario e bilaterale.

Più in generale, in argomento, non è privo di rilievo ricordare che Dichiarazioni e Protocolli, concernenti la disciplina dell'asilo e dell'immigrazione, già annessi al Trattato CE, hanno dato rilievo alle valutazioni di politica estera degli Stati membri e riconosciuto la competenza di questi a concludere accordi nei "settori" di cui si tratta[39]. La qual cosa ha trovato attuazione nell'art. 13 del regolamento 1931/2006 ed è stata ribadita nella Dichiarazione n. 37 alle-

---

36 In argomento v. R. Cholewinski, *The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights*, in *EJML*, 2000, p. 361 ss., in specie, p. 394; M. Schieffer, *Community Readmission Agreements with Third's Countries-Objectives, Substance and Current Negotiations*, *ivi*, p. 343 ss., il quale peraltro (a p. 350 s.) prospetta il carattere esclusivo della competenza della Comunità in materia, pur riconoscendo che la prassi e le chiare prese di posizione degli Stati all'interno del Consiglio giustizia e affari interni depongono nel senso qui accolto; B. Nascimbene, *Relazioni esterne e Accordi di riammissione*, in L. Daniele (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 297 ss., in specie p. 309 s, il quale rileva, infine, che il riconoscimento di una competenza esclusiva esterna "dipende dall'evoluzione stessa della politica di immigrazione"; P. J. Kuijper, *The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution: Institutional Aspects*, in *CML Rev.*, 2004, p. 609 ss., in specie p. 617 ss. (per la necessità degli accordi ai fini del rimpatrio, con la conseguente affermazione del carattere esclusivo della competenza: cfr. di seguito, nel testo); J. Monar, *The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs*, in *EFA Rev.*, 2004, p. 935 ss., in specie, p. 403 s.; M. Cremona, *EU External Action in IHADomain: A Legal Perspective*, in *EUI Working Papers Law*, 2008/24, in specie p. 12 ss. (eui.eu, reperibile *on line*); Id., *Defending the Community Interest: the Duties of Cooperation and Compliance*, in M. Cremona, B. de Witte (eds.), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, Oxford-Portland, 2008, p. 125 ss. (scritto nel quale si sostiene che non necessariamente gli interessi della Comunità risultano soddisfatti dall'esercizio delle competenze esclusive); inoltre (con altre indicazioni bibliografiche), nel senso qui accolto, N. Coleman, *op. cit.*, p. 73 ss., sulla base di svolgimenti (p. 60 s.) volti a dimostrare che la disciplina della riammissione non è necessaria per l'espulsione.

37 Sui quali v. K. Hailbronner, *Readmission*, cit., p. 1 ss.; F. Pastore, *op. cit.*, p. 968 ss.; G. Cellamare, *op. cit.,* p. 231 ss., anche per la convergenza tra il Governo e il Parlamento nell'ammettere la stipulazione degli accordi nella forma semplificata. Indicazioni di tali accordi *supra*, nota 18.

38 Cfr. *infra*, par. 6.

39 Dichiarazione sull'articolo 62, punto 2, lett. b); Dichiarazione sull'articolo 63, punto 3, lett. a); Protocollo n. 31, sulle relazioni esterne degli Stati membri in materia di attraversamento delle frontiere esterne.

gata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona[40].

Degna di nota, in argomento, la seguente posizione espressa, a suo tempo (27-28 maggio 1999), dal Consiglio giustizia e affari interni: "Tra gli obiettivi comunitari della politica di immigrazione figura il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare in uno Stato membro (articolo 63, par. 3, TCE). Gli accordi di riammissione costituiscono un valido strumento per una politica efficace in materia di rimpatrio. Laddove opportuno, il Consiglio autorizzerà la Commissione a condurre negoziati con paesi terzi per la conclusione di accordi di riammissione". Tuttavia, gli accordi di riammissione della Comunità non sono di solito – giusta una nota indicazione della Corte di giustizia rilevante nel problema in esame – "*indissociabilmente legati* al raggiungimento dell'obiettivo comunitario del "rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare". Ciò deve essere valutato caso per caso. Occorre anche esaminare se un accordo di riammissione bilaterale tra uno Stato membro e un paese terzo possa ripercuotersi negativamente su altri Stati membri. Pertanto, la conclusione di accordi di riammissione non è di esclusiva competenza comunitaria. Gli Stati membri possono concludere accordi di riammissione con paesi terzi se la Comunità non ha stipulato alcun accordo con il paese terzo in questione o non ha adottato alcun mandato per negoziare un siffatto accordo. In taluni casi, gli Stati membri possono concludere accordi bilaterali anche dopo la conclusione di un accordo comunitario o l'avvio di negoziati, ad esempio nel caso in cui l'accordo comunitario o il mandato di negoziato contengono soltanto dichiarazioni generali in materia di riammissione, mentre uno o più Stati membri esigono disposizioni dettagliate al riguardo. Gli Stati membri non possono stipulare accordi qualora essi rischino di pregiudicare accordi comunitari esistenti"[41].

Ora, a parte il riferimento, invero poco chiaro, alla valutazione del caso concreto, qui interessa rilevare che la posizione riferita, escludendo il "collegamento inestricabile" tra accordi e rimpatrio, scartava l'opinione, inizialmente preferita dalla Commissione, circa il carattere esclusivo della competenza in parola[42].

---

[40] Cfr. pure il Protocollo n. 23 di contenuto corrispondente al Protocollo n. 31, cit. nella nota precedente. Il regolamento (CE) n. 1931/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006, stabilisce norme sul traffico frontaliero locale alle frontiere terrestri esterne degli Stati membri e modifica le disposizioni della Convenzione Schengen, *GUUE* L 405, 30 dicembre 2006, p. 3. ss. L'art. 13 stabilisce, tra l'altro, che "gli Stati membri sono autorizzati a concludere accordi bilaterali con paesi terzi limitrofi nel rispetto delle norme stabilite dal (…) regolamento. Gli Stati membri possono inoltre tenere in vigore gli accordi bilaterali di traffico frontaliero locale conclusi con paesi terzi limitrofi".

[41] Cfr. le conclusioni della 2184a sessione, tenutasi a Bruxelles il 27/28 maggio 1999; i corsivi sono nostri: il riferimento è a quanto osservato dalla Corte nel parere 1/94 del 15 novembre 1994 (punto XV), relativo alla *competenza della Comunità a concludere accordi in materia di servizi e protezione della proprietà intellettuale*.

[42] Ciò, a quanto pare, essenzialmente, in considerazione della necessaria connessione tra norme comunitarie sull'espulsione degli stranieri e norme internazionali sulla riammissione degli stessi: cfr. R. Cholewinski, *Irregular Migration*, in S. Peers, N. Rogers (eds.), *Immigration and*

Nonostante i riferiti svolgimenti del Consiglio, in dottrina è stata affermata la necessità degli accordi di riammissione per realizzare i rimpatri delle persone in condizione irregolare; dal momento che i secondi risultano indissolubilmente legati ai primi, è stato sostenuto il carattere esclusivo della competenza a concludere quegli accordi[43].

Sennonché, per un verso, la conclusione degli accordi di riammissione non prova (*necessariamente*) la cooperazione degli Stati terzi parti degli accordi in vista della riammissione; per altro verso, non sussistono dati statistici che inducano a ritenere che la disciplina della riammissione assicuri (sia *necessaria* per assicurare) il rimpatrio[44].

Certo, negli svolgimenti della giurisprudenza pertinente, sulla quale non è possibile soffermarsi in questa sede, la Corte di giustizia, dopo aver affermato che la competenza diventa esclusiva ove si tratti di un settore che è "in gran parte disciplinato" dal diritto comunitario[45], ha infine osservato che il carattere esclusivo della competenza "deve basarsi su conclusioni derivanti da una analisi concreta del rapporto esistente tra l'accordo previsto e il diritto comunitario in vigore da cui risulti che la conclusione di un tale accordo può incidere sulle norme comunitarie", non essendo necessario che "sussista una concordanza completa tra il settore disciplinato dall'accordo internazionale e quello della normativa comunitaria". Con la precisazione che la determinazione dell'esistenza del criterio indicato, precedentemente dalla stessa Corte, con la formula "di un settore già in gran parte disciplinato da norme comunitario" va fondato "non solo sulla portata delle disposizioni in questione, ma anche sulla natura e sul contenuto di queste. Occorre inoltre prendere in considerazione non soltanto lo stato attuale del diritto comunitario nel settore interessato, ma anche le prospettive della sua evoluzione"[46].

Quest'ultimo riferimento – unitamente all'abbandono del criterio, già sostenuto dalla Corte, della completezza delle disciplina comunitaria nel settore disciplinato dall'accordo – depone più facilmente per l'esistenza di una competenza

---

Asylum Law: Text an Commentary, Leiden-Boston, 2006, p. 585 ss., in specie p. 887 ss.; N. Coleman, *op. cit.*, p. 75 s., testo e note pertinenti. Inoltre i dati desumibili dal doc. indicato nella nota che precede e da Council doc. 1373/99, 7 dicembre 1999.

43 Cfr. *supra* in nota 35.

44 Indicazioni bibliografiche *supra*, nota 35. Inoltre, F. Trauner, I. Kruse, *EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: A New Standard EU Foreign Policy Tool*, in *EJML*, 2008, p. 411 ss., in specie p. 430 ss.; nonché, a partire dal 1988, i dati statistici (qui non riproducibili), gentilmente messi a disposizione dal Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica sicurezza, Direzione Centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere, relativi al numero di stranieri rintracciati e rimpatriati dalle autorità italiane in Stati terzi, in assenza di accordi di riammissione con gli stessi.

45 V. il parere 2/91, 9 marzo 1993, relativo alla *Convenzione n. 170 dell'OIL*, *Raccolta*, punto 25 s.

46 Così la Corte nel parere 1/03, 7 febbraio 2006, nell'esame del problema della *competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*.

esclusiva nel settore di cui si tratta. Peraltro, come è stato osservato, quello stesso riferimento è fonte di "incertezza" in ordine alla distinzione tra materie di competenza concorrente ed esclusiva[47].

Su queste basi, a noi pare di dover seguire i dati che emergono dalla prassi e riconoscere quindi la (attuale) competenza concorrente a concludere accordi di riammissione. D'altro canto, non si ha notizia di prese di posizione della Commissione in senso contrario alla prassi seguita in materia dagli Stati membri; o alle riferite indicazioni del Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, del 2008[48].

Riprendendo la posizione del Consiglio sopra riportata, è appena il caso di osservare che la soluzione accolta non esclude affatto l'applicazione del principio di leale cooperazione, operativo in una situazione, come quella in esame, di "esercizio coordinato delle competenze", in quanto "principio di funzionamento del sistema"[49].

5. Si ha riguardo a una materia nella quale ha trovato applicazione il Protocollo n. 4 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda allegato al TCE; ha trovato applicazione, cioè, la disciplina concernente l'eventuale partecipazione di detti Stati, su iniziativa degli stessi, a atti e accordi adottati in base al titolo IV TCE. In altri termini, in assenza delle notificazioni previste dall'art. 3 – per la partecipazione all'adozione e applicazione delle misure proposte – o dell'art. 4 – per l'accettazione delle misure adottate – gli accordi di riammissione già considerati non sono obbligatori per il Regno Unito e l'Irlanda. I due Stati membri hanno notificato variamente di voler partecipare all'adozione e all'applicazione delle decisioni relative alla conclusione di alcuni accordi di riammissione[50]. D'altro canto, posto che ai sensi dell'art. 2, par. 1, del Protocollo n. 5 sulla posizione della Danimarca allegato al TCE, questo Stato non era vincolato

---

47 Così U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea,* Bari, 2008, p. 186 ss. Vasta è la bibliografia in materia: con ampie indicazioni giurisprudenziali e della dottrina, *adde* A. Tizzano, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea*, in *DUE*, 1999, p. 465 ss.; E. Cannizzaro, *Le relazioni esterne della Comunità*: *verso un nuovo paradigma unitario*?, *ivi*, 2007, p. 223 s.; G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2007, nuova ed. riveduta e aggiornata, p. 144 ss.; R. Holdgaard, *External Relations Law of the European Community: Legal Reasoning and Legal Discourses*, Alphen aan den Rijn, 2008.

48 Cfr. *supra*, in questo par.

49 L'espressione è di G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, IV ed., p. 115; con particolare riguardo agli accordi di riammissione, cfr. Nascimbene, *Relazioni*, cit., p. 309 s., con indicazioni giurisprudenziali.

50 Sui Protocolli in parola e i problemi interpretativi e applicativi degli stessi, v. G. Cellamare, *op. cit.*, p. 57 ss.; B. Martenczuk, *Variable Geometry and the External Relations of the EU: The Experience of Justice and Home Affairs*, in B. Martenczuk, S. van Thiel (eds.), *op. cit.*, p. 493 ss. Le posizioni assunte dai due Stati risultano dalle decisioni indicate *supra*, nota 10: v., ad esempio, il par. 4 del preambolo della decisione 2005/371/CE, 3 marzo 2005, relativa alla firma dell'Accordo tra la Comunità e l'Albania. Diverso è l'orientamento seguito in materia dai due Stati membri: cfr. M. Schieffer, *Readmission and Repatriation*, cit., p. 104 ss., il quale pone in luce che per l'Irlanda "negotiating authorizations" sarebbero meri atti interni, con la conseguenza

dalle norme del titolo IV di detto Trattato, nonché – con alcune eccezioni – dalle disposizioni e accordi adottati in base a quel titolo, ed essendo stato escluso che gli accordi di riammissione possano essere considerati uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen, in materia non ha potuto funzionare la disciplina di quel Protocollo sulla possibile estensione alla Danimarca di detto *acquis*, quale fonte di obblighi di diritto internazionale per detto Stato (par. 5)[51].

Il Protocollo n. 4, con gli opportuni emendamenti, è stato trasfuso nel Protocollo n. 21 allegato al TFUE; alla disciplina in esso contenuta si ispira l'Allegato al Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca.

6. Ove si concentri l'attenzione sugli Stati che si affacciano sul Mediterraneo, può notarsi che gli accordi di riammissione sono Stati stipulati con dei Paesi dell'est a diretto contatto con l'UE; in particolare con Paesi con i quali le relazioni dell'UE si svolgono prevalentemente nell'ambito del Processo di stabilizzazione e associazione (Bosnia-Erzegovina, ex Repubblica iugoslava di Macedonia, Montenegro, Serbia, Albania)[52]. Negli accordi euro-mediterranei con Paesi del sud, oltre che con la Croazia, sono contenute bensì delle clausole di riammissione, la cui efficacia operativa non può essere equiparata a quella che, quanto meno potenzialmente, presentano gli accordi di riammissione.

All'inclusione di clausole di riammissione in accordi tra la Comunità, i suoi Stati membri e i Paesi terzi, ha riguardo una decisione del Consiglio giustizia e affari interni del 2 dicembre 1999: predisponendo due modelli di clausole da inserire negli accordi comunitari, misti e bilaterali, quella decisione fornisce delle indicazioni circa la finalità da perseguire a mezzo di dette clausole, prescindendo dalla loro sede[53].

---

che non sarebbe necessario "to opt-in" nella fase in parola, opzione da esercitare bensì allorché la Commissione presenti la proposta formale di conclusione dell'accordo.

[51] V. il doc. del COREPER 81/2000/249, 17 marzo 2000; in senso critico, N. Coleman, *op. cit.*, p. 53 ss. Agli accordi in esame sono allegate delle dichiarazioni con le quali le parti contraenti sottolineano l'opportunità che la Danimarca e lo Stato terzo concludano un accordo di riammissione sul modello di quello di cui si tratta. Dichiarazioni di contenuto analogo hanno riguardo ai rapporti tra lo Stato terzo e quelli associati all'*acquis* di Schengen.

[52] In argomento, tra gli alti, v. C. Pippan, *The Rocky Road to Europe: The EU's Stabilisation and Association Process for the Western Balkans and the Principle of Conditionality*, in *EFA Rev.*, 2004, p. 219 ss.; N. Simidjiyska, *From Milosevis's Reign to the European Union: Serbia and Montenegro's Stabilization and Association Agreement*, in *Temple ICLJ*, 2007, p. 147 ss. In generale, sulla "prospettiva europea" dei rapporti esterni dell'Unione, v. U. Villani, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area del Mediterraneo*, in questa *Rivista*, 2009, p. 551 ss., in specie p. 558 ss.

[53] Decisione 13409/99: nel quadro della cooperazione per la prevenzione e la lotta contro l'immigrazione clandestina, gli articoli A e B fanno riferimento a clausole sugli obblighi reciproci di riammissione dei cittadini dello Stato terzo contraente e degli Stati membri e, rispettivamente, dei cittadini di Stati terzi e degli apolidi; in attesa della conclusione di accordi recanti siffatte clausole, l'art. C prevede un obbligo *de contahendo* avente ad oggetto trattati bilaterali di riammissione tra lo Stato terzo e gli Stati membri (la qual cosa postula la competenza concorrente: cfr. *supra*, par. 4). In argomento v. Nascimbene, *Relazioni esterne*, cit., p. 304.

Le stesse sono ormai diffusamente previste e possono essere, schematicamente, raggruppate come segue, in ragione della gradualità degli obblighi assunti dalle parti contraenti[54].

Si hanno degli accordi che recano intenti di collaborazione nella lotta contro le migrazioni illegali, tenendo conto "del principio e della prassi della riammissione", o che impegnano le parti a controllare dette migrazioni alla luce del principio e prassi in parola[55]. Vanno poi ricordati i trattati che, nel quadro più generale della cooperazione che si intende instaurare, seguendo da vicino alcune raccomandazioni del 1995 riprese nella citata decisione del 1999[56], riaffermano l'obbligo di riammissione previsto dal diritto internazionale consuetudinario e contemplano, variamente, un impegno o un *pactum de contrahendo* avente ad oggetto accordi comunitari e/o bilaterali che disciplinano la materia in esame nei rapporti tra (la Comunità,) gli Stati membri e lo Stato terzo interessato; la riammissione può risultare estesa ai cittadini di Stati terzi[57].

Possono aversi inoltre accordi di associazione che recano dichiarazioni talvolta accompagnate da un obbligo di dialogo[58].

---

54 Cfr. ampiamente N. Coleman, *op. cit.*, p. 211 ss.

55 Limitandoci ad alcuni esempi, v. l'art. 69, 3° comma, dell'Accordo euromediterraneo (del 17 luglio 1995, *GUCE* L 97, 30 marzo 1998, p. 2 ss.) istitutivo di un'Associazione tra la Comunità, i suoi Stati membri e la Tunisia, il quale indica i settori delle migrazioni oggetto di dialogo sociale, tra cui quello "dell'immigrazione clandestina e delle condizioni di rimpatrio delle persone in situazione irregolare" (lett. c); l'art. 57 dell'Accordo euromediterraneo con Israele, del 20 novembre 1995 (*ivi* L 177, 21 giugno 2000, p. 3 ss.); clausole analoghe sono nell'art. 63 dell'Accordo di associazione con il Marocco, del 27 febbraio 1996 (*ivi* L 70, 18 marzo 2000, p. 2 ss.).

56 Si ha riguardo alle raccomandazioni del Consiglio dell'Unione (concernenti settori della politica migratoria già rientranti nelle "questioni di interesse comune", *ex* art. K 1, par. 3, del Trattato di Maastricht) del 30 novembre 1994 e del 24 luglio 1995. Per la prima raccomandazione, v. *supra*, nota 15; la raccomandazione del 1995 reca i "principi generali da seguire all'atto della stesura di protocolli sull'attuazione di accordi di riammissione" (*GUCE* C 274, 19 settembre 1996, p. 24 ss.).

57 Vedi gli articoli 68 ("Egypt agrees to readmit any of its nationals illegally present on the territory of a Member State, upon request (…)") e 69 ("After the entry into force of the Agreement, the Parties at the request of any of them, *shall negotiate* and conclude bilateral agreements (…)"; corsivo aggiunto) dell'Accordo di associazione con l'Egitto, del 25 giugno 2001 (*GUUE* L 204, 30 settembre 2004, p. 39 ss.); l'art. 77 dell'Accordo di stabilizzazione e associazione con la Croazia del 29 ottobre 2001 (*ivi* L 26, 28 gennaio 2005, p. 3 ss.: l'art. 77, dopo aver previsto una norma di contenuto corrispondente all'art 68 ora riportato, prevede: "The Parties agree to conclude, *upon request*, an agreement *between Croatia and the European Community* (…) for readmission (…). Pending the conclusion of the agreement (...) Croatia agrees to conclude, upon request of a Member State, bilateral agreements (...)"; corsivi aggiunti); l'art. 84 ("the Parties agree to negotiate, at request of either Parties, the conclusion of agreements on (…) readmission. If either Party consider it necessary, such agreements shall cover the readmission of National of other countries (...)") dell'Accordo di associazione con l'Algeria, del 22 aprile 2002 (*ivi* L 265, 10 ottobre 2005, p. 2 ss.); gli articoli 68 e 69 dell'Accordo di associazione con il Libano del 17 giugno 2002 (*ivi* L 143, 30 maggio 2006, p. 2 ss.), norme di contenuto sostanzialmente corrispondente alle prime due considerate in questa nota.

58 È il caso dell'Accordo che istituisce un'Associazione con la Giordania (del 24 novembre 1997, *GUCE* L 129, 15 maggio 2002, p. 2 ss.): accanto alla previsione del dialogo tra le Parti

In conclusione va considerato che, giusta le indicazioni della Commissione e il concetto delle "rotte migratorie", l'applicazione dell'approccio globale alle aree orientali e sudorientali vicine all'UE esige che siano presi in considerazione anche gli Stati di origine e di transito più lontani. Occorre quindi concentrarsi anche sulle aree contigue ai Paesi vicini. Quelle indicazioni sono state riprese dal Consiglio giustizia e affari interni del febbraio 2009 (par. 21).

Pertanto, a integrazione di quanto precede, va ricordato che l'art. 13 dell'Accordo di Cotonou prevede l'obbligo di negoziare accordi bilaterali di riammissione tra gli Stati di cui si tratta[59]: la loro conclusione potrebbe facilitare la riammissione diretta dei cittadini degli Stati terzi arrivati nell'Unione attraverso dei Paesi del Mediterraneo. Come è facile scorgere, questi ultimi potrebbero accettare più facilmente degli obblighi di riammissione di cittadini di Stati terzi nei rapporti con l'Unione. Indicazioni in tal senso sono desumibili dai negoziati avviati, ormai, da alcuni anni dalla Commissione con il Marocco[60]; sugli stessi si tornerà nel paragrafo che segue.

Da quanto precede risulta che, nonostante il ruolo riconosciuto alla disciplina della riammissione nella politica immigratoria dell'UE, nel senso indicato, attualmente non è dato rilevare accordi di riammissione con Stati del sud del Mediterraneo; ciò ancorché si tratti di Paesi di emigrazione o di passaggio di flussi migratori, in specie subsahariani, già parti di accordi bilaterali con degli Stati membri.

In altri termini, le norme sulla riammissione inserite in accordi di cui è parte la Comunità presentano un contenuto molto eterogeneo[61]: accanto ad accordi di riammissione – con una prevalente "prospettiva europea"[62] – si hanno clausole con il contenuto variabile ora illustrato. Siffatta eterogeneità va ricollegata alle differenti politiche in materia migratoria seguita dall'UE nei rapporti con gli Stati terzi, con elementi di valutazione di quelli che non collaborino con la stessa Unione nella lotta contro le migrazioni clandestine[63].

7. I dati rilevati nel paragrafo precedente inducono a concentrare l'attenzione sullo svolgimento dei negoziati, tuttora pendenti, avviati con Stati terzi indicati

avente ad oggetto l'immigrazione illegale e il rimpatrio delle persone immigrate irregolarmente (at. 80, par. 2, lett. c), l'Accordo reca una dichiarazione congiunta che riproduce il testo della clausola *standard* raccomandata dal Consiglio nel 1995 (v. *supra*, testo e nota 56).

59 V. la disciplina contenuta nell'art. 13 della Convenzione di Cotonou (sul quale v. R. Atzeni, *L'article 13 de l'Accord de Cotonou et la competence comunautaire en matière de conclusion d'accords de readmission*, in *RTDE*, 2006, p. 621 ss.) del 23 giugno 2000; degni di nota altresì gli articoli 1 e 2, par. 1, del Protocollo n. 3, *GUCE* L 317, 15 dicembre 2000, p. 3 ss.

60 Cfr. N. Coleman, *op. cit.*, p. 152.

61 Cfr. F. Pastore, *op. cit.*, p. 1011; S. Peers, *op. cit.*, p. 205 (con uno schema illustrativo).

62 Cfr. *supra*, in nota 52.

63 Cfr., in particolare, le indicazioni dei Consigli europei di Salonicco e di Bruxelles, del novembre 2004, cit., *supra*, nota 7. In dottrina cfr. S. Peers, *op. cit.*, p. 213; e ampiamente N. Coleman, *op. cit.*, p. 139 ss.

dal Consiglio (ad esempio, la Turchia, il Marocco, la Tunisia), in vista della conclusione di accordi di riammissione[64].

Vale la pena di soffermarsi brevemente su questi aspetti.

Anzitutto va ricordato che il Consiglio giustizia e affari interni ha delineato nel corso degli anni dei criteri per l'individuazione degli Stati terzi con i quali avviare, su determinazione unilaterale, i negoziati in materia: in specie, gli Stati dai quali derivi una pressione migratoria sull'UE; gli Stati parti di accordi di cooperazione e di associazione; gli Stati individuati in considerazione della loro posizione geografica, come quelli adiacenti all'Unione; gli Stati con i quali la stipulazione di accordi di riammissione avrebbe l'effetto di valore aggiunto ai rapporti bilaterali esistenti con gli Stati membri. Infine, il criterio costituito dall'opportunità di stabilire un quadro geografico bilanciato e coerente nella stessa regione: e vale a dire, individuato uno Stato di una regione o area geografica, si prendono in considerazione anche gli altri al primo vicini, in vista di un ampliamento operativo della riammissione verso quella regione o area[65].

D'altro canto, rilevata l'esigenza di una "politica dell'Unione maggiormente strutturata che contempli" anche "la rapida conclusione di accordi di riammissione, con i paesi terzi di origine"; ribadita "l'importanza di (…) un meccanismo di valutazione per controllare le relazioni con i paesi terzi che non collaborano con l'UE nella lotta all'immigrazione clandestina"; considerata, cioè, la primaria importanza, insieme ad altri punti, della cooperazione di quei Paesi nell'ambito della riammissione[66], il Consiglio ha introdotto il concetto di "condizionalità migratoria", facendo dipendere, cioè, il livello di relazioni con gli Stati terzi dall'atteggiamento di questi nel collaborare nella *subiecta materia*. Peraltro, seguendosi un approccio astratto, non appaiono delineati gli elementi di valutazione di quell'atteggiamento; né risultano precisate le conseguenze concrete ricollegabili a un comportamento di scarsa collaborazione.

Con riguardo ai criteri riferiti, può osservarsi, in particolare, che nel Mediterraneo, accanto a Stati di immigrazione e/o di transito migratorio (Israele, Libia), si hanno Stati di emigrazione (Marocco, Egitto, Tunisia) e Stati la cui situazione è contrassegnata da una riduzione, rispetto al passato, dei flussi migratori (Turchia). Pertanto, nel c.d. approccio regionale dovrebbe tenersi conto del carattere non omogeneo del fenomeno migratorio nel Mediterraneo, impostando negoziati diversificati in funzione delle peculiarità, nel senso ora indicato, dello Stato terzo di cui si tratta.

---

64 *Ibidem*.

65 V. ad esempio le conclusioni del Consiglio di Salonicco, cit.; inoltre cfr. già Council doc. 13888/99, 7 dicembre 1999; il doc. 7990/02 MIGR/32+GOR1, 25-26 aprile 2002; Council doc. 13754/2/02, 11 novembre 2002; Council doc. 13894, 13 novembre 2002; Council doc. 14528/02, 20 novembre 2002; Council doc. 13578/04, 27 ottobre 2004. In argomento, anche per le considerazioni che seguono, v. M. Schieffer, *Community*, cit., p. 344 ss.; D. Bouteillet-Paquet, *Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States*, in *EJML*, 2003, p. 359 ss, in specie p. 368 ss.; S. Peers, *op. cit.*, p. 205 ss.

66 Paragrafi 9 e 19 delle conclusioni del Consiglio di Salonicco, cit.

D'altro canto, in tal senso depone, ancorché indirettamente, l'esperienza del partenariato euromediterraneo[67].

Con riguardo a quegli stessi criteri, è da considerare soprattutto che, in una diversa e più ampia prospettiva, la Commissione ha suggerito un approccio consistente nello stabilire dei collegamenti tra l'attività negoziale in materia e altre politiche dell'UE vantaggiose per gli Stati terzi interessati[68]. Sul punto va rilevato che, pur prevedendo obblighi reciproci, gli accordi di riammissione svolgono i loro effetti utili essenzialmente a favore degli Stati di immigrazione: di qui l'esigenza – sostenuta dalla Commissione – di compensare la loro conclusione con misure vantaggiose per gli Stati terzi[69].

Un siffatto approccio integrato – prospettato dai Consigli europei di Tampere e di Laeken[70] (2002) – è stato ripreso dal Consiglio europeo di Siviglia, con l'indicazione di ulteriori criteri per l'individuazione degli Stati con cui stipulare accordi di riammissione. Successivamente, in occasione del Consiglio europeo di Salonicco, accanto a quelli prima riferiti, furono indicati dei criteri caratterizzati da un riferimento, a noi pare, poco incisivo ai collegamenti, opportunamente sostenuti dalla Commissione, tra stipulazione degli accordi di riammissione e cooperazione economica con gli Stati interessati; cooperazione che consenta di incidere sulle cause delle migrazioni di persone da quegli stessi Stati[71].

---

67 Cfr. la dichiarazione congiunta resa il 13 luglio 2008 alla conclusione del meeting di Parigi sul Mediterraneo, volto a rilanciare il processo di Barcellona (www.diplomatie.gouvr.fr, reperibile *on line*); in argomento, tra gli altri scritti, v. M.-F. Labouz (dir.), *Le partenariat de l'Union européenne avec les pays Tiers. Conflits et convergences*, Bruxelles, 2000.

68 V. in particolare COM(2003)323 def., 2 giugno 2003, p. 13 ss. e già COM(2002)175 def., cit., par. 2.5, e COM(2002)703 def., 3 dicembre 2002, p. 25 (anche per i programmi comunitari di sostegno alle riforme legislative e amministrative – MEDA, PHARE, TACIS ecc. – dei Paesi terzi di emigrazione: p. 18 ss.). Si veda altresì il "programma quadro sulla solidarietà e gestione dei flussi migratori per il periodo 2007-2013", in COM(2005)123 def., 6 aprile 2005; Press release 11161/04; il rapporto della Commissione originariamente riservato (Council doc. 11505/04 MIGR 63 RestrintUE) e poi reso parzialmente pubblico (Council doc. 11505/04, 3 luglio 2007).

69 Cfr. i documenti cit. nella nota che precede. Con il regolamento (CE) n. 491/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 marzo 2004 (*GUUE* L 80, 18 marzo 2004, p. 1 ss.), è stato istituito un programma di assistenza finanziaria e tecnica ai Paesi terzi in materia di migrazione e asilo (AENEAS). Più incisivo – nel senso sostenuto dalla Commissione – è l'approccio che emerge dal regolamento (CE) n. 1638/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 2006 "recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato" (*ivi* L 310, 9 novembre 2006, p. 1 ss.), con indicazione degli Stati partner. V. pure il regolamento (CE) n. 951/2007 della Commissione del 9 agosto 2007 "che stabilisce le misure di esecuzione dei programmi di cooperazione transfrontaliera finanziati nel quadro del regolamento 1638/2006" (*ivi* L 210, 10 agosto 2007, p. 10 ss.). Come è noto, la partecipazione degli Stati non membri a azioni di cooperazione in materia migratoria è stata realizzata a mezzo di programmi: tra questi vale la pena di ricordare il programma ARGO sfociato nel FRONTEX (Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa delle frontiere esterne, istituita dal regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004, *ivi* L 349, 25 novembre 2004, p. 1 ss.), a completamento dell'assistenza tecnica e finanziaria realizzata a mezzo dell'AENEAS.

70 V. par. 22 ss. delle conclusioni del Consiglio di Tampere, cit., e il par. 40 delle conclusioni del Consiglio di Laeken, 14-15 dicembre 2001.

71 Per la posizione del Consiglio v. i punti 9 e 19 delle conclusioni di Salonicco, cit.

Invero, in argomento va considerato realisticamente che l'applicazione degli accordi può avere conseguenze economiche negative per gli Stati di riammissione. Ciò sia a causa della riduzione delle rimesse – perdita accettabile se controbilanciata, ad esempio, da un aumento degli investimenti e di contributi finanziari a favore di quei Paesi –, sia per effetto della riammissione di cittadini di Stati terzi, ritenuta essenziale dall'UE. Si pensi al riguardo alle difficoltà di natura socio-politica conseguenti a quest'ultima riammissione: la stessa realizza una concentrazione di persone in Stati tendenzialmente di emigrazione, come tali non preparati ad accogliere quelle persone, in vista della loro eventuale riammissione in altri Stati[72].

Nel senso indicato, vale la pena di ricordare brevemente gli svolgimenti dei negoziati avviati con il Marocco sin dal 2000[73].

A parte i rilevati effetti negativi derivanti dalla riduzione di rimesse di cittadini marocchini dall'UE, il Marocco si è mostrato fortemente interessato a evitare che l'operare della riammissione di cittadini di Stati terzi possa essere causa, per l'appunto, di una concentrazione di cittadini di Stati terzi subsahariani nel proprio territorio[74]; per evitare un siffatto rischio, il Marocco ha posto un collegamento strategico tra la conclusione dell'accordo oggetto dei negoziati pendenti e la stipulazione di accordi di riammissione tra la CE e Stati ACP. Da parte marocchina è stata altresì sostenuta una compensazione visibile per la stipulazione dell'accordo che lo riguarda; in particolare l'apertura di canali preferenziali per l'occupazione di lavoratori marocchini, sulla falsa riga di quanto realiz-

---

72 Cfr. nel paragrafo che precede. Per puntuali critiche circa l'assenza di collegamenti tra la conclusione degli accordi e lo sviluppo dei Paesi terzi interessati, v., ad esempio, con riferimento al caso del Montenegro, il documento di seduta del Parlamento europeo PE A6-0380/2007; inoltre, nello stesso senso, la lettera (del 29 gennaio 2009) del Presidente del Consiglio d'Europa al Presidente della Commissione (www.euromedrights.org, reperibile *on line*).

73 Ciò diversamente da quanto accaduto per la stipulazione dell'Accordo con l'Albania, verosimilmente, nella prospettiva di questo Stato di entrare a far parte dell'UE, prospettiva peraltro da estendere alla Turchia (in proposito, v. N. Coleman, *op. cit.*, pp. 65 ss. e 172 ss.). Per la priorità della stipulazione di accordi di riammissione con la Turchia e la Libia, v. le conclusioni del Consiglio di Bruxelles, 18 e 19 giugno 2009, par. 36, dove di legge altresì: "L'efficacia degli accordi di riammissione deve essere aumentata come parte delle politiche esterne globali" dell'UE. Per osservazioni critiche circa il contenuto dei negoziati in corso richiamati nel testo, in considerazione dello scarso rilievo negli stessi ai problemi di tutela dei diritti individuali, v. la "Open letter about readmission agreements" (www.euromedrights.net, reperibile *on line*) inviata dal Réseau migreurop al Consiglio dell'Unione e alla Commissione il 20 gennaio 2009: una "forced partnership, in which economic or political issues seem to prevail over the non-member country's capacity to protect people's rights, is conducive to risk. (…) Let us recall here one of the most recent events, occurring on 28 April 2008, offshore Al Hoceïma (North-East Morocco), where, between 29 and 33 migrants of which 4 were children, were drowned off the coast of their inflatable boat punctured by soldiers with knives. There is no independent investigation conducted until now in order to make light of these events". In argomento v. El Arbi Mrabet, *Readmission Agreements. The Case of Morocco*, in *EJML*, 2003, p. 379 ss.

74 Sui percorsi migratori di cui si tratta, v. *Irregular Migration from West Africa to the Maghreb and the European Union: An Overview of Recent Trends*, in *IOM Migration Research Series*, n. 32, 2008; nonché *Intra-Regional Mobility in West Africa* (www.oecd.org, reperibile *on line*).

zato nei rapporti con alcuni Stati membri, come l'Italia[75]. Non risulta che questa proposta sia stata accolta, pur in presenza di significativi svolgimenti di collaborazione con lo Stato terzo rilevabili dall'attività del Consiglio di associazione del 2008[76].

Or bene, orientamento analogo a quello descritto è rilevabile da altri negoziati. Pertanto, alcuni Stati membri dell'UE, che si affacciano direttamente sul Mediterraneo, riunendosi al di fuori di questa, hanno sottolineato la necessità che quegli stessi negoziati ricevano rinnovata vitalità, attribuendo alla Commissione i mandati, a tal fine, necessari, e risorse che favoriscano la conclusione degli accordi, in specie, con i Paesi di originee di transito africani e del vicino e medio oriente[77].

8. In prospettiva, l'adozione di misure compensative a favore degli Stati terzi per la conclusione di accordi di riammissione, potrebbe essere favorita dalla attuazione dell'idea, enunciata dal Consiglio europeo del dicembre 2006, della migrazione circolare e del partenariato per la mobilità. Su richiesta di quel Consiglio, e seguendo quanto già sostenuto nell'"Approccio globale in materia di migrazione un anno dopo"[78], la Commissione ha fornito indicazioni sulla possibile organizzazione della migrazione circolare, con l'assunzione di una serie di impegni da parte del Paese terzo coinvolto nel partenariato, come la riammissione dei propri cittadini e dei cittadini di altri Stati terzi. Inoltre, a completamento del "Piano d'azione sull'immigrazione legale", la Commissione ha proposto l'adozione di strumenti volti a incentivare "la circolarità", tra i quali gli accordi di riammissione, volti a garantire il ritorno effettivo del cittadino di un Paese terzo in caso di soggiorno illegale sul territorio dell'UE[79].

---

75 V. l'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 20 marzo 2009 recante la "Programmazione transitoria dei flussi di ingresso dei lavoratori extracomunitari stagionali, nel territorio dello Stato, per l'anno 2009".

76 Cfr. la decisione 1/2008 del Consiglio di associazione, 26 novembre 2008, *GUUE* L 9, 14 gennaio 2009, p. 43 ss. Sul lento andamento dei negoziati con l'Algeria, per ragioni analoghe a quelle riferite, nel testo, v. nuovamente N. Coleman, *op. cit.*, p. 175 ss.

77 V. il documento sottoscritto il 13 gennaio 2009 da Cipro, Grecia, Italia e Malta (www.interno.it, reperibile *on line*).

78 V. COM(2006)735 def., 20 novembre 2006.

79 Cfr. COM(2007)248 def., 16 maggio 2007 (su migrazione circolare e partenariato per la mobilità tra UE e Paesi terzi) dove si legge (parte IV): "La Commissione intende inoltre avviare contatti esplorativi con un numero limitato di paesi potenzialmente interessati a partenariati per la mobilità e disposti ad impegnarsi a cooperare attivamente con l'UE nella gestione dei flussi migratori, anche combattendo la migrazione illegale in collaborazione con l'Unione, specialmente nel settore della riammissione e del rimpatrio". In argomento v. pure le conclusioni del Consiglio sui "partenariati per la mobilità e la migrazione circolare nel quadro dell'approccio globale sulla questione delle migrazioni", nella 2839a sessione del Consiglio affari generali di Bruxelles del 10 dicembre 2007; le conclusioni del Consiglio europeo del 5 giugno 2008, sul potenziamento dell'approccio in parola. Infine, il Consiglio giustizia e affari interni del 26-27 febbraio 2009, ribadita l'utilità dell'approccio globale ha precisato: "The global approach offers a common policy framework allowing migration issues to be better integrated into the EU's external relations, on the basis of an effective and balanced partnership with third countries". Allo stesso Consiglio si

A parte quanto precede, nella prassi, la compensazione di cui si tratta si è avuta a mezzo della conclusione di accordi sulla facilitazione del rilascio dei visti, di cui beneficiano principalmente i cittadini degli Stati terzi: in altri termini, la Comunità ha stipulato con lo stesso Stato accordi di riammissione e accordi per facilitare il rilascio dei visti per soggiorni di breve durata[80]. Si tratta di accordi che contemplano delle procedure semplificate, nella *subiecta materia*, a favore dei cittadini di Stati terzi; come tali, vanno tenuti distinti dagli accordi che prevedono la piena reciprocità nel rilascio dei visti[81]. Gli atti in parola dunque vanno inseriti nel contesto della politica estera dell'UE nei rapporti con alcuni Stati terzi[82].

Invero, un collegamento tra visti e riammissione era già presente negli accordi bilaterali stipulati negli anni '90 con Stati dell'Europa centrale, quali preparativi della adesione di questi ultimi all'Unione[83].

L'orientamento descritto, poi sperimentato nei rapporti con alcuni Paesi asiatici, ha ricevuto ampia conferma con la recente conclusione di Accordi – alcuni dei quali tra loro quasi identici – con l'Albania, la Bosnia-Erzegovina, l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia, il Montenegro, la Serbia, oltre che con la Russia, la Moldavia e l'Ucraina[84].

L'operare concomitante degli accordi di riammissione e sul rilascio dei visti favorisce la formazione di un quadro giuridico unitario in dette materie, nei rapporti tra ciascuno degli Stati indicati e i Paesi membri dell'UE, con eccezione tra questi di quelli cui gli strumenti in parola non si applichino[85].

In argomento va tenuto conto infine che gli accordi sui visti, semplificando la circolazione delle categorie di persone indicate dagli stessi, appaiono idonei a

---

rinvia altresì per la presa in considerazione del "paper" di Cipro, Grecia, Italia e Malta: cfr. *supra*, testo nota 77. In occasione dell'"Euro-African Conference on migration and development", tenutasi a Parigi (v. comunicato della Commissione di venerdì 26 novembre 2008), la Commissaria per le relazioni esterne e la politica di vicinato, Benita Ferrero-Waldner, ha dichiarato in particolare: "The North-African neighbourhood countries are interested in visa facilitation as well as the prospects for temporary legal migration, but the European Union also has expectations in the field of readmission and international protection".

80 Inoltre, fissano i termini per la decisione in materia; semplificano i criteri per la concessione dei visti per ingressi multipli delle persone indicate dagli stessi accordi; stabiliscono l'importo da corrispondere per il rilascio dei visti, prevedendo l'esenzione dal pagamento dei diritti a favore di alcune categorie di persone, nonché dell'obbligo del visto per i titolari di passaporto diplomatico. In argomento v. A. Roig, T. Huddleston, *EC Readmission Agreements: A Re-evaluation of the Political Impasse*, in *EJML*, 2007, p. 363 ss.; F. Trauner, I. Kruse, *op. loc. cit.*, p. 411 ss.; sui collegamenti tra accordi sui visti e di riammissione, N. Coleman, *op. cit.*, p. 16 ss.

81 V. COM(2008)486 def., 23 luglio 2008. Per la disciplina generale, v. il regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), *GUUE* L 243, 15 settembre 2009, p. 1 ss.

82 In argomento v. B. Martenczuk, *Visa Policy and EU External Relations*, in B. Martenczuk, S. van Thiel (eds.), *op. cit.*, p. 21 ss., anche per il carattere esclusivo della competenza a concludere accordi sui visti.

83 Cfr. N. Coleman, *op. cit.*, p. 16 ss.

84 Cfr. *supra*, nota 10.

85 Cfr. *supra*, par. 2.

ristabilire un siffatto regime, per quelle stesse persone, nei rapporti tra gli Stati terzi considerati e gli Stati membri dell'Europa dell'est e centrale, entrati recentemente a far parte dell'Unione. Quegli atti, dunque, per un verso incentivano la conclusione di accordi di riammissione, per altro verso attenuano nei rapporti tra gli Stati di cui si tratta gli effetti restrittivi sulla circolazione degli individui conseguenti all'ampliamento a est dell'Unione[86].

9. Si osserva in dottrina che l'applicazione degli accordi in esame potrebbe causare – o ha causato – la violazione di alcuni diritti individuali tutelati da note convenzioni internazionali. Un ordine analogo di considerazioni può leggersi, in particolare, in atti di organizzazioni non governative e del Parlamento europeo[87].

Vale la pena di svolgere alcune considerazioni conclusive sull'aspetto ora considerato.

In argomento è appena il caso di considerare che, riprendendo il contenuto dell'art. 6, par. 2, TUE (precedente versione), l'art. 6, par. 3, NTUE prevede che "i diritti fondamentali" tutelati dalla Convenzione europea "e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Ora, posto, che, come è noto, gli accordi già stipulati dalla Comunità, e alla quale l'Unione succede, sono sottoposti ai Trattati istitutivi[88], siffatta qualificazione non può essere priva di rilievo: sulla base della stessa, nel coordinamento tra quei principî e le norme contenute negli accordi (per quanto qui interessa, di riammissione), i principi prevalgono su dette norme, influendo sull'interpretazione di queste e orientandone il contenuto in senso conforme alla tutela dei diritti fondamentali[89].

Per indicazione della Corte di giustizia, siffatta prevalenza va riconosciuta anche ai principî di diritto internazionale consuetudinario[90], tra i quali, secondo

---

86 Sul punto v. F. Trauner, I. Kruse, *op. loc. cit.*; N. Coleman, *op. cit.*, pp. 165 e 196.

87 V. ad esempio, il doc. del Parlamento europeo expo/b/droi/2007/27 (dell'ottobre 2007) PE 385.528 ("Readmission agreements and respect for human rights in third countries. Review and prospects for the European Parliament"); v. pure *supra*, nota 73 e, con altre indicazioni, il nostro *Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica*, in questa *Rivista*, 2007, p. 487 ss., in specie p. 512 ss.; e N. Coleman, *op. cit.*, p. 223 ss.

88 Tra gli altri v. R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 162 ss.; U. Draetta, *op. cit.*, p. 264 ss.

89 D'altro canto, "come risulta da costante giurisprudenza, le esigenze inerenti alla tutela dei principi generali riconosciuti nell'ordinamento giuridico comunitario, fra i quali vanno annoverati i diritti fondamentali, vincolano parimenti gli Stati membri quando danno esecuzione alle discipline comunitarie, ed essi sono pertanto tenuti, quanto più possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle dette esigenze": così la Corte di giustizia nella sentenza 27 giugno 2006, C-540/03, *Parlamento europeo* c. *Consiglio dell'Unione europea*, punto 105. La giurisprudenza pertinente della Corte è raccolta in F. Sudre, R. Tinière (dir.), *Droit communautaire des droits fondamentaux,* Buxelles, 2007, II ed. Per quanto osservato nel testo, anche per altre indicazioni, in generale, v. G. Gaja, *op. cit.*, p. 103 ss.; G. Tesauro, *op. cit.,* p. 97 ss.

90 V. le sentenze 4 dicembre 1974, 71/74, *van Duyn* c. *Home Office*, punto 22; 16 giugno 1998, C-162/96, *Racke GmbH & Co.* c. *Hauptzollamt Mainz*, punto 24; Tribunale primo grado, 22 gennaio 1997, T-115/94, *Opel Austria GmbH* c. *Consiglio*, punto 90 ss. (anche per il collegamento tra

una diffusa opinione, figura quello di *non refoulement*, ancorché sia controverso il suo ambito di applicazione[91].

Or bene, alla tutela dei diritti individuali hanno riguardo gli stessi accordi di riammissione a mezzo di clausole generali di non incidenza" sui diritti, gli obblighi e le responsabilità" della CE, dei suoi Stati membri e degli Stati terzi parti degli stessi accordi "derivanti dal diritto internazionale, in particolare": (secondo la formulazione più ricorrente e dettagliata) dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, dalle convenzioni internazionali che determinano lo Stato membro competente a esaminare le domande di asilo, dalla CEDU, dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti, dalle convenzioni internazionali sull'estradizione e sul transito, da altri accordi multilaterali di riammissione[92].

Tra gli obblighi derivanti da accordi multilaterali, genericamente richiamati da quelle clausole, possono venire in gioco quelli previsti dall'art. 5 dell'Accordo europeo del 1959 per l'abolizione dei visti per i rifugiati, e dall'art. 8 del Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la crimina-

la violazione del diritto consuetudinario e la potenziale violazione del diritto comunitario, sicché il primo può essere utilizzato nell'interpretazione del secondo).

91 Tra gli altri v. K. Hailbronner, *Comments on: The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain*, in V. Gowlland-Debbas (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, The Hague, 1996, p. 114 ss.; N. Coleman, Non-Refoulement *Revised. Renewed Review of the Status of the Principle of* Non-Refoulement *as Customary International Law*, in *EJML*, 2003, p. 23 ss.; J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 307 ss.; G. S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, III ed., p. 65.

92 V. l'art. 17 degli Accordi con gli Stati balcanici. Da precisare che l'art. 17 degli Accordi con l'Albania e l'Ucraina rinvia esclusivamente agli obblighi internazionali assunti dagli Stati interessati, così impegnando l'interprete nella ricerca di detti obblighi. Le norme citate sono precedute da altre sulla tutela dei dati a carattere personale delle persone interessate alle procedure di riammissione. Degna di nota altresì la clausola che stabilisce la prevalenza della disciplina contenuta nell'Accordo su tutti gli accordi e intese conclusi o che potrebbero essere conclusi tra gli Stati membri e lo Stato terzo (art. 19) in materie procedurali (indicazioni di autorità competenti, valichi di frontiera, punti di contatto, condizioni per il ritorno sotto scorta, mezzi e documenti di prova: art. 20). In genere, tali materie sono disciplinate da protocolli di attuazione degli accordi di riammissione. In pratica, gli accordi che possono essere conclusi dagli Stati sono volti, per l'appunto, a mettere in opera quelli esaminati nelle pagine che precedono. Un esempio è dato dal Protocollo esecutivo tra l'Italia e l'Albania (in *RDI*, 1998, p. 1222 s.): in base all'Accordo della Comunità, l'obbligo di riammissione dei cittadini di Paesi terzi e degli apolidi non si applica, in particolare, ove lo Stato richiedente abbia rilasciato a quelle persone un visto o un'autorizzazione di residenza, salvo, che i documenti in parola siano Stati ottenuti utilizzando documenti contraffatti o falsificati (articoli 3, par. 2.b e 5, par. 2.b). Una siffatta precisazione non è contenuta nel Protocollo di cui è parte l'Italia, limitandosi lo stesso a escludere la riammissione "allorché la Parte richiesta abbia precedentemente rilasciato un permesso di soggiorno o un visto di ingresso" (par. D, n. 3). È ragionevole ritenere che tale disposizione del Protocollo intenda fare esclusivo riferimento a un titolo di soggiorno o a un visto rilasciati dalla parte richiedente sulla base di atti autentici e non contraffatti: è ragionevole ritenere, cioè, che la presenza di questi ultimi sia presupposta da quella disposizione.

lità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini[93].

Da ricordare altresì che, a tutela di alcuni diritti individuali fondamentali, gli accordi prevedono dei limiti al funzionamento dell'istituto della riammissione in transito prima considerato[94]. In effetti, gli Stati "possono opporsi al transito" ove, in particolare, la persona interessata rischi "realmente di subire torture, pene o trattamenti inumani o degradanti, o la pena di morte, oppure di essere perseguitata per motivi di razza, religione, nazionalità appartenenza a un determinato gruppo sociale o per le opinioni politiche nello Stato di destinazione o in un altro Stato di transito"; inoltre se deve subire una sanzione penale nello Stato richiesto o in altro Stato di transito, nonché per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o attinenti agli interessi nazionali dello Stato richiesto.

Come è facile scorgere, la disposizione riportata richiama dei diritti garantiti dagli atti internazionali cui fanno riferimento le clausole di non incidenza[95].

A noi pare anzitutto che l'espressione "possono opporsi al transito", rinviando all'operare degli accordi di riammissione, intenda chiarire, pedagogicamente, che non si ha violazione di questi ove le autorità competenti rifiutino il transito per una delle cause prese in considerazione. Da quell'espressione non potrebbe desumersi, invece, la facoltà di applicare gli accordi di riammissione ancorché sussistano i rischi indicati: in effetti si tratta di rischi cui hanno (già) riguardo le norme internazionali richiamate dalla clausola di non incidenza, sulle quali, per l'appunto, non incidono gli accordi di riammissione in esame[96].

Trattandosi di atti internazionali forniti di sistemi di controllo sull'attuazione degli obblighi previsti, appare lecito ritenere che le norme in essi contenute debbano essere intese alla luce della giurisprudenza, in senso lato, dei pertinenti

---

93 Ai sensi dell'art. 5: "I rifugiati, che si sono recati sul territorio di una Parte Contraente (…) saranno riammessi in qualsiasi momento sul territorio della Parte Contraente, le cui autorità hanno rilasciato loro un titolo di viaggio, su semplice domanda della prima Parte Contraente (…)". In base all'art. 8: "1. Lo Stato Parte di cui la vittima della tratta di persone è cittadina, o in cui la persona aveva il diritto di risiedere a titolo permanente al momento del suo ingresso nello Stato Parte d'accoglienza, facilita e accetta, tenendo debitamente conto dell'incolumità di questa persona, il ritorno di quest'ultima senza ingiustificato motivo o irragionevole ritardo. (…) 3. Su richiesta dello Stato Parte d'accoglienza, lo Stato Parte richiesto, senza ritardi ingiustificati o irragionevoli, verifica se una persona vittima della tratta di persone è suo cittadino o aveva il diritto di risiedere a titolo permanente sul suo territorio all'epoca dell'ingresso nel territorio dello Stato Parte d'accoglienza. 4. Al fine di facilitare il ritorno della vittima della tratta di persone che non possieda l'adeguata documentazione, lo Stato Parte di cui quella persona è cittadina o nel quale aveva il diritto di risiedere a titolo permanente all'epoca del suo ingresso nel territorio dello Stato Parte d'accoglienza, accetta di rilasciare, su richiesta dello Stato Parte d'accoglienza, i documenti di viaggio o qualsiasi altra autorizzazione necessaria per permettere alla persona di viaggiare e rientrare nel suo territorio".

94 Cfr. *supra*, nel par. 2.

95 V. *supra*, in questo par.

96 Ciò, si noti, diversamente da quanto previsto rispetto agli accordi bilaterali di riammissione anche futuri incompatibili con quelli in esame: art. 20 degli Accordi con gli Stati balcanici; v. pure *supra*, nota 92.

organi di controllo. Ciò vale, in particolare, per le disposizioni della CEDU, alla quale l'Unione aderisce in base all'art. 6, par. 2, NTUE, data la centralità del ruolo della Corte europea nell'interpretazione e applicazione di quelle disposizioni[97]. Siffatto ruolo trova implicito ma inequivocabile riscontro nell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali, riconosciuti dall'Unione (art. 6, par. 1, cit.), ancorché quell'Atto non sia stato incorporato nel nuovo Trattato. Peraltro alla Carta è attribuito "lo stesso valore di questo"[98].

Sulla base di quanto precede, si pensi, in particolare, al diritto assoluto, garantito dall'art. 3 di quella Convenzione (e da altri atti sopra elencati), a non subire torture o trattamenti inumani o degradanti, diritto che, per indicazione della Corte europea (e degli organi di garanzia di quegli atti), è suscettibile di essere violato indirettamente a seguito dell'allontanamento di uno straniero in altro Stato (di transito, di destinazione)[99]. Non pare dubbio che in una siffatta

[97] V., tra le altre, la sentenza della Corte di giustizia 14 dicembre 2006, causa C-283/05, *ASML* c. *SEMIS*, punto 26 s. Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, l'importanza della CEDU è accresciuta, come è noto, dal ruolo da riconoscere in detto ordinamento alla stessa Convenzione, quale interpretata dalla sua Corte; anche per altre indicazioni, per tutti, v. U. Villani, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 2008, p. 7 ss., in specie p. 19 s. Inoltre, in senso propositivo, L. R. Helfer, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *EJIL*, 2008, p. 125 ss.

[98] V. la proclamazione solenne del 12 dicembre 2007 del Parlamento, Consiglio e Commissione; la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona. L'art. 52, cit., fa riferimento all'interpretazione delle norme della Carta che recano diritti corrispondenti a quelli tutelati dalla CEDU; inoltre, "i diritti riconosciuti dalla (…) Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi" (punto 2). L'art. 53 aggiunge che "nessuna disposizione della (…) Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri". In argomento esiste una vasta bibliografia: tra gli altri, v. gli scritti raccolti in Y. Carlier, O. de Schutter (dir.), *La Carte des droits fondamentux de l'Union européenne: son apport à la protection des droits de l'homme en Europe: Hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, 2002; e in S. Peers, A. Ward (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2004.

[99] Come è noto, dal sistema della CEDU emerge che sono poche le norme in materia di espulsione; e che siffatta circostanza non ha impedito la formazione di un'abbondante giurisprudenza degli organi di garanzia della Convenzione da cui risulta una violazione indiretta, per effetto di un provvedimento di espulsione, di norme diverse dalle prime. Indicazioni di contenuto analogo si ricavano dalla lettura del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 e dalla giurisprudenza, in senso lato, del Comitato dei diritti dell'uomo (indicazioni nel nostro *La disciplina*, cit., p. 247 ss.). In altri termini, le norme più frequentemente invocate davanti agli organi di garanzia della Convenzione e del Patto in parola presentano una relazione solo indiretta con l'espulsione degli stranieri: si tratta soprattutto delle disposizioni che prevedono il divieto di tortura, di pene o trattamenti disumani e degradanti, nonché di quelle poste a tutela della vita privata e familiare. Limitandoci alle indicazioni essenziali della Corte europea, questa ha messo sullo stesso piano estradizione ed espulsione e ha precisato che, sebbene eccezionalmente, "acts of the Contracting States performed or producing effects, outside their territories constitute an exercise of jurisdiction by them (…). Reference has been made in the Court's case law, as an ex-

situazione, richiamata dalla disposizione in esame, sorgano dei limiti all'operare degli accordi di riammissione; e che, anche da parte dello Stato richiedente, va tenuto conto delle indicazioni della Corte europea – qui sinteticamente richiamate – circa il carattere assoluto di quel diritto e la sua applicazione in materia di allontanamento degli stranieri, ancorché di ciò non si faccia – né si potrebbe fare – menzione nella disposizione in esame. Questa, dunque, richiama l'attenzione dell'interprete su alcuni importanti limiti alla concessione della riammissione derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dalla CEDU[100]. Tali limiti operano anche rispetto alla richiesta, così venendosi a rafforzare la salvaguardia dei diritti individuali: in altri termini, è possibile evitare l'applicazione degli accordi dopo che sia stata decisa una espulsione in senso contrario a degli

ample of jurisdiction "not restricted to the national territory" of the respondent State (…) to situations where the extradition or expulsion of a person by a Contracting State may give rise to an issue under Article 2 and/or 3 (or exceptionally, under Article 5 and 6) and hence engage the responsibility of the State under the Convention (…). However the Court notes that liability is incurred in such cases by an action of the respondent state concerning a person while he or she is on its territory, clearly within its jurisdiction, and that such cases do not concern the actual exercise of a State's competence or jurisdiction abroad" (decisione 12 dicembre 2001, *Bankovic* e *altri* c. *Belgio*, par. 67 s.; anche per altre indicazioni, le sentenze 28 febbraio 2008, *Saadi* c. *Italia*, par. 125 s.; 24 aprile 2008, *Ismoilov* c. *Russia*, par. 115 ss.; 20 gennaio 2009, *H.F.* c. *Svezia*, par. 89). A siffatte indicazioni giurisprudenziali corrisponde – con riguardo alla fattispecie disciplinata – il contenuto dell'art. 3, par. 1, della Convenzione del 10 dicembre 1984 contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti: "[N]o State party shall expel, return ('refouler') or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture". Per quanto qui nteressa si veda, tra le altre, la decisione del Comitato contro la tortura del 23 novembre 2004, relativa alla comunicazione 133/1999, in UN Doc. CAT/C/133/1999, riprodotta in *IJRL*, 2005, p. 416 ss.); inoltre il *General Comment* n. 1 dello stesso Comitato, in UN. Doc. A/53/441, annex IX, par. 6. Con riferimento alla materia considerata nelle pagine che seguono, va ricordato che l'art. 37, lett. a), della Convenzione sui diritti del fanciullo, del 20 novembre 1989, prevede il divieto di tortura e di trattamento disumano e degradante delle persone cui ha riguardo la stessa Convenzione; e che l'art. 2, par. 1, reca una disposizione di contenuto analogo all'art. 1 della CEDU (cfr. *supra*, in questa nota, gli svolgimenti della Corte europea sull'"esercizio della giurisdizione" da parte degli Stati contraenti: in proposito v. le considerazioni di V. Starace, *Art. 32*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 537 ss., in specie p. 547 s.): all'art. 37, cit., dunque, può attribuirsi ragionevolmente la stessa portata operativa dell'art. 3 della CEDU, nel senso indicato, nel testo. In argomento è degno di nota che, trattandosi del *refoulement* di una minore straniero non accompagnato, la Corte ha fornito indicazioni sull'estensione della tutela *par ricochet* derivante dall'art. 3, cit., a favore di alcuni familiari della persona direttamente interessata alla violazione del diritto in parola: sentenza del 12 ottobre 2006 nell'affare *Mayeka* e *Mitunga* c. *Belgio*, par. 53 ss. (sulla stessa v. il nostro *Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista*, 2009, p. 181 ss).

[100] Con riguardo a quanto osservato nel testo, si pensi altresì alla richiesta di ammissione in transito del cittadino di uno Stato terzo contrastante con i divieti, ancorché non assoluti, posti dagli articoli 32 e 33 della Convenzione sullo *status* dei rifugiati – già richiamata dall'art. 63, punto 1, TCE, e ora dall'art. 78, par. 1, TFUE – per limitare l'espulsione e il respingimento alla frontiera di un rifugiato.

obblighi internazionali già operativi all'interno degli Stati membri al momento in cui sia stato adottato il provvedimento che riguardi lo straniero[101].

Nel senso qui sostenuto, è degno di nota che la direttiva 2003/110/CE, sull'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea, rechi una clausola di contenuto analogo a quella qui considerata (art. 8); e che il legislatore italiano l'ha interpretata come limite assoluto al transito per via aerea dello straniero allontanato[102].

D'altro canto, a parte il caso in cui lo Stato di riammissione e quello richiedente siano parti degli atti internazionali che rechino una norma di contenuto corrispondente alla clausola in esame, questa, richiamando espressamente il rischio di tortura, persecuzione ecc., è suscettibile di limitare l'operare degli accordi anche ove lo Stato terzo non sia parte di quegli atti; in particolare, della Convenzione del 1951[103].

---

[101] Tanto più che, come è noto, la Corte europea ha precisato che il trasferimento di competenze ad un'organizzazione internazionale ad opera di Stati parti della CEDU non fa venir meno la responsabilità ai sensi della medesima, così fornendo indicazioni circa il proprio potere di pronunciarsi in materia (ciò ancorché gli atti della Comunità "as such cannot be challenged before the Court because the EC is not a Contrating Party": sentenza 18 febbraio 1999, *Matthews* c. *Regno Unito*, in specie par. 31 ss.). Tra le altre si veda la sentenza del 7 marzo 2000 *T. I.* c. *Regno Unito* (*sub* "the Court's assessment": "Where States establish international organisations, *or mutatis mutandis* international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose of the Convention if Contracting States were hereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution (…)") e la sentenza 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi* c. *Irlanda*: ribadita – al par. 108 ss. – la propria giurisprudenza, la Grande Camera ha delineato la protezione dei diritti individuali nel diritto comunitario come equivalente a quella prevista dalla CEDU, trattandosi di sistemi "comparable", non necessariamente identici (paragrafi 149-155). Peraltro siffatta equivalenza è suscettibile di riesame ove si verifichino mutamenti rilevanti nel sistema di protezione dei diritti fondamentali ed è superabile se, nelle circostanze del caso concreto, la protezione dei diritti tutelati dalla Convenzione si riveli manifestamente inadeguata (par. 156; si veda altresì la sentenza del 12 maggio 2009, *Gasperini* c. *Italia* e *Belgio*). Rilevando che la protezione dei diritti individuali offerta dal diritto comunitario è equivalente a quella della CEDU, la Corte ha esercitato il proprio controllo su quel diritto. Nella sentenza, il concetto di protezione equivalente non è definito in astratto, bensì prendendo in considerazione l'ordinario funzionamento del sistema del ricorso pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia (paragrafi 96-99 e 162). I limiti al funzionamento di quel ricorso posti dall'art. 68 TCE sono venuti meno nel TFUE.

[102] L'art. 8 del decreto legislativo n. 24 del 25 gennaio 2007 (*GURI* 6, 20 marzo 2007, p. 6 ss.), sulla attuazione di quella direttiva, esclude il transito per via aerea se il cittadino di un Paese terzo corre il rischio di subire, nel Paese di destinazione o di transito, trattamenti inumani umilianti, la tortura o la pena di morte o rischia la vita o la libertà a causa della sua nazionalità, del suo orientamento sessuale, delle sue convinzioni politiche o della sua appartenenza ad un genere o ad un determinato gruppo sociale. Dal punto di visto dell'ordinamento italiano, è appena il caso di ricordare l'operare in materia delle disposizioni indicate *supra*, nota 2.

[103] Così nel caso della Libia: sulle prime posizioni dell'UE rispetto alla Libia, v. già le conclusioni della 2664a sessione del Consiglio giustizia e affari interni, tenutasi a Lussemburgo il 2-3 giugno 2005. In argomento v. S. Hamood, *EU-Libya Cooperation on Migration: A Raw Deal For Refugees and Migrants*, in *Journal of Refugee Studies*, 2008, p. 6 ss. (www.lexisnexis.com, reperibile *on line*).

10. Come è noto, e risulta dal dibattito nell'ambito del Consiglio giustizia e affari interni, gli Stati membri dell'Unione sostengono politiche e atti che hanno l'effetto di contenere i rifugiati nelle loro regioni di origine, nonché volte a realizzare il trasferimento della responsabilità dell'esame delle domande di asilo[104]. D'altro canto – è appena il caso di notare –gli accordi in esame non assicurano affatto che la persona di cui si tratta risieda nel territorio dello Stato di riammissione.

Or bene, in connessione con quanto osservato nel paragrafo che precede, vale la pena di notare che le convenzioni opportunamente elencate nella clausola di non incidenza recano norme suscettibili di limitare l'operare degli accordi di riammissione in combinazione con il principio del *safe third country*; di limitare, cioè, l'utilizzazione di quegli accordi per facilitare l'allontanamento dei richiedenti asilo verso uno Stato (di destinazione, di transito) considerato, per l'appunto, sicuro, senza che sia stata esaminata la domanda di protezione internazionale[105]. La qual cosa non è priva di rilievo, posto che gli accordi di riammissione potrebbero essere utilizzati (a catena) anche per allontanare i richiedenti asilo verso il Paese di origine considerato sicuro[106].

Il principio indicato è fondato su una costruzione ampia della Convenzione di Ginevra del 1951 e non è stato del tutto scartato dall'UNHCR[107]. Sinteticamente, nell'accezione più semplice di quello stesso principio, si afferma che le persone le quali abbandonino il proprio Paese per timore di una persecuzione (*ex* art. 1, par. 2) devono presentare la domanda di protezione nel primo Stato sicuro con cui esse abbiano contatto[108]. Combinato con gli accordi di riammissione (di cui

---

104 In argomento, tra gli altri, v. B. Junker, *Burden Sharing or Burden Shifting? Asylum and Expansion in the European Union*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2006, p, 293 ss.; M. Spernbauer, *The External Dimension of Europeanisation and the External Governance Approach: The Transfer of the Safe Third Country Concept Beyond the Boundaries of the European Union*, in F. Snyder (ed.), *Designing the European Union. L'Union européenne: projets de société en devenir*, Bruxelles, 2007, p. 84 ss.

105 Tra gli altri, v. D. Bouteillet-Paquet, *op. cit.*, p. 359 ss., in specie p. 364 ss.; N. Coleman, *Community Readmission*, cit., p. 287 ss., anche per le differenze tra gli accordi di riammissione e il principio del *safe third country*, invero spesso equiparati.

106 G. Borchelt, *The Safe Third Country Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum Law and a Violation of International Human Rights Standards*, in *Columbia HRLR*, 2002, p. 1 ss.; cfr. pure di seguito testo e nota 115.

107 Ciò a condizione che la sua applicazione non comprometta l'applicazione delle norme pertinenti della Convenzione del 1951; anzi è stata rilevata la sua utilità per la "distribuzione" tra gli Stati dei richiedenti asilo (Executive Committee Conclusions, *Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection*, n. 58 (XL) 1989 (www.unhcr.org, reperibile *on line*); cfr. pure nella nota che segue.

108 La costruzione in parola muove dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Ginevra, il quale esclude che gli Stati contraenti applichino sanzioni penali ai rifugiati in situazione irregolare provenienti "direttamente" dal Paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata; muove, cioè, come è facile scorgere, da una interpretazione *a contrario* del termine "direttamente". La nozione di "Paese terzo sicuro" non è estranea al diritto comunitario: in effetti, ai sensi dell'art. 3, par. 3, del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003 ("sui criteri e i meccanismi di determinazione dello stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata

siano parte gli Stati di arrivo e di destinazione o di transito), quel principio può essere utilizzato (dal primo) per richiedere, per l'appunto, la riammissione del richiedente asilo nel Paese sicuro (di destinazione, di transito) dove avrebbe potuto ottenere – o abbia già ottenuto – siffatta protezione, così realizzandosi un passaggio di responsabilità nell'esame della domanda di asilo[109].

Ora, la circostanza che una persona sia entrata, o cerchi di entrare, illegalmente in uno Stato membro provenendo da un Paese, in particolare, europeo considerato sicuro non costituisce una ragione sufficiente per poter allontanare

in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo", *GUUE* L 50, 25 febbraio 2003, p. 1 ss.), "ogni Stato membro mantiene la possibilità, conformemente alla propria legislazione nazionale, di inviare un richiedente asilo in un Paese, nel rispetto delle disposizioni della Convenzione di Ginevra". Si tratta di una disposizione di contenuto corrispondente all'art. 3, par. 5, della Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno Stato membro; ancorché sostituita dal regolamento indicato (art. 24, par. 1), quella Convenzione ha continuato a essere applicata nei rapporti tra la Danimarca e gli altri Stati membri (cfr. *supra*, par. 5). Il regolamento è stato oggetto di rilievi critici sui quali non è possibile soffermarsi in questa sede. Dei concetti di Paese terzo e di origine sicuri fa menzione altresì la direttiva 2005/85/CE (art. 25 ss.), cit. (sulla stessa, anche per altre indicazioni bibliografiche, v. il nostro *Recenti tendenze dell'UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo: tra CEDU e «regime europeo comune»*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, II, p. 959 ss.), in vista dell'applicazione negli ordinamenti interni di norme che consentano di ritenere irricevibili o infondate le domande di protezione internazionale presentate da persone provenienti da un Paese (di primo asilo o) terzo sicuro, o, rispettivamente, di origine sicuro. Per quanto qui interessa, va ricordato che, muovendo dall'affermazione del rispetto dei diritti fondamentali (preambolo, par. 8), le disposizioni della direttiva distinguono tra le nozioni di Paese terzo sicuro e di Paese terzo europeo considerato sicuro (*super safe*) e ricollegano l'applicazione di quest'ultimo concetto e del Paese di origine sicuro all'osservanza, negli Stati terzi, dei diritti fondamentali indicati dalla CEDU, del Patto sui diritti civili e politici, della Convenzione delle Nazioni Unite sul divieto di tortura ecc., e al rispetto del principio di *non refoulement* (articoli 27, 36 e Allegato II). Siffatta disciplina trova punti di contatto con le indicazioni, fornite dal Comitato esecutivo dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (cfr. la nota che precede) allo scopo di limitare l'operare del concetto in esame al caso di rifugiato che abbia ottenuto effettiva protezione nel terzo Stato, risulti protetto contro il *refoulement* e sia trattato nel rispetto dei diritti individuali fondamentali, finché non si trovi una soluzione al problema di cui si tratta. Sulle nozioni in parola, le differenze tra queste e il concetto di Paese di primo asilo (cui ha riguardo l'art. 26 della direttiva) e la prassi statale in materia, v. tra gli altri, l'ampio studio (pubblicato nel sito dell'Unione con la sigla DG JAI-A2/2002/04) predisposto, su incarico della Commissione, dal British Institut of International and Comparative Law, *The Law and Practice on Safe Country Principles against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Procedure*, Bruxelles, 2003; con altre indicazioni bibliografiche, M. Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, 2006, p. 344 ss.; inoltre la pubblicazione dell'European Legal Network on Asylum (ELENA), *The Application of the Safe Country of Origin Concept in Europe* (www.ecre.org, reperibile *on line*).

[109] In argomento v. S. Lavenex, *Safe Third Country. Extending the EU Asylum and Immigration Policies to Central and Eastern Europe*, Budapest-New York, 1999 (indicazioni blibliografiche a p. 177 ss.); R. Byrne, G. Nool, *New Asylum Countries? Migration Control and Refugee protection in an Enlarged European Union*, The Hague, 2002, p. 17 ss.; J. C. Hathaway, *op. cit.*, p. 293 ss.; G. S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *op. cit.*, p. 390 ss.; M. John-Hopkins, *The Emeperor's New Safe Country Concepts: A UK Persective on Sacrificing Fairnesson the Altar of Efficiency*, in *IJRL*, 2009, p. 218 ss.; M. Spernbauer, *op. loc. cit.*

quella persona verso lo Stato di provenienza anteriormente all'esame della domanda di asilo[110].

Invero, trattandosi del rischio di violazione dell'art. 3 della CEDU, per indicazione della Corte europea gli Stati hanno l'obbligo di esaminare rigorosamente e in modo indipendente la posizione degli interessati, con mezzi idonei a evitare gli effetti potenzialmente irreversibili del provvedimento di allontanamento che riguardi questi ultimi, compresa la sospensione dell'esecuzione di detto provvedimento. Ciò in considerazione del carattere assoluto del diritto tutelato da quella norma[111]. Né potrebbero trovare applicazione termini procedurali rigidi che non tengano conto del rischio irreparabile di violazione del diritto in parola[112].

In particolare, in una specie di trasferimento del richiedente asilo verso uno Stato *safe*, competente a esaminare la domanda in base ad un accordo internazionale, la Corte ha attirato l'attenzione sull'esigenza che sia valutata l'esistenza in detto Stato di garanzie processuali idonee a proteggere il richiedente asilo da un immediato e sommario allontanamento verso un Paese terzo (di appartenenza) dove rischiava di essere sottoposto a un trattamento vietato dall'art. 3 CEDU[113]. La Corte non ha affatto scartato che, in circostanze particolari, per le

---

110 Per quest'ordine di considerazioni, nonché per quanto di seguito, nel testo, v. le posizioni dell'ECRE e di *Amnesty International* riportate in European Legal Network on Asylum (ELENA), *op. cit.*, p. 5 s.; le osservazioni critiche dell'UNHCR, *Towards a Common European Asylum System*, in C. Dias Urbano de Sousa, P. de Bruycker (eds.), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, 2004, p. 227 ss., in specie p. 231, e nella *Note* (www.ecre.org, reperibile *on line*); la *Information Note* dell'ECRE, con la sigla IN1/10/2006/EXT/JI (reperibile *on line* nello stesso sito); B. Junker, *op. loc. cit.*

111 Come risulta dalla sua formulazione incondizionata; la stessa reca un valore fondamentale delle società democratiche (e quindi non derogabile "anche nelle circostanze più difficili, come la lotta al terrorismo e al crimine organizzato": v., con altre indicazioni giurisprudenziali, sentenza 26 ottobre 2005, *Siliadin* c. *Francia*, par. 112; la sentenza dell'11 gennaio 2007, *Salah Sheekh* c. *Olanda*, par. 136; la sentenza *Saadi,* cit., par. 125 ss.). Nella giurisprudenza in parola, ulteriore conferma del carattere assoluto dell'art. 3 è desunta da un confronto dello stesso con l'art. 33 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati (norma che, a differenza della prima, prevede, per le considerazioni in essa indicate, l'operare di limiti al divieto di espulsione dei rifugiati verso frontiere di territori in cui, in particolare, potrebbe essere minacciata la loro vita): cfr. la sentenza del 15 novembre 1996, *Chahal* c. *Regno Unito*, par. 49 s.; la sentenza del 26 luglio 2005, *N.* c. *Finlandia*, par. 59. Nel senso indicato vanno segnalate, tra le altre, le posizioni dell'Alto Commissario per i diritti umani nello *Human Rights Day Statement*, del 7 novembre 2005 (nella pagina web dell'OHCHR, www.un.org, reperibile *on line*), "on terrorists and tortures": "[T]he right to be free from torture and cruel, inhuman or degrading treatment (…) may not be subject to any limitation, any where, under any condition"; e del Joint Commitee on Human Rights nel nono rapporto del 18 maggio 2006 (www.parliament.uk, reperibile *on line*).

112 V. le indicazioni della Corte europea, la sentenza del 5 febbraio 2002, *Čonka* c. *Belgio*, par. 79, che richiama in proposito quanto già osservato nella sentenza dell'11 luglio 2000, *Jabari* c. *Turchia*, par. 50. Sull'orientamento degli organi di garanzia della CEDU consistente nel desumere esigenze di legalità e garanzie processuali dalle stesse norme della cui violazione si tratta, in specie dagli articoli 2, 3 e 8, v. il par. 5 del nostro scritto cit. *supra*, nota 108.

113 Cfr. le indicazioni nel caso *T.I.*, cit. ("[I]n the present case, the applicant is threatened with removal (dal Regno Unito) to Germany (…). It is accepted by all parties that the applicant is not,

ragioni riferite, siffatta espulsione possa porre un problema di violazione della Convenzione europea.

La Corte ha richiamato l'attenzione anche sulla prassi pertinente seguita dallo Stato verso il quale la persona sia allontanata nei rapporti con lo Stato terzo di cui sia cittadino quella stessa persona[114]; in specie sull'esistenza di garanzie offerte dal primo Stato contro l'eventuale allontanamento (nel secondo).

In altri termini, la Corte ha posto in luce la necessità di un attento esame delle caratteristiche del caso di specie. Ne consegue che l'applicazione pura e semplice del criterio del *safe third country*, nei rapporti tra Stati, ancorché europei, considerati, per l'appunto, sicuri, non esclude dunque il pericolo di *refoulement* da parte degli stessi[115].

In conclusione, affinché quel criterio possa funzionare in conformità con il divieto di *refoulement*, nonché con i principî e i diritti fondamentali operanti nell'ordinamento dell'UE, per quanto qui interessa, è necessario poter stabilire che lo Stato europeo di transito e quello di destinazione del richiedente asilo siano *safe* (non solo in generale, ma) per quella persona. Su queste basi, dunque, l'operare della riammissione (conseguente al provvedimento di allontanamento) dovrebbe considerarsi subordinato all'accertata inesistenza dei pericoli indicati; in particolare, giusta le indicazioni della Corte europea, all'accertato funziona-

---

as such, threatened with any treatment contrary to Article 3 in Germany. Is removal to Germany is however one link in a possible chain of events which might result in his return to Sri Lanka where it is alleged that he would face the real risk of such treatment. The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 (…). Nor can the United Kingdom rely automatically in that context" sulla Convenzione di Dublino. Inoltre, sebbene detta Convenzione persegua "laudable objectives, its effectiveness may be undermined in practice by differing approaches adopted" dagli Stati. "The Court primary concern is whether there are effective procedural safeguards of any kind protecting the applicant from being removed from Germany to Sri Lanka (…)". Ora, "it is satisfied by the Germany Government's assurances that the applicant would not risk immediate or summary removal to Sri Lanka"). Siffatte indicazioni sono state ribadite dalla Corte nella sentenza *Salak Sheck,* cit., in vista di un'espulsione in aree "safe" della Somalia. Da segnalare gli svolgimenti di Lord Slynn concernenti la decisione della House of Lords, 19 dicembre 2000, *Regina* v. *Secretary of State for the Home Department* ex parte *Adan* e *Regina* v. *Secretary of State for the Home Department* ex parte *Aitseguer* (www.publications.parliament.uk, reperibile *on line*).

114 V. la sentenza del 2 dicembre 2008, relativa all'affare *K.R.S.* c. *Regno Unito*.

115 Degni di nota in tal senso i casi richiamati nel documento (n. 8598, 21 dicembre 1999) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Restrictions au droit d'asile dans les Etats Membres du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne*, p. 5 (www.coe.int, reperibile *on line*); v. pure l'*Infomation Note* dell'ECRE, cit.; G. Noll, *Formalism v. Empiricism: Some Reflections on the Dublin Convention on the Occasion of Recent European Case Law*, in *Nord. JIL*, 2001, p. 161 ss.; G. Borchelt, *op. loc. cit.*; le osservazioni di S. H. Legomsky, *Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection*, in *IJRL*, 2004, p. 567 ss. Sul rilievo della "personal situation" del richiedente asilo v. pure il caso *H.F.*, cit., par. 93 s. Infine, degna di nota, nel senso qui considerato, la decisione del TAR Puglia n. 1870, del 24 giugno 2008, di annullamento di trasferimento in Grecia di un richiedente asilo.

mento nello Stato richiesto di un quadro normativo idoneo a impedire il rischio di *refoulement*, ancorché indiretto, della persona da riammettere.

L'attenzione dunque si sposta sul contenuto delle leggi statali; sull'operare dei protocolli applicativi degli accordi di riammissione che possono essere conclusi dagli Stati membri, nonché sui procedimenti formali e informali di riammissione di cui fanno menzione gli accordi.

Abstract

EU's Readmission Agreements

To make the management of its external borders safer, the EU is trying to cooperate with the migrants Mediterranean countries of origin and of transit. Among the legal instruments available, there are the "*readmission agreements*". The main part of these agreements provides reciprocal obligations: subject to certain conditions, the contracting parties must readmit their own nationals who have entered or stayed illegally in the other party; the parties must readmit nationals of non-contracting parties or stateless persons who have illegally entered or stayed on their territory. In the case of EU's agreements, in fact there is not reciprocity, because the third countries would not have problems with expulsions to the EU. The instrument of visa facilitation agreements may find a way to press neighbouring counties to stipulate readmission agreements. But the EU's negotiating approach with north African countries substantiate that readmission negotiations with these countries are likely to remain stalled. Negotiating practice support the assumption of concurrent EU's treaty-making power. As a matter of fact, readmission agreements are applicable to rejected asylum seekers and to people removed to supposedly safe third countries, but receiving states are obliged to examine the claim before the readmission and to verify that the third country is really safe for the individual applicant.

Maria Rosaria Mauro

Accordi internazionali sugli investimenti e Unione europea

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il quadro giuridico internazionale: la rilevanza degli accordi bilaterali sulla promozione e sulla protezione degli investimenti. – 3. La disciplina degli investimenti transnazionali nell'Unione europea. – 4. La questione della compatibilità tra norme di diritto dell'Unione europea e BITs (*Bilateral Investment Treaties*) conclusi tra Stati membri. – 5. Possibili argomenti a sostegno della tesi dell'estinzione dei BITs intra-UE. – 6. BITs conclusi da Stati membri con Stati terzi e diritto comunitario: le sentenze nelle cause C-205/06, C-249/06 e C-118/07. – 7. La competenza esterna in materia di investimenti esteri diretti introdotta dal Trattato di Lisbona. – 8. Liberalizzazione e protezione degli investimenti.– 9. Implicazioni del Trattato di Lisbona sui BITs conclusi dagli Stati membri con Stati terzi e competenza dell'Unione europea a negoziare e concludere nuovi accordi sugli investimenti. – 10. Prospettive future.

1. Il tema del rapporto intercorrente tra il diritto internazionale e il diritto dell'Unione europea è stato ampiamente esaminato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Peraltro, di recente, il problema della compatibilità tra norme appartenenti a ordinamenti giuridici differenti si è posto in relazione alla disciplina degli investimenti stranieri e, in particolare, in riferimento agli obblighi assunti dagli Stati membri nei *Bilateral Investment Treaties* (BITs)[1], che potrebbero contenere disposizioni incompatibili con il diritto dell'Unione europea. Su tale delicato problema sia la Corte di giustizia dell'Unione europea (già Corte di giustizia delle Comunità europee) sia alcuni tribunali arbitrali hanno avuto modo di pronunciarsi, tuttavia non sembra sia stata trovata una chiara soluzione.

La disciplina degli investimenti transnazionali nell'Unione europea resta, in effetti, un tema controverso: infatti, nonostante i diversi tentativi di estendere i poteri dell'Unione nel settore, principalmente attraverso l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle norme relative alla politica commerciale comune, la competenza in materia spetta ancora essenzialmente agli Stati membri.

Importanti novità al riguardo potranno aversi a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che per l'appunto modifica sensibilmente le disposizioni concernenti la politica commerciale comune.

[1] L'acronimo è di origine statunitense, ma è ormai universalmente adoperato in questo settore.

Tale Trattato, come è noto, fonda l'ordinamento dell'Unione su due trattati di pari valore giuridico: il Trattato sull'Unione europea (TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)[2], il quale sostituisce il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE).

2. Il quadro giuridico internazionale in materia di investimenti stranieri appare complesso e spesso disomogeneo nel contenuto, coesistendo insieme strumenti vincolanti e di *soft law*, un numero limitato di norme consuetudinarie, pochi accordi multilaterali, un numero crescente di convenzioni regionali e molti trattati bilaterali[3].

Il fallimento dei diversi tentativi multilaterali di regolamentazione del regime degli investimenti stranieri e l'incertezza circa il contenuto delle norme consuetudinarie in materia hanno spinto gli Stati a cercare strumenti giuridici alternativi per incoraggiare e allo stesso tempo proteggere gli investimenti dei propri nazionali all'estero. In tale contesto in particolare si è avvertita, alla fine degli anni '50, l'esigenza di elaborare un nuovo tipo di accordo bilaterale, che fosse al tempo stesso nella sua natura specifico, poiché destinato esclusivamente alla promozione e alla protezione degli investimenti, e generale, in quanto applicabile a tutti gli investimenti che rientravano nell'ampia definizione prevista dall'accordo, il quale non doveva essere limitato nella sua applicazione a particolari settori dell'economia.

Dal 1959, anno in cui venne firmato il primo accordo bilaterale sulla promozione e la protezione degli investimenti[4], tali trattati sono stati conclusi in numero via via maggiore[5].

Mentre inizialmente questi accordi erano destinati a disciplinare le relazioni tra Paesi di diverso livello di sviluppo economico, i BITs vengono ormai conclusi indistintamente tra tutti gli Stati, siano essi Paesi in via di sviluppo, Paesi industrializzati o Paesi a economia in transizione e la rete convenzionale coinvolge ormai la quasi totalità degli Stati.

I Paesi dell'Europa occidentale sono quelli che per primi hanno iniziato a concludere BITs e sono tra quelli che ne hanno concluso in numero maggiore. Anche gli Stati dell'Europa orientale hanno firmato negli anni numerosi accordi

---

[2] Cfr. l'art. 1 TUE. Il Trattato di Lisbona, inoltre, riconosce la personalità giuridica dell'Unione europea (cfr. l'art. 47 TUE) e riunisce i tre pilastri, in particolare con l'estensione all'ex terzo pilastro delle regole generali di origine comunitaria, pur mantenendo regole specifiche e il carattere intergovernativo per la politica estera e di sicurezza comune. Rimane quindi la sola Unione europea, che sostituisce e succede alla Comunità europea. Si veda al riguardo U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008, p. 21.

[3] Si veda sull'argomento M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2004, II ed.

[4] L'Accordo venne concluso il 25 novembre 1959 dalla Germania e dal Pakistan ed entrò in vigore il 28 novembre 1962. Il primo trattato di questo tipo a entrare in vigore, il 3 giugno 1960, è stato invece quello tra la Germania e la Repubblica Dominicana, firmato il 16 dicembre 1959.

[5] Secondo i dati dell'UNCTAD, *World Investment Report 2009*, New York-Geneva, 2009, p. XXII, dal 1959 al 2008 sono stati conclusi 2676 BITs.

bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti, che hanno rappresentato uno strumento importante per creare in tali Paesi condizioni favorevoli per gli investimenti stranieri dopo la fine dei regimi socialisti e delle economie di Stato. Proprio per tale ragione l'Unione ha inizialmente incoraggiato la conclusione di trattati di questo tipo tra gli Stati membri e quelli dell'Europa dell'est, ritenendoli complementari agli accordi di associazione che erano via via conclusi con questi ultimi[6].

Il fine dei BITs è quello di assicurare all'investitore elevati standard di protezione, attraverso norme concernenti le definizioni di investimento e di investitore, le condizioni di ingresso dell'investimento straniero, gli standard generali di trattamento, le condizioni di gestione dell'investimento, i trasferimenti monetari, la protezione contro misure di nazionalizzazione ed espropriazione, l'indennizzo per danni subiti a causa di conflitti armati e disordini interni, la surroga dello Stato all'investitore indennizzato, la soluzione delle controversie tra Stati contraenti o tra uno Stato contraente e un investitore dell'altro Stato contraente[7].

3. La disciplina degli investimenti transnazionali nell'Unione europea appare attualmente estremamente frammentaria e poco uniforme, ciò soprattutto a causa della complessa divisione delle competenze in materia tra gli Stati membri e l'Unione. Infatti, gli Stati membri disciplinano gli aspetti relativi al trattamento e alla protezione degli investimenti stranieri sia attraverso normative nazionali sia, soprattutto, tramite accordi internazionali e, in particolare, i BITs.

Da tale insieme articolato e, talvolta, poco coerente di norme deriva spesso l'applicazione agli investitori – dell'Unione ed extra-UE – di regimi che variano a seconda del Paese membro in cui essi decidono di realizzare il proprio investimento. Contemporaneamente, la mancanza di una competenza esclusiva e generale dell'Unione europea nel settore degli investimenti comporta che vi siano livelli di protezione differenti per gli investitori dei Paesi membri che operano all'estero.

---

6 Si veda al riguardo, ad esempio, l'art. 74 dell'Accordo di associazione con la Repubblica Ceca del 4 ottobre 1993, secondo il quale: "1. Si cercherà di creare un clima favorevole agli investimenti privati, nazionali e stranieri, indispensabile per la ricostruzione economica e industriale della Repubblica Ceca. 2. Più specificamente, la cooperazione si prefiggerà di: – migliorare il contesto istituzionale per gli investimenti nella Repubblica Ceca; – far sì che gli Stati membri e la Repubblica Ceca proroghino gli accordi di promozione e di tutela degli investimenti; – applicare disposizioni appropriate per il trasferimento dei capitali; – continuare la deregolamentazione e migliorare l'infrastruttura economica; – scambiare informazioni sulle possibilità di investimenti sotto forma di fiere ed esposizioni commerciali, settimane commerciali ed altre manifestazioni".

7 Tali accordi non costituiscono, in realtà, un insieme disarticolato, ma presentano tra loro caratteristiche analoghe, ispirandosi normalmente a modelli di riferimento elaborati dai singoli governi, che vengono modificati nel tempo. La bibliografia sul tema è estremamente vasta, si vedano in particolare R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995; M. R. Mauro, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003.

In tale panorama complesso, quindi, si manifesta l'esigenza di una politica dell'Unione specifica in materia di investimenti transnazionali, sia perché sempre più frequentemente gli investitori di Stati terzi richiedono l'applicazione di norme comuni su tutto il territorio dell'Unione, sia per evitare discriminazioni tra investitori degli Stati membri, sia per consentire agli investitori dei Paesi dell'Unione di essere più competitivi nei mercati stranieri.

Disposizioni che possono incidere sugli investimenti stranieri erano già presenti, in realtà, nel TCE, le quali riguardavano il diritto di stabilimento e i movimenti di capitali[8]. Tuttavia, non è mai stata inserita in tale Trattato una norma specifica sulla quale fondare la competenza dell'Unione in materia di trattamento e protezione degli investimenti intra-UE, stranieri nei Paesi membri e di quelli dei nazionali dei Paesi membri negli Stati terzi[9].

Per quanto riguarda in particolare la competenza esterna in tale settore, sulla base del TCE essa appare molto limitata[10], sebbene vi fossero nel Trattato norme che hanno consentito alla Comunità europea di negoziare e concludere accordi internazionali relativi agli investimenti. La stessa Corte di giustizia ha, in passato, ritenuto che la competenza a concludere accordi internazionali sugli investimenti con Stati terzi spettasse principalmente agli Stati membri, in particolare per quanto riguarda gli aspetti della protezione e della promozione[11]. I singoli Stati membri hanno perciò concluso un numero elevatissimo di BITs, sia intra-UE sia con Stati terzi, mentre la Comunità si è limitata, in genere, a confermare i principi contenuti negli accordi bilaterali sugli investimenti, impegnandosi, ad esempio, a migliorare l'accesso al mercato, promuovere i flussi di capitali legati agli investimenti, favorire la circolazione del personale chiave e l'applicazione del trattamento nazionale.

Dato il quadro giuridico di competenze limitate e ripartite, la Comunità europea ha tentato di ampliare nella prassi i propri poteri in materia di investimenti,

---

8 Cfr. l'art. 43 ss. e l'art. 56 ss.

9 Si veda al riguardo N. Maydell, *The European Community`s Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence*, in A. Reinisch, C. Knahr (eds.), *International Investment Law in Context*, Utrecht, 2008, p. 73 ss.

10 Si vedano sull'argomento in particolare W. Shan, *Towards a Common European Community Policy on Investment Issues*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2001, p. 603 ss.; J. Karl, *The Competence for Foreign Direct Investment – New Powers for the European Union?*, *ivi*, 2004, p. 414 ss.; J. Ceyssens, *Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution*, in *LIEI*, 2005, p. 259 ss.; A. Dimopoulos, *The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism between Internal and External Economic Policy?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2008, p. 101 ss.

11 Cfr. al riguardo il parere della Corte di giustizia del 24 marzo 1995, 2/92, *Competenza della Comunità o di una delle sue istituzioni a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell'OCSE relativa al trattamento nazionale*, *Raccolta*, p. I-558, in cui la Corte non ha ritenuto l'art. 113 TCE – relativo alla politica commerciale comune – una base giuridica sufficiente per riconoscere la competenza esclusiva della Comunità a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell'OCSE relativa al trattamento nazionale, un codice non vincolante che accorda il trattamento nazionale agli investitori dei Paesi OCSE.

sia tramite l'estensione della nozione di politica commerciale comune[12] sia concentrandosi inizialmente nelle aree non coperte dagli accordi internazionali degli Stati membri. Infatti, essa ha originariamente considerato la propria politica in materia di investimenti stranieri complementare a quelle nazionali, inserendo norme sui movimenti di capitali e la promozione degli investimenti in strumenti relativi all'azione svolta in altri contesti, principalmente nell'ambito della cooperazione allo sviluppo[13], estendendo poi gradualmente la propria azione esterna in materia di investimenti stranieri ad altri aspetti, come l'accesso degli investimenti.

Tuttavia, gli accordi conclusi dalla Comunità che riguardano anche gli investimenti stranieri contengono norme in materia di protezione spesso molto limitate nel contenuto, perciò essi potrebbero non essere idonei a sostituire i BITs negoziati dagli Stati membri, la cui conclusione è anzi talvolta espressamente prevista nei capitoli sugli investimenti degli accordi in questione[14].

In particolare, per quanto riguarda poi il problema della soluzione delle controversie tra lo Stato ospite e l'investitore dell'altro Stato contraente, da cui dipende l'effettività della protezione degli investimenti stranieri garantita dal trattato stesso, in quasi tutti gli accordi sulla promozione e la protezione degli investimenti sono previste norme specifiche.

Tra i diversi strumenti il principale è indubbiamente l'arbitrato dell'ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes)[15], il Centro internazionale per il regolamento delle controversie in materia di investimenti istituito dalla Convenzione di Washington del 1965, al quale si fa generalmente riferimento nei BITs. L'Unione europea non è però membro del Centro, come non lo era la Comunità, non potendo comunque attualmente divenire parte della

---

12 Si veda sull'argomento M. R. Mauro, *La politica commerciale comune nel Trattato di Lisbona, con particolare riferimento agli investimenti stranieri*, in F. P. Traisci (a cura di), *Il "Diritto privato europeo": dal mercato interno alla cittadinanza europea*, Napoli, 2010, p. 55 ss.

13 Cfr. sul tema O. Babarinde, G. Faber, *From Lomé to Cotonou: Business as Usual?*, in *EFA Rev.*, 2004, pp. 33-35.

14 Secondo l'art. 21, par. 2, lett. b), dell'Accordo di associazione tra la Comunità europea e gli Stati membri da una parte e il Cile dall'altra del 2002, ad esempio, le parti devono cooperare per sviluppare un quadro giuridico che favorisca gli investimenti attraverso la conclusione, se è opportuno, di accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti tra gli Stati membri e il Cile. Cfr. anche l'art. 21 dell'Accordo di partenariato di Cotonou tra la Comunità europea e i Paesi ACP del 2000.

15 Sull'argomento la bibliografia è molto vasta, si vedano in particolare A. Giardina, P. Toriello, *Centro internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti (CIRDI)*, in *EG*, VI; A. Giardina, *ICSID: A Self-Contained, Non-National Review System*, in R. B. Lillich, C. N. Brower (eds.), *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity? – Twelfth Sokol Colloquium*, Irvington-on-Hudson (N.Y.), 1994, p. 199 ss.; M. B. Deli, *ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, p. 2846 ss.; C. H. Schreuer, L. Malintoppi, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2009, II ed.

Convezione di Washington[16]. In tali condizioni, gli investimenti effettuati da investitori degli Stati membri in Paesi extra-UE o da investitori di altri Stati nell'Unione europea non beneficerebbero pertanto della protezione del sistema ICSID[17].

In realtà, da tempo la Commissione rivendica una competenza esclusiva dell'Unione nella conclusione degli accordi sugli investimenti stranieri[18]. Tale istituzione ha, infatti, spesso contestato le procedure seguite nella conclusione e attuazione degli accordi internazionali in materia di investimenti che, coinvolgendo sia la Comunità sia gli Stati membri, sono state ritenute eccessivamente gravose[19].

L'esame della prassi rivela, tuttavia, che gli Stati membri hanno finora di norma firmato gli accordi economici contenenti norme sugli investimenti anche se negoziati dalla Commissione[20]; d'altronde, pure il Trattato sulla Carta europea dell'energia, che rappresenta uno dei pochi esempi di accordo internazionale multilaterale relativo alla promozione, protezione e trattamento degli investimenti stranieri, è stato sottoscritto sia dalla Comunità europea sia dagli Stati membri[21].

4. In tale contesto generale si pone, dunque, il problema specifico della compatibilità tra il diritto dell'Unione europea e le norme degli accordi bilaterali sugli investimenti conclusi tra Stati membri o da Stati membri con Stati terzi[22].

---

16 Secondo quanto previsto dall'art. 67 della Convenzione, infatti: "This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank. It shall also be open for signature on behalf of any other State which is a party to the Statute of the International Court of Justice and which the Administrative Council, by a vote of two-thirds of its members, shall have invited to sign the Convention".

17 Va osservato che l'art. 26 del Trattato sulla Carta europea dell'energia, sottoscritto anche dalla Comunità europea (cfr., *infra*, nota 21), prevede la possibilità di ricorrere all'arbitrato internazionale in caso di controversie con l'investitore straniero, il quale può agire nei confronti sia della Comunità sia degli Stati membri. Una dichiarazione relativa all'art. 26 del Trattato sulla Carta europea dell'energia, sottoposta dalle Comunità al Segretariato della Carta dell'energia nel 1998, specifica infatti che sia le Comunità europee sia gli Stati membri hanno concluso il Trattato, essendo perciò entrambi responsabili sul piano internazionale per il rispetto degli obblighi in esso contenuti, a seconda della rispettiva competenza, e che la Comunità e gli Stati membri determineranno entro 30 giorni, se è necessario, quale tra loro debba essere convenuto nei procedimenti arbitrali, senza pregiudizio per il diritto dell'investitore di ricorrere nei confronti di entrambi. Si veda al riguardo M. Burgstaller, *European Law and Investment Treaties*, in *JIA*, 2009, pp. 206-207.

18 Si veda al riguardo J. Ceyssens, *op. cit.*, p. 269.

19 *Ibidem*.

20 Cfr. al riguardo D. Vis-Dunbar, *European Treaty May Revive Debate over Power to Conclude Investment Agreements*, in *Investment Treaty News*, 30 ottobre 2007 (www.investmenttreatynews.org, reperibile *on line*).

21 Il Trattato sulla Carta europea dell'energia è stato firmato, insieme al Protocollo sull'efficienza energetica e sugli aspetti ambientali correlati, il 17 dicembre 1994, a seguito della firma della Carta europea dell'energia il 17 dicembre 1991. Il Trattato è stato sottoscritto dalla Comunità europea, dall'Euratom e da 51 Stati. Si vedano sul tema I. Seidl-Hohenveldern, *The Energy Charter Treaty and the Energy Policy of the European Community*, in M. Dony, A. De Walsche (dirs.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, I, Bruxelles, 1999, p. 139 ss.; A. Giardina, *Energy Charter Treaty*, in *Enciclopedia degli idrocarburi*, IV, Roma, 2007, p. 551 ss.

22 Sul tema degli accordi internazionali conclusi da Stati membri tra loro o con Stati terzi si veda U. Villani, *op. cit.*, pp. 213-218.

Il problema della compatibilità tra BITs intra-UE e diritto dell'Unione europea si è manifestato, in particolare, a seguito delle adesioni degli Stati dell'Europa orientale all'Unione europea nel 2004 e nel 2007. Infatti, mentre vi sono solo pochi trattati bilaterali sugli investimenti in vigore tra i primi 15 Stati membri, gli Stati di recente adesione avevano concluso in precedenza numerosi accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti sia tra loro sia con Stati membri dell'Unione europea. Perciò, con le adesioni di altri 12 Stati all'Unione, il numero di BITs di cui sono contraenti due Stati membri è aumentato sensibilmente.

In proposito, è controverso se i BITs debbano continuare ad applicarsi allorquando entrambe le parti siano Stati membri dell'Unione o se, invece, debbano estinguersi; in effetti, la prassi indica che questi accordi hanno finora seguitato a trovare applicazione, anzi, proprio tali convenzioni hanno costituito la base di alcuni ricorsi presentati da investitori di Stati comunitari nei confronti di altri Stati che sono poi divenuti membri dell'Unione europea[23].

Il problema che si pone è se, dato il nuovo contesto giuridico, tali accordi siano ancora necessari; secondo alcuni, infatti, i trattati in questione avrebbero perso la propria *raison d'être*, dal momento che gli accordi di questo tipo hanno tradizionalmente avuto lo scopo di assicurare la stabilità giuridica e la certezza del diritto agli investitori stranieri che investono in Paesi in cui tali garanzie non esistono o sono carenti. L'adesione all'Unione da parte degli Stati dell'Europa orientale, con le riforme che l'hanno preceduta, avrebbe fatto venir meno tali ostacoli.

La Commissione dal canto suo ha chiaramente manifestato i propri dubbi circa la necessità di accordi del genere nel mercato unico e ha espresso la propria preoccupazione per l'eventualità che gli investitori degli Stati membri, ricorrendo alle procedure arbitrali previste dal BIT, possano dar vita a una sorta di *forum shopping* e impedire alla Corte di giustizia di pronunciarsi su questioni rilevanti di diritto dell'Unione europea. Secondo la Commissione, pertanto, il diritto dell'Unione europea dovrebbe sostituire le norme dei BITs intra-UE[24],

[23] Si vedano ad esempio la richiesta di arbitrato presentata nel maggio 2003 dalle società cipriote ADC Affiliate Limited e ADC & ADMC Management Limited contro l'Ungheria sulla base del BIT tra Cipro e l'Ungheria del 1989; la domanda di arbitrato del giugno 2004 avanzata dalla società olandese Eastern Sugar B.V. nei confronti della Repubblica Ceca sulla base del BIT tra i Paesi Bassi e la Repubblica Federale Ceca e Slovacca del 1991; la domanda di arbitrato dell'agosto 2004 della società belga Interbrew Central European Holding B.V. contro la Slovenia sulla base del BIT tra l'Unione economica del Belgio e Lussemburgo e la Slovenia del 1999; il ricorso presentato, all'inizio del 2005, dalla multinazionale francese Vivendi Universal contro la Polonia, sulla base del BIT tra la Francia e la Polonia del 1989; la domanda di arbitrato dell'ottobre 2005 nel caso *Ioan Micula, Viorel Micula* e *altri* c. *Romania* sulla base del BIT tra la Svezia e la Romania del 2002; la richiesta di arbitrato del dicembre 2005 presentata dal *Rompetrol Group N.V.* contro la Romania sulla base del BIT tra i Paesi Bassi e la Romania del 1983.

[24] Cfr. al riguardo D. Vis-Dunbar, *EU Members Review Intra-European BITs in Light of Potential Overlap with EU Law*, in *Investment Treaty News*, 30 giugno 2007 (www.investmenttreatynews.org, reperibile *on line*).

mentre secondo la maggior parte degli Stati membri gli accordi esistenti dovrebbero rimanere in vigore.

Il problema della relazione tra l'appartenenza di uno Stato all'Unione europea e gli effetti di tale *membership* sui BITs da esso conclusi si è posto in maniera concreta nel momento in cui si è ricorso all'arbitrato internazionale per la soluzione di controversie relative a tali accordi sorte tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro.

Il primo lodo arbitrale che ha interessato un BIT intra-UE è del 27 marzo 2007[25], in cui è stata condannata la Repubblica Ceca a risarcire la società Eastern Sugar a causa di una controversia sorta nel quadro della distribuzione delle quote di zucchero decisa nell'ambito della politica agricola comune. In particolare, la società olandese sosteneva che vi fosse stata un'applicazione discriminatoria delle regole sulle quote agricole in violazione delle norme del BIT tra i Paesi Bassi e la Repubblica Federale Ceca e Slovacca del 1991 attraverso l'emanazione di alcuni decreti da parte delle autorità locali volti a colpire tale società.

Secondo la Repubblica Ceca il Tribunale arbitrale non aveva giurisdizione, poiché, a seguito della propria adesione all'Unione europea, avvenuta il 1° maggio 2004, il BIT con i Paesi Bassi si sarebbe estinto implicitamente e l'investitore olandese non avrebbe potuto, pertanto, beneficiare delle garanzie previste dall'accordo in questione[26].

Lo Stato convenuto ha, inoltre, invocato l'art. 59 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati[27], affermando che il BIT concluso con i Paesi Bassi e il diritto dell'Unione europea disciplinavano in modo concorrente la stessa materia e che il secondo avrebbe dovuto prevalere. L'applicazione del BIT, peraltro, avrebbe violato il principio di non discriminazione e di uguaglianza di trattamento[28].

---

[25] Cfr. il lodo parziale del 27 marzo 2007, nel caso *Eastern Sugar B.V.* c. *Repubblica Ceca*, SCC no. 088/2004 (www.iisd.org, reperibile *on line*). Per un commento del lodo si veda M. Potestà, *Il caso Eastern Sugar: accordi bilaterali sugli investimenti, Unione europea e diritto comunitario*, in *RDIPP*, 2008, p. 1055 ss. Cfr. sull'argomento anche L. E. Peterson, D. Vis-Dunbar, *Czech Republic Loses BIT Arbitration to Sugar Firm Challeging Quota Allocation*, in *Investment Treaty News*, 13 aprile 2007 (www.investmenttreatynews.org, reperibile *on line*).

[26] Cfr. il lodo parziale nel caso *Eastern Sugar B.V.* c. *Repubblica Ceca*, cit., paragrafi 97 e 117.

[27] Secondo tale articolo: "1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject matter and: (a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or (b) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time. 2. The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties".

[28] Cfr. il lodo parziale nel caso *Eastern Sugar B.V.* c. *Repubblica Ceca*, cit., paragrafi 101, 104 e 105. A sostegno della tesi secondo cui i BITs intra-UE dovevano ritenersi estinti, la Repubblica Ceca ha richiamato una lettera del Direttore generale della Direzione generale mercato interno e servizi della Commissione europea al vice-Ministro delle finanze Ceco del 13 gennaio 2006 e una nota di tale Direzione al Comitato economico e finanziario del 26 novembre 2006. Nel primo documento la Commissione, esprimendosi circa l'efficacia degli accordi bilaterali sugli investi-

Lo Stato Ceco chiedeva al Tribunale, infine, di sospendere il procedimento e di deferire la questione alla Commissione europea per una decisione al riguardo o alla Corte di giustizia affinché si pronunciasse, in via pregiudiziale, sull'estinzione del BIT[29]. Come è noto, tuttavia, in virtù dell'art. 234 TCE – attuale art. 267 TFUE – solo una giurisdizione di uno Stato membro può adire la Corte di giustizia e non un tribunale arbitrale, come confermato anche dalla giurisprudenza della stessa Corte[30].

Non rinvenendo norme al riguardo né nel BIT, né nell'Accordo di associazione del 1993, né nel Trattato di adesione, il Tribunale ha affrontato la questione dell'eventuale estinzione dell'accordo bilaterale sugli investimenti sulla base dell'art. 59 della Convenzione di Vienna, concludendo però che il diritto dell'Unione europea e il BIT non riguardavano la stessa precisa materia, né era dimostrata la comune volontà delle parti che la disciplina contenuta nel Trattato sostituisse quella del BIT, né infine, secondo il Tribunale, si trattava di strumenti incompatibili, essendo essi invece complementari[31].

Il Tribunale ha ritenuto, perciò, che l'adesione all'Unione europea da parte della Repubblica Ceca non comportava che il diritto dell'Unione europea sostituisse automaticamente il BIT e che tale accordo era ancora in vigore, inclusa la clausola arbitrale in esso contenuta. In ogni caso, secondo il Tribunale, non sarebbe stato rilevante se il BIT si fosse estinto successivamente a tale adesione, poiché la controversia era sorta prima dell'adesione della Repubblica Ceca all'Unione europea[32].

5. La tesi secondo la quale l'adesione di uno Stato all'Unione europea inciderebbe sull'efficacia degli accordi sulla promozione e la protezione degli inve-

---

menti tra Membri, sosteneva che tali accordi avrebbero dovuto estinguersi se contenevano norme incompatibili relative ad aspetti rientranti nella competenza della Comunità, tuttavia, il primato del diritto dell'Unione europea non avrebbe comportato l'estinzione automatica o la non applicazione di tutte le norme del BIT, poiché a tal fine occorreva seguire le procedure previste al riguardo dal BIT stesso (par. 119). Nel secondo documento si evidenziava che tali accordi non erano necessari nel mercato unico e che la maggior parte delle disposizioni in essi contenute sarebbero state sostituite dal diritto comunitario dal momento dell'adesione. Inoltre, la possibilità di ricorrere all'arbitrato internazionale prevista nei BITs avrebbe potuto comportare il rischio che importanti questioni di diritto comunitario non venissero sottoposte alla Corte di giustizia, determinando un trattamento ineguale tra gli investitori degli Stati membri. Perciò si raccomandava agli Stati membri di estinguere formalmente i BITs intra-UE (par. 126).

29 *Ibidem*, par. 110 e par. 130 ss.

30 Si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 23 marzo 1982, causa 102/81, *«Nordsee» Deutsche Hochseefischerei GmbH* c. *Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG* e *Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG.*, *Raccolta*, pp. 1109-1111, e del 27 gennaio 2005, causa 125/04, *Guy Denuit* e *Betty Cordenier* c. *Transorient – Mosaïque Voyages et Culture SA*, *ivi*, pp. 931-933.

31 Cfr. il lodo parziale nel caso *Eastern Sugar B.V.* c. *Repubblica Ceca*, cit., paragrafi 154-169.

32 *Ibidem*, paragrafi 172 e 176. A conclusioni analoghe sono giunti anche altri tribunali arbitrali, cfr. al riguardo D. Vis-Dunbar, *Czech Republic Quietly Pursues Challenge to Jurisdictional Ruling in Prague Court*, in *Investment Treaty News*, 17 gennaio 2008 (www.investmenttreatynews.org, reperibile *on line*); M. Burgstaller, *op. cit.*, pp. 193-196.

stimenti da esso conclusi in precedenza con gli altri Stati membri si fonda essenzialmente su tre argomenti: in primo luogo, gli investimenti intra-UE sarebbero già regolati dal diritto dell'Unione, perciò potrebbe aversi un'incompatibilità tra tale diritto e il regime previsto dal BIT, nel qual caso il primo dovrebbe prevalere; in secondo luogo, anche in assenza di incompatibilità, le garanzie contemplate nei BITs tra Stati membri apparirebbero comunque prive di un'utilità specifica o di un valore aggiunto rispetto a quanto accordato dal diritto dell'Unione, il quale dovrebbe perciò essere applicato in sostituzione delle norme internazionali; l'arbitrato tra uno Stato membro e l'investitore di un altro Stato membro, previsto di norma negli accordi sugli investimenti, infine, sarebbe in ogni caso incompatibile con l'ordinamento giuridico dell'Unione e il sistema giurisdizionale in esso previsto.

Secondo alcuni gli investimenti nel mercato interno dovrebbero essere "naturalmente" disciplinati dal diritto dell'Unione europea. Ciò presuppone l'esistenza di una competenza dell'Unione in materia di investimenti.

Ritenendo gli investimenti un settore di competenza dell'Unione europea, si sostiene anche la necessaria applicazione in tale campo del principio del primato del diritto dell'Unione[33], che, come è noto, è stato espressamente confermato nel contesto della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona[34]. Secondo questo principio la legislazione nazionale non può ostacolare l'applicazione del diritto dell'Unione all'interno degli ordinamenti degli Stati membri nell'ipotesi di norme incompatibili.

La subordinazione che deriva da tale principio varrebbe non solo in presenza di un contrasto tra norme di diritto dell'Unione e norme interne, ma anche qualora il conflitto sussistesse tra le prime e le disposizioni contenute in accordi conclusi tra Stati membri. In particolare, un accordo internazionale tra Membri potrebbe essere applicato solo se riguardasse materie non disciplinate dai Trattati, poiché, secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia, in caso di materie disciplinate dai Trattati questi ultimi prevarrebbero sugli accordi incompatibili conclusi dagli Stati membri prima della loro entrata in vigore[35]. Il primato del diritto dell'Unione renderebbe giuridicamente irrilevanti gli impegni in

---

33 Sul principio in questione si veda U. Villani, *op. cit.*, p. 326 ss.

34 Cfr. la Dichiarazione 17 relativa al primato allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, in cui si afferma: "La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): "Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. (…) Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia".

35 Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 1962, causa C-10/61, *Commissione della Comunità economica europea* c. *Repubblica Italiana*, *Raccolta*, p. 5, in cui si afferma: "Il

accordi internazionali tra membri in violazione di norme in settori di competenza esclusiva dell'Unione[36], dal momento che uno Stato, che a seguito dell'adesione all'Unione assuma obblighi contrari ai diritti che gli vengono riconosciuti da un accordo concluso precedentemente, rinuncia a valersi di tali diritti se incompatibili con l'esecuzione dei nuovi obblighi, anche qualora uno dei due Stati contraenti sia divenuto in seguito membro dell'Unione[37]. Nella sentenza *Matteucci*, inoltre, richiamata dalla Repubblica Ceca nel caso *Eastern Sugar*[38], la Corte di giustizia ha sostenuto che un accordo bilaterale tra Stati membri, anche qualora relativo a una materia non rientrante nell'ambito di applicazione del diritto comunitario – la cultura – e concluso anteriormente all'entrata in vigore del Trattato, non poteva impedire l'applicazione del principio comunitario della parità di trattamento, il quale avrebbe dovuto comunque prevalere[39].

Tuttavia, è evidente che il primato del diritto dell'Unione europea ha per effetto non di estinguere l'accordo concluso tra gli Stati membri, ma di renderlo inapplicabile in caso di incompatibilità con l'ordinamento giuridico dell'Unione.

Sul piano dell'ordinamento giuridico internazionale, poi, in virtù dell'art. 59 della Convenzione di Vienna, richiamato dalla Repubblica Ceca nel caso *Eastern Sugar*, un trattato tra due Stati può estinguersi se gli Stati interessati concludono un accordo successivo concernente la stessa materia e risulta la loro intenzione che il secondo trattato debba applicarsi o le disposizioni del trattato successivo siano incompatibili con quelle del trattato precedente al punto da non poter essere applicate entrambe.

Sia il principio del primato del diritto dell'Unione europea, sia l'art. 59 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati si applicano, pertanto, solo in presenza di accordi disciplinanti la stessa materia.

In realtà, pur contenendo già il TCE norme che potevano interessare gli investimenti, non vi è mai stata una competenza specifica della Comunità in tale settore; la materia degli investimenti quindi, almeno per quanto riguarda il trat-

---

Trattato CEE, nelle materie che disciplina, prevale sulle convenzioni concluse fra gli Stati membri anteriormente alla sua entrata in vigore".

36 Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 1992, causa C-3/91, *Exportur SA* c. *LOR SA* e *Confiserie du Tech*, *Raccolta*, p. I-5553 ss.

37 *Ibidem*, p. I-5530, in cui si afferma: "1. Le disposizioni di una convenzione, stipulata successivamente al 1° gennaio 1958 da uno Stato membro con un altro Stato membro, non possono, a partire dall'adesione di questo secondo Stato alla Comunità economica europea, applicarsi nei rapporti fra gli stessi Stati qualora risultino in contrasto con le norme del Trattato".

38 Cfr. il lodo parziale nel caso *Eastern Sugar B.V.* c. *Repubblica Ceca*, cit., par. 105.

39 Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988, causa 235/87, *Annunziata Matteucci* c. *Communauté française de Belgique et commissariat général aux relations internationales de la Communauté française de Belgique*, *Raccolta*, p. 5606 ss., in particolare p. 5612. Il caso in questione riguardava una cittadina italiana, Annunziata Matteucci, residente in Belgio, la quale aveva chiesto una borsa di studio in Germania sulla base di un accordo culturale bilaterale tra il Belgio e la Germania, che però prevedeva tale possibilità solo per i nazionali dei due Stati contraenti. La Corte comunque non ha invalidato l'accordo bilaterale in questione, limitandosi a non consentire l'applicazione della norma specifica relativa al requisito discriminatorio della cittadinanza belga.

tamento e la protezione, non è stata disciplinata finora dal diritto dell'Unione europea, bensì dalla legislazione nazionale degli Stati membri e da accordi internazionali conclusi a titolo individuale da tali Stati.

Tuttavia, si potrebbe sostenere che l'obiettivo dell'instaurazione del mercato interno richieda agli Stati membri di assicurare agli operatori economici dell'Unione standard elevati di protezione e di non discriminazione, analoghi a quelli previsti dagli accordi bilaterali sugli investimenti. Si potrebbe affermare anche che i principi di libertà di stabilimento, di libera circolazione dei capitali, di non discriminazione a causa della nazionalità, di sicurezza giuridica, di rispetto della proprietà privata e di tutela giurisdizionale, contemplati nell'ordinamento giuridico dell'Unione, rispondano alle esigenze di protezione e liberalizzazione degli investimenti, rendendo inutili, ad esempio, gli obblighi di trattamento giusto ed equo, di piena e intera protezione e sicurezza, di libero trasferimento dei capitali e dei redditi o di indennizzo pronto, adeguato ed effettivo in caso di espropriazione e misure di effetto equivalente, garanzie previste dalla maggior parte dei BITs.

In virtù di quanto osservato, si potrebbe giungere quindi alla conclusione che gli accordi bilaterali sugli investimenti non abbiano alcun valore aggiunto rispetto al diritto dell'Unione europea. Inoltre, il fatto che in alcuni BITs l'appartenenza a un'organizzazione di integrazione economica regionale venga considerata come un'eccezione al trattamento della nazione più favorita e/o al trattamento nazionale potrebbe indicare che le parti contraenti del BIT abbiano la percezione che gli accordi riguardino la stessa materia. Non solo, il fatto di voler accordare una sorta di "immunità" al regime giuridico dell'Unione, tramite l'eccezione contenuta nella cosiddetta clausola REIO (*Regional Economic Integration Organization*)[40] inclusa in numerosi accordi bilaterali sugli investimenti, sembrerebbe confermare che tale regime sia considerato più favorevole rispetto a quello previsto dai trattati bilaterali.

I BITs tra Stati membri non avrebbero, perciò, un'utilità specifica, dal momento che l'ordinamento giuridico dell'Unione già offrirebbe agli investitori degli Stati membri le garanzie contemplate, di norma, negli accordi bilaterali sugli investimenti.

Tuttavia, anche qualora si accettasse questa posizione, che però non sembra condivisibile, il fatto che i BITs non garantiscano una protezione aggiuntiva rispetto a quella assicurata dal diritto dell'Unione europea non inciderebbe in ogni caso sull'efficacia di tali accordi che, dal punto di vista del diritto internazionale, ma anche di quello dell'Unione, continuano ad avere effetti. Inoltre, qualora i BITs intra-UE si dovessero estinguere per le ragioni indicate, dal momento che gli accordi di questo tipo conclusi da Stati membri con Stati terzi non possono comunque estinguersi a seguito dell'adesione all'Unione, allora si

[40] Tale clausola prevede per l'appunto un'eccezione all'applicazione del trattamento della nazione più favorita e/o del trattamento nazionale prevista dal BIT in ragione dell'appartenenza di uno degli Stati contraenti dell'accordo bilaterale sugli investimenti a una zona di libero scambio, a un'unione doganale, a un mercato comune o a un'unione monetaria.

potrebbe giungere al paradosso di un trattamento meno favorevole per gli investitori degli Stati membri rispetto a quello garantito a investitori di Paesi terzi protetti dai BITs

In realtà, è difficile stabilire sia un'identità sia un'incompatibilità di contenuto delle disposizioni materiali del BIT con quelle del diritto dell'Unione europea, poiché la disciplina del trattamento e della protezione degli investimenti è rimessa ancora essenzialmente agli Stati membri.

Anche qualora le norme del BIT e del diritto dell'Unione europea riguardassero la stessa materia e queste ultime dovessero prevalere nel contesto dell'Unione, l'investitore potrebbe affermare, in una controversia davanti a un tribunale arbitrale internazionale, che le parti contraenti del BIT non hanno formalmente estinto l'accordo in questione e, perciò, le norme del trattato sugli investimenti e quelle dell'Unione dovrebbero essere applicate entrambe, salvo poi stabilire la responsabilità dello Stato membro che decide di non applicare il diritto dell'Unione.

Il terzo elemento a supporto della tesi dell'estinzione dei BITs intra-UE concerne proprio il diritto riconosciuto da tali accordi all'investitore di una parte contraente di ricorrere all'arbitrato internazionale in caso di controversie con l'altro Stato contraente, che potrebbe, infatti, comportare un problema di compatibilità tra i Trattati e le norme non materiali bensì procedurali del BIT.

Nel caso *Eastern Sugar* la Repubblica Ceca ha sostenuto che la possibilità di ricorrere a un tribunale arbitrale, evitando le giurisdizioni nazionali, sarebbe stata in conflitto con il principio dell'Unione europea di reciproca fiducia[41], in virtù del quale è riconosciuta pari dignità ai sistemi giuridici e giudiziari degli Stati membri. Tuttavia, sebbene dal punto di vista sostanziale si possa ritenere che l'ammodernamento degli apparati giudiziari dei Paesi dell'Europa dell'est abbia limitato l'esigenza per l'investitore straniero di ricorrere all'arbitrato internazionale, sul piano formale la reciproca fiducia è da considerarsi un principio

[41] Cfr. il lodo parziale nel caso *Eastern Sugar B.V.* c. *Repubblica Ceca*, cit., par. 107. Secondo il Tribunale, invece, il fatto che il BIT prevedesse l'arbitrato non violava il principio di reciproca fiducia tra Paesi UE; il Tribunale evidenziava anche che il 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, p. 1 ss., in cui si trova un riferimento a tale principio, esclude l'arbitrato dal suo campo di applicazione (par. 171). Cfr. l'art. 1, par. 2, lett. d), del regolamento 44/2001, cit. Si vedano, inoltre, il 16° e il 17° *considerando* di tale regolamento, secondo i quali: "La reciproca fiducia nella giustizia in seno alla Comunità implica che le decisioni emesse in un altro Stato membro siano riconosciute di pieno diritto, ossia senza che sia necessario esperire alcun procedimento, salvo che vi siano contestazioni. La reciproca fiducia implica altresì che il procedimento inteso a rendere esecutiva, in un determinato Stato membro, una decisione emessa in un altro Stato membro si svolga in modo efficace e rapido. A tal fine la dichiarazione di esecutività di una decisione dovrebbe essere rilasciata in modo pressoché automatico, a seguito di un controllo meramente formale dei documenti prodotti e senza che il giudice possa rilevare d'ufficio i motivi di diniego dell'esecuzione indicati nel presente regolamento".

di *soft law*, non in grado di abrogare o emendare gli obblighi contenuti nei BITs[42].

Si potrebbe, però, affermare che il diritto di ricorrere all'arbitrato internazionale previsto dal BIT sia in contrasto con il ruolo della Commissione nel sistema giudiziario europeo e il "monopolio giurisdizionale"[43] della Corte di giustizia in materia di controversie tra Stati membri concernenti l'applicazione e l'interpretazione del diritto dell'Unione.

L'incompatibilità risulterebbe, pertanto, dal fatto che nell'ordinamento dell'Unione il ricorso per infrazione volto alla constatazione dell'inadempimento da parte di uno Stato membro può essere proposto dalla Commissione o da un altro Stato membro, non da una persona fisica o giuridica come l'investitore, e che un tribunale arbitrale non può sostituirsi, anche se informalmente, alla Corte per rilevare tale inadempimento. Il diritto dell'Unione europea, perciò, renderebbe inefficaci le norme dei BITs intra-UE sulla soluzione delle controversie[44].

La tesi secondo la quale nelle materie di competenza esclusiva della Comunità i meccanismi di soluzione delle controversie previsti in altri accordi sarebbero inefficaci a causa della giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia è stata sostenuta nel noto caso *Mox Plant*[45]. Il caso riguardava l'installazione e la messa in funzione nel Regno Unito dell'Officina MOX, un impianto sperimentale per il trattamento di rifiuti nucleari. L'Irlanda, temendo possibili danni all'ambiente, aveva avviato procedimenti arbitrali contro il Regno Unito sulla base della Convenzione delle Nazioni unite sul diritto del mare del 1982[46]. Tuttavia, secondo il Regno Unito la materia controversa era di esclusiva competenza della Comunità e pertanto, nel ricorrere all'arbitrato internazionale, l'Irlanda aveva violato l'art. 10 TCE, in virtù del quale gli Stati membri hanno il dovere di carattere generale di assicurare il rispetto degli obblighi derivanti dal Trattato, e l'art. 292 TCE, che contempla l'impegno dei membri a non sottoporre controversie relative all'interpretazione e all'applicazione del TCE a modi di composizione diversi da quelli previsti dal TCE stesso.

La Corte ha concluso, in effetti, che l'Irlanda aveva violato il TCE nell'istituire procedimenti arbitrali sulla base della Convenzione del diritto del mare,

---

42 Cfr. al riguardo C. Söderlund, *Intra-EU BIT Investment Protection and EC Treaty*, in *JIA*, 2007, p. 465.

43 Cfr. al riguardo le conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 18 gennaio 2006, causa C-459/03, *Commissione delle Comunità europee* c. *Irlanda*, *Raccolta*, p. I-4640 ss., punto 9.

44 È interessante ricordare al riguardo che, sulla base dell'art. 26, par. 3, lett. b), i), del Trattato sulla Carta europea dell'energia, l'investitore straniero, che abbia agito davanti a una giurisdizione amministrativa o giudiziaria dell'Unione europea, non può ricorrere all'arbitrato internazionale previsto da tale articolo. Cfr. l'Annesso ID. al Trattato sulla Carta europea dell'energia.

45 Si vedano su tale caso R. Virzo, *In tema di misure cautelari comportanti obblighi di cooperazione per la protezione dell'ambiente marino*, in *RDI*, 2005, p. 383 ss.; Id., *Il regolamento delle controversie nel diritto del mare: rapporti tra procedimenti*, Padova, 2008, pp. 174, 177, 182, 239-242; A. Del Vecchio, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2009, pp. 271-273.

46 Cfr. l'allegato VII della Convenzione delle Nazioni unite sul diritto del mare.

poiché il deferimento di una controversia alla giurisdizione della Corte previsto nell'art. 292 TCE prevaleva sui mezzi alternativi di soluzione delle controversie nei settori di competenza della Comunità[47].

Sulla base di quanto affermato dalla Corte di giustizia nel caso *Mox Plant*, si potrebbe ritenere che un tribunale arbitrale non sia competente a risolvere una controversia relativa ad accordi sugli investimenti tra due Stati membri dell'Unione per gli aspetti che rientrano nella competenza di quest'ultima. Nel caso suddetto, però, si sostiene meramente che nei settori in cui la Commissione condivide la competenza con gli Stati membri, come ad esempio la protezione dell'ambiente in virtù dell'art. 175 TCE, è la Corte di giustizia a essere competente per risolvere eventuali controversie relative all'interpretazione e all'applicazione del diritto comunitario.

Al contrario, in tema di protezione degli investimenti transnazionali l'Unione europea non ha, al momento, una competenza esclusiva, e probabilmente neanche concorrente, in quanto il diritto dell'Unione si limita perlopiù a disciplinare la fase precedente allo stabilimento dell'investimento e la liberalizzazione dei flussi di capitali. Gli Stati determinano le proprie politiche di investimento, le quali incontrano un limite solo nel rispetto dei principi fondamentali del diritto dell'Unione europea.

Inoltre, il ragionamento fatto nel caso *Mox Plant* non può evidentemente essere esteso all'arbitrato Stato membro – investitore di un altro Stato membro. L'art. 344 TFUE – già art. 292 TCE – si limita a prevedere l'obbligo degli Stati membri nei loro rapporti di deferire alla Corte di giustizia le controversie rientranti puramente nell'ambito dei Trattati a esclusione di ogni altro rimedio procedurale. Tale obbligo non può impegnare alcuna parte terza, come l'investitore privato protetto dal BIT, a sottoporre la controversia alla Corte di giustizia, pertanto esso non può incidere sulle norme degli accordi bilaterali sugli investimenti in materia di soluzione delle controversie tra Stato membro e investitore di un altro Stato membro. Quindi, anche qualora la controversia coinvolgesse aspetti chiave del diritto dell'Unione europea, non per questo si potrebbe negare la competenza del tribunale arbitrale, poiché tale circostanza non potrebbe incidere sulla validità dell'accordo di arbitrato rappresentato dall'offerta dello Stato contraente e dall'accettazione di tale offerta da parte dell'investitore dell'altro Stato contraente.

Gli investitori infatti possono ricorrere alla Corte di giustizia contro decisioni prese dalle istituzioni dell'Unione *ex* art. 263 TFUE o beneficiare delle pronunce della Corte rese sulla base di un rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, mentre essi non hanno strumenti per risolvere nell'ordinamento dell'Unione eventuali controversie con lo Stato ospite dell'investimento.

Dunque, le norme del BIT relative all'arbitrato investitore-Stato non sono incompatibili con l'ordinamento giuridico dell'Unione, dal momento che tale

[47] Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione delle Comunità europee* c. *Irlanda*, *Raccolta*, p. I-4635 ss.

mezzo di soluzione delle controversie non riguarda il diritto dell'Unione europea, né l'ordinamento giuridico dell'Unione prevede meccanismi alternativi a tale arbitrato. In tal modo, anche qualora si dovesse ritenere che le norme materiali del BIT si sovrappongano ad alcune garanzie offerte dal diritto dell'Unione europea, non vi sarebbe comunque sovrapposizione o incompatibilità tra l'arbitrato Stato-investitore e la giurisdizione della Corte di giustizia. Infatti, il meccanismo di soluzione delle controversie Stato-investitore contenuto nei BITs, che rappresenta il pilastro sul quale si fonda l'intero regime convenzionale, non contempla la competenza della Corte di giustizia.

In definitiva, i trattati tra Stati membri conclusi prima dell'adesione non vengono colpiti automaticamente da tale adesione venendo sostituiti dal diritto dell'Unione europea, sebbene possa essere contestato il fatto che nel mercato unico alcuni investimenti intra-UE siano coperti da un BIT mentre altri rimangano senza una protezione di questo tipo. Sussiste in ogni caso l'obbligo per lo Stato che aderisce, così come previsto in genere nel relativo accordo di associazione, di eliminare le eventuali incompatibilità tra il trattato internazionale e il diritto dell'Unione europea.

6. Già prima delle ultime adesioni la Commissione aveva messo in evidenza l'esistenza di incompatibilità tra alcune norme dei BITs conclusi dai Paesi in adesione e il diritto comunitario, invitando gli Stati interessati a rinegoziare i propri accordi bilaterali sugli investimenti[48].

Nel marzo 2009, poi, la Corte di giustizia si è pronunciata per la prima volta sulla questione della compatibilità tra BITs conclusi da Stati membri con Stati terzi e diritto comunitario[49].

Nel 2004 la Commissione europea aveva chiesto ad Austria, Finlandia e Svezia di modificare alcuni accordi bilaterali sugli investimenti da essi conclusi, in quanto ritenuti incompatibili con il diritto comunitario per le disposizioni in materia di trasferimenti monetari presenti in tali accordi, che garantiscono agli investitori stranieri il diritto di trasferire i capitali collegati all'investimento senza ritardi ingiustificati. In virtù del TCE, infatti, la Comunità europea può regolare i movimenti di capitali tra membri e Stati terzi anche attraverso la restrizione, in circostanze eccezionali, dei flussi di capitali.

---

[48] La Commissione, ad esempio, ha chiesto agli Stati in adesione di rinegoziare i propri trattati bilaterali sugli investimenti con gli Stati Uniti. Pertanto, il 22 settembre 2003, è stata siglata un'intesa da Stati Uniti, Commissione europea, Stati in adesione e Paesi candidati per l'adesione all'Unione europea, che ha successivamente portato a concludere protocolli per la revisione di alcune clausole contenute nei BITs in questione. Cfr. sull'argomento A. Radu, *Foreign Investors in the EU – Which 'Best Treatment'? Interactions between Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *ELJ*, 2008, p. 241.

[49] Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 3 marzo 2009, causa C-205/06, *Commissione delle Comunità europee* c. *Repubblica d'Austria*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, e la sentenza del 3 marzo 2009, causa C-249/06, *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno di Svezia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

I tre Stati membri hanno rifiutato di modificare i propri accordi, sostenendo che vi fosse solo un'incompatibilità ipotetica con il diritto comunitario, poiché la Comunità non ha mai di fatto esercitato il proprio diritto di restringere i flussi di capitali. Nelle sentenze del marzo 2009 nei confronti dell'Austria e della Svezia la Corte di giustizia ha ritenuto le norme in questione, invece, incompatibili con quanto previsto dagli articoli 57, par. 2, 59 e 60, par. 1, TCE, in virtù dei quali il Consiglio può limitare l'applicazione del principio di libera circolazione dei capitali e dei pagamenti tra gli Stati membri e tra questi ultimi e Paesi terzi per tutelare l'interesse generale della Comunità e consentire, sia alla Comunità sia agli Stati membri, di adempiere ai propri obblighi internazionali[50].

Secondo la Corte per garantire l'*effetto utile* degli articoli in questione, ovvero consentire al Consiglio di adottare restrizioni ai movimenti di capitali e ai pagamenti tra Stati membri e Stati terzi e permettere un'immediata applicazione di tali restrizioni, senza eventuali ostacoli derivanti da accordi bilaterali conclusi dai membri con Stati terzi[51], le restrizioni in questione avrebbero dovuto poter essere applicate *immediatamente* nei confronti degli Stati cui si riferivano, che sarebbero potuti essere parti contraenti di accordi bilaterali sugli investimenti conclusi dalla Svezia o dall'Austria.

La Corte ha ritenuto, pertanto, che la competenza del Consiglio ad adottare unilateralmente misure restrittive nei confronti di Stati terzi, in una materia identica o connessa a quella regolata da un accordo precedente tra un membro e uno Stato terzo, metteva in luce un'incompatibilità di tale accordo con il TCE, qualora il primo non contenesse disposizioni atte a garantire allo Stato membro la possibilità di adempiere ai suoi obblighi come membro della Comunità, né lo consentissero altri principi del diritto internazionale.

Infatti, secondo la Corte i tempi necessari per rinegoziare gli accordi in questione, come anche l'incertezza degli effetti della sospensione o della denuncia degli accordi o di alcune clausole in essi contenute, sarebbero stati incompatibili con l'effetto utile delle eventuali misure decise dal Consiglio.

Perciò, dal momento che i BITs in questione non contenevano disposizioni sul diritto della Comunità di adottare misure restrittive dei trasferimenti monetari, la Svezia e l'Austria avrebbero dovuto adottare le misure necessarie per

[50] In particolare, l'art. 57, par. 2 TCE, consente al Consiglio di adottare misure restrittive concernenti i movimenti di capitali in relazione agli investimenti diretti provenienti da Stati terzi o a essi destinati. L'art. 59 TCE, invece, autorizza il Consiglio ad adottare misure di salvaguardia, strettamente necessarie e per un periodo non superiore a sei mesi, nei casi in cui i movimenti di capitali provenienti da Paesi terzi o a essi diretti possano causare difficoltà gravi per il funzionamento dell'Unione economica e monetaria. Secondo l'art. 60 TCE, infine, il Consiglio può adottare, misure urgenti necessarie in materia di movimenti di capitali e pagamenti per l'attuazione di una posizione o azione comuni nel settore della politica estera e di sicurezza comune.

[51] Cfr. al riguardo T. M. Moschetta, *L'effetto utile in materia di investimenti*, in *Sud in Europa*, 2009, n. 1, p. 16 s (www.sudineuropa.net, reperibile *on line*)

evitare le incompatibilità in questione conformemente all'art. 307, par. 2, TCE e, non avendo adempiuto, avrebbero violato tale articolo[52].

La Corte si è pronunciata nuovamente sul tema nel novembre 2009, con una sentenza che giunge alle stesse conclusioni; infatti, senza affrontare in modo chiaro e approfondito il tema della relazione tra diritto comunitario e accordi bilaterali sugli investimenti, essa si è limitata a riconoscere la violazione dell'art. 307, par. 2, TCE da parte della Finlandia, non avendo tale Stato adottato misure appropriate per eliminare le eventuali incompatibilità tra il Trattato e le norme sui trasferimenti di capitali contenute in alcuni BITs di cui questo Stato è parte[53].

Peraltro, nelle tre sentenze la Corte avrebbe forse dovuto prendere in considerazione il problema di diritto internazionale generale concernente l'efficacia del mutamento fondamentale delle circostanze sugli obblighi pattizi[54], in particolare, in questo caso, sull'obbligo dello Stato ospite di garantire incondizionatamente all'investitore straniero il diritto al trasferimento dei capitali e degli utili. Infatti, dal momento che le misure di salvaguardia contemplate dal Trattato possono essere attuate solo in casi eccezionali, nonché imprevedibili all'epoca della conclusione dei BITs, nel caso in cui il Consiglio adottasse tali misure, lo Stato membro interessato potrebbe eventualmente invocare il principio *rebus sic stantibus* nei confronti dell'altro Stato parte del BIT, anche solo per sospendere provvisoriamente le disposizioni in materia di trasferimenti monetari dell'accordo bilaterale in questione. In realtà, la presenza di circostanze economico-finanziarie o politiche eccezionali sopravvenute potrebbe giustificare l'esistenza di un diritto dello Stato membro ospite dell'investimento di applicare le misure in questione e comportare quindi la liceità di tali misure. Tale Stato, quindi, adempirebbe in tal modo agli obblighi derivanti dalla sua appartenenza all'Unione e contemporaneamente non violerebbe gli obblighi internazionali imposti dall'accordo bilaterale sugli investimenti, perché potrebbe invocare in tali condizioni l'applicazione del principio consuetudinario *rebus sic stantibus*[55].

---

52 Cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 3 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee* c. *Repubblica d'Austria* e *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno di Svezia*, cit., rispettivamente punti 27-45 e punti 28-45.

53 Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 2009, causa C-118/07, *Commissione delle Comunità europee* c. *Repubblica di Finlandia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 21-35, 43 e 50.

54 Il principio *rebus sic stantibus* è stato invocato, in effetti, sia dalla Svezia sia dalla Finlandia. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 3 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno di Svezia*, cit., punto 23, e la sentenza del 19 novembre 2009, *Commissione delle Comunità europee* c. *Repubblica di Finlandia*, cit., punto 17.

55 Cfr. su tale aspetto M. Sornarajah, *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties,* in *JWT Law*, 1986, p. 95. La natura consuetudinaria del principio *rebus sic stantibus*, previsto dall'art. 62 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, è stata più volte sostenuta dalla Corte internazionale di giustizia. Ad esempio, nella sentenza del 25 settembre 1997, nel caso relativo al *progetto Gabčíkovo-Nagymaros* (*Ungheria* c. *Slovacchia*), in *ICJ Reports*, 1997, p. 38, la Corte afferma: "The Court (...) has several times had occasion to hold that some of the rules laid down in that Convention might be considered as a codification of existing customary law. The Court takes the view that in many respects this applies to the provisions of the Vienna Convention

In virtù di questo principio il trattato si estingue in tutto o in parte, qualora si modifichino in maniera radicale le circostanze essenziali esistenti al momento della stipulazione e che hanno determinato la stipulazione stessa. Un cambiamento fondamentale che investa lo Stato ospite, anche qualora esso sia inserito in un contesto più ampio di integrazione economica regionale, intervenuto rispetto alle condizioni esistenti al momento della conclusione dell'accordo, potrebbe comportare dunque il venir meno, o la sospensione, dell'obbligo imposto a tale Stato di garantire all'investitore straniero un diritto assoluto di trasferimento. Infatti, in condizioni eccezionali, sopravvenute e non previste, diventerebbe eccessivamente oneroso per lo Stato ospite adempiere a un obbligo del genere, poiché il mutamento delle circostanze trasformerebbe radicalmente la portata di un tale obbligo.

7. Nel quadro sopra delineato si inseriscono attualmente le importanti novità che nel settore considerato sono state introdotte dal Trattato di Lisbona, il quale, con le modifiche apportate agli articoli relativi alla politica commerciale comune, riconosce la competenza dell'Unione in materia di investimenti esteri diretti. Gli articoli 131 e 133 TCE relativi alla politica commerciale comune diventano gli articoli 206[56] e 207[57] TFUE.

---

concerning the termination and the suspension of the operation of treaties, set forth in Articles 60 to 62 (…)". In precedenza, la Corte internazionale di giustizia si era già pronunciata in tal senso nella sentenza del 2 febbraio 1973, nel caso *Competenza in materia di zone di pesca (Regno Unito* c. *Islanda*), in *ICJ Reports*, 1973, p. 18, affermando: "International law admits that a fundamental change in the circumstances which determined the parties to accept a treaty, if it has resulted in a radical transformation of the extent of the obligations imposed by it, may, under certain conditions, afford the party affected a ground invoking the termination or suspension of the treaty. This principle, and the conditions and exceptions to which it is subject, have been embodied in Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which may in many respect be considered as a codification of existing customary law on the subject of the termination of a treaty relationship on account of change of circumstances". La stessa Corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza del 16 giugno 1998, causa C-162/96, *A. Racke GmbH & Co.* c. *Hauptzollamt Mainz*, *Raccolta*, p. I-3704, ha riconosciuto che "(…) le norme del diritto consuetudinario internazionale relative alla cessazione e alla sospensione delle relazioni convenzionali a motivo di un cambiamento fondamentale delle circostanze vincolano le istituzioni della Comunità e fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario".

[56] Secondo l'art. 206 TFUE: "L'Unione, tramite l'istituzione di un'unione doganale in conformità degli articoli da 28 a 32, contribuisce nell'interesse comune allo sviluppo armonioso del commercio mondiale, alla graduale soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali e agli investimenti esteri diretti, e alla riduzione delle barriere doganali e di altro tipo". Questo articolo modifica, quindi, il testo dell'art. 131 TCE, inserendo il riferimento agli investimenti esteri diretti, nella prospettiva di una liberalizzazione delle relazioni economiche internazionali di più ampio respiro. Va sottolineato anche che il testo non fa più riferimento, come in precedenza, all'azione degli Stati membri, ma a quella dell'Unione, mettendo così in luce il pieno trasferimento della materia alla competenza esclusiva di quest'ultima.

[57] Secondo il par. 1 dell'art. 207 TFUE: "La politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione,

In tale contesto, la novità più rilevante riguarda l'ambito di applicazione delle norme in materia di politica commerciale comune, poiché vengono rimessi alla competenza dell'Unione, in maniera chiara e definitiva, oltre agli scambi di merci, quelli di servizi, senza alcun limite, gli aspetti di proprietà intellettuale legati al commercio e anche gli investimenti esteri diretti. L'art. 3 TFUE, inoltre, chiarisce che l'Unione ha competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune, perciò non vi saranno più competenze concorrenti, né accordi misti e quindi i trattati in materia saranno conclusi esclusivamente dall'Unione europea e non anche dagli Stati membri.

Dal punto di vista delle regole di votazione, la maggioranza qualificata per la negoziazione e la conclusione degli accordi resta la regola generale, l'unanimità tuttavia è richiesta in alcuni casi specifici, considerati più delicati o strategici, tra i quali proprio gli accordi in materia di investimenti esteri diretti, se tali accordi contengono disposizioni per le quali è richiesta l'unanimità per l'adozione di norme interne[58].

Il Trattato di Lisbona introduce, pertanto, una competenza esterna esplicita in materia, tuttavia, l'ambito di applicazione specifico di questa nuova competenza resta da chiarire.

La prima questione posta dalle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona riguarda proprio l'espressione "investimenti esteri diretti" adoperata nell'art. 207, par. 1, TFUE. Tale riferimento sembra escludere dall'ambito di applicazione della competenza dell'Unione europea altre forme di investimenti transnazionali, disciplinate invece tradizionalmente dai BITs, come gli investimenti di portafoglio, i quali pertanto non ricadrebbero nell'ambito di applicazione dell'articolo citato e nella competenza esclusiva dell'Unione. Perciò, anche qualora si riconoscesse una competenza esclusiva dell'Unione europea in materia di investimenti esteri diretti, si dovrebbe concludere che gli Stati membri rimangono competenti per quelli indiretti[59].

Il Trattato di Lisbona non definisce, tuttavia, il termine "investimento", né l'espressione "investimenti esteri diretti". In realtà, il concetto di investimento non è rigidamente definito dal punto di vista economico, perciò appare spesso

la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di dumping e di sovvenzioni. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione".

[58] L'unanimità è richiesta, inoltre, per gli accordi nei settori degli scambi di servizi e degli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, se tali accordi contengono disposizioni per le quali è richiesta l'unanimità per l'adozione di norme interne; per gli accordi nel settore degli scambi di servizi culturali e audiovisivi, se tali accordi rischiano di arrecare pregiudizio alla diversità culturale e linguistica dell'Unione; per gli accordi nel settore degli scambi di servizi nell'ambito sociale, dell'istruzione e della sanità, qualora tali accordi possano perturbare seriamente l'organizzazione nazionale di tali servizi e arrecare pregiudizio alla competenza degli Stati membri riguardo alla loro prestazione (cfr. art. 207, par. 4, TFUE).

[59] Si veda sul tema M. Krajewski, *External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy?*, in *CML Rev.*, 2005, p. 112.

difficile chiarire il significato di questa nozione anche dal punto di vista giuridico.

Nell'ambito del diritto internazionale sono stati attribuiti significati differenti a tale concetto[60] e le norme contenute nei diversi strumenti internazionali in materia si caratterizzano per la loro elasticità. Anche nel contesto dell'Unione europea non sembra rinvenibile una nozione unica di investimento comune a tutti gli Stati membri.

La linea di tendenza è decisamente nel senso di prediligere definizioni ampie ed aperte, le quali, se da una parte rivelano la necessità economica di coprire sempre forme nuove di investimento, dall'altra confermano le difficoltà che si incontrano nel cercare di delimitare giuridicamente tale nozione.

Con l'espressione "investimenti esteri diretti", invece, si dovrebbe intendere, secondo le indicazioni delle organizzazioni economiche internazionali, esclusivamente gli investimenti oltre confine finalizzati a stabilire un interesse durevole in un'impresa residente in un'economia straniera[61].

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea una possibile definizione comune di investimenti diretti, che potrebbe essere usata anche in riferimento alla politica commerciale comune, si trova nella direttiva 88/361/CEE, nella quale, accogliendo le definizioni proposte a livello internazionale dal FMI e dall'OCSE, si afferma: "Ai sensi della presente nomenclatura e ai soli fini della direttiva si intende per: investimenti diretti gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati da persone fisiche, imprese commerciali, industriali o finanziarie aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti fra il finanziatore e l'imprenditore o l'impresa a cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica. Tale nozione va quindi intesa in senso lato"[62].

Tale direttiva è stata richiamata, per chiarire il significato dell'espressione in questione, anche dalla Corte di giustizia, secondo la quale: "(…) i punti I e III

---

60 Sul concetto di investimento nel diritto internazionale cfr. G. Schwarzenberger, *Foreign Investments and International Law*, London, 1969, p. 17; L. Kopelmanas, *La protection des investissements privés à l'étranger*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1975, p. 3 ss.; P. Vellas, *Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international*, in *JDI*, 1979, p. 21 ss.; M. R. Mauro, *Gli accordi bilaterali*, cit., p. 31 ss.; D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Paris, 2007, III ed., pp. 403-422.

61 Secondo la definizione data dal FMI, *Balance of Payments Manual*, Washington, 1961, p. 118: "The term, direct investment, is used to refer to investment made to create or expand some kind of permanent interest in an enterprise; it implies a degree of control over its management. In the case of portfolio investment on the other hand, the investor has no intention of playing a major role in the direction of policies of the enterprise; he is influenced by such considerations as marketability, income yield, possibilities for capital appreciation, tax advantages, exchange rate prospects and safety of principal". Cfr. al riguardo anche OECD, *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, Paris, 2008, IV ed., p. 10 (www.oecd.org, reperibile *on line*), secondo cui: "Direct investment is a category of cross-border investment made by a resident in one economy (the *direct investor*) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise (the *direct investment enterprise*) that is resident in an economy other than that of the direct investor".

62 Cfr. le note esplicative della direttiva 88/361/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1988, per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato, *GUCE* L 178, 8 luglio 1988, p. 5 ss.

della nomenclatura riportata nell'allegato I della direttiva 88/361, nonché le note esplicative che l'accompagnano, indicano che l'investimento diretto sotto forma di partecipazione ad un'impresa attraverso il possesso di azioni nonché l'acquisto di titoli sul mercato dei capitali costituiscono movimenti di capitali ai sensi dell'art. 56 CE. In forza di tali note esplicative, l'investimento diretto, in particolare, è caratterizzato dalla possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di una società e al suo controllo"[63].

In definitiva, gli investimenti esteri diretti sono fondi di capitali messi a disposizione da una persona fisica o giuridica di un Paese straniero per un'impresa che si caratterizza per una relazione di lungo termine, un interesse durevole e il controllo della sua attività da parte dell'investitore. Ciò implica che l'investitore esercita un certo grado di influenza sulla gestione dell'impresa stessa.

Perciò, secondo quanto osservato, la nuova politica commerciale comune dovrebbe includere nel suo ambito anche quelle attività economiche esercitate da persone fisiche e giuridiche straniere che comportano una relazione di lungo termine, la quale consente all'investitore di esercitare un controllo duraturo sull'attività in questione.

8. Le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona pongono, poi, una seconda questione, poiché va chiarito se la competenza prevista dall'art. 207 TFUE riguardi solo gli aspetti della liberalizzazione degli investimenti o anche quelli della protezione. Infatti, l'art. 206 TFUE sembrerebbe collegare la politica commerciale comune meramente all'abolizione delle restrizioni agli investimenti esteri diretti[64] e, perciò, associare tale politica esclusivamente alla liberalizzazione degli investimenti.

Spesso, invece, le leggi nazionali e gli accordi internazionali in materia si riferiscono sia alla liberalizzazione degli investimenti, e quindi principalmente alla fase dell'accesso al mercato, sia al trattamento e alla protezione di questi ultimi, attraverso la previsione di una serie di garanzie da accordare all'investitore straniero successivamente alla fase dello stabilimento.

Va accertato, quindi, se debbano includersi nella competenza esclusiva dell'Unione meramente gli aspetti collegati all'accesso al mercato o anche quelli relativi alla fase che segue lo stabilimento dell'investimento. In questa seconda ipotesi, infatti, verrebbero rimessi al diritto dell'Unione europea pure temi molto delicati, quale la protezione dell'investitore in caso di espropriazioni o di misure di effetto equivalente.

Dalla lettura del testo dell'art. 207 non si evince in maniera chiara, in realtà, se la nuova competenza dell'Unione sia relativa esclusivamente alla liberalizza-

---

63 Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2003, causa C-463/00, *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno di Spagna*, *Raccolta*, p. I-4629.

64 Si veda al riguardo S. Woolcock, *The Potential Impact of the Lisbon Treaty on European Union External Trade Policy*, in *European Policy Analysis*, 2008, n. 8, p. 4 (www.kommers.se, reperibile *on line*).

zione o anche alla protezione degli investimenti. Può essere indicativo il fatto che durante i lavori preparatori sia stata rimossa una nota volta a escludere la protezione degli investimenti dall'ambito di applicazione della politica commerciale comune[65].

Secondo la Commissione e alcuni Stati membri la competenza dell'Unione dovrebbe estendersi anche alla protezione degli investimenti in quanto tale; perciò, l'Unione dovrebbe concludere in futuro sempre più spesso accordi commerciali che contengono norme dettagliate in materia di investimenti, secondo il modello del NAFTA (North American Free Trade Agreement), in cui vi sono disposizioni sia in tema di liberalizzazione che di protezione degli investimenti. Tale impostazione negoziale, d'altronde, è ormai seguita da tempo dagli Stati Uniti nei *Free Trade Agreements* (FTAs) di nuova generazione[66], ma anche di recente dalla stessa Unione europea.

Numerosi Stati membri, invece, hanno sempre sostenuto che la competenza dell'Unione debba concernere solo gli accordi volti alla liberalizzazione degli investimenti, come quelli che accordano il trattamento nazionale nella fase di accesso al mercato, mentre la protezione rimarrebbe una competenza esclusiva dei singoli Stati membri, i quali perciò dovrebbero continuare a negoziare e concludere i BITs anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Molti membri, in effetti, intendono, mantenere il diritto di negoziare i BITs, volendo riservare all'Unione esclusivamente gli aspetti dell'accesso al mercato e della liberalizzazione.

Tuttavia, non è sempre facile separare in modo netto gli aspetti collegati alla liberalizzazione da quelli relativi al trattamento e alla protezione. La mancanza di certezza giuridica e di garanzie chiare e definite per l'investitore straniero può rappresentare, di fatto, una restrizione dei flussi degli investimenti internazionali. Perciò, le politiche volte al trattamento e alla protezione degli investimenti, che contribuiscono a creare un *investment environment* stabile, trasparente e favorevole, agevolano senz'altro l'abolizione delle restrizioni agli investimenti, promuovendo una maggiore liberalizzazione.

Inoltre, vi è un'altra considerazione da fare. Tradizionalmente vi è stata una netta distinzione nel diritto internazionale dell'economia tra accordi commerciali e accordi sugli investimenti, disciplinando i primi esclusivamente lo scambio di beni e servizi tra Stati e riguardando i secondi la protezione degli investimenti stranieri in un Paese specifico e degli interessi di persone fisiche e giuridiche. Le questioni commerciali, inoltre, sono state in genere affrontate in

---

65 Si veda al riguardo G. D. Balan, *The Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty*, in *Jean Monnet Seminar Advanced Issues of European Law*, 6th session, April 20-27, 2008, Dubrovnik, *Re-thinking the European Constitution in an Enlarged European Union*, p. 5, nota 14 (www.pravo.hr, reperibile *on line*).

66 Tali accordi sono destinati a disciplinare contemporaneamente non solo gli aspetti legati propriamente al commercio internazionale, ma anche altre materie di carattere economico, quali gli investimenti, i servizi, la proprietà intellettuale, gli standard tecnici, la concorrenza, nonché temi non economici, come i conflitti di legge, aspetti di diritto penale e i diritti umani.

accordi multilaterali o regionali, mentre le problematiche relative agli investimenti hanno avuto una disciplina quasi esclusivamente in trattati bilaterali. Tuttavia, come si è osservato, i FTAs di nuova generazione indicano che sempre più spesso aspetti commerciali e liberalizzazione e protezione degli investimenti vengono disciplinati nell'ambito di un unico trattato. L'Unione europea, ad esempio, ha introdotto norme sugli investimenti negli accordi misti conclusi negli ultimi anni che hanno una vocazione più ampia, riguardando anche il dialogo politico, la cooperazione economica in senso lato e il commercio[67].

Sembrerebbe, quindi, che la nuova competenza dell'Unione introdotta dal Trattato di Lisbona non possa essere interpretata in senso restrittivo e limitata ai soli aspetti collegati all'accesso al mercato e alla liberalizzazione degli investimenti.

9. Nel contesto considerato si pone infine un'altra importante questione, relativa alle implicazioni che la nuova competenza in materia di investimenti esteri diretti potrebbe avere sui numerosi accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti conclusi individualmente dai membri con Stati terzi, nonché sulle competenze che resteranno agli Stati membri nella negoziazione e conclusione di futuri accordi in materia di investimenti.

La soluzione di tale problema, ovviamente, dipenderà principalmente dal modo in cui verranno interpretati i nuovi articoli del TFUE concernenti la politica commerciale comune e, in particolare, dal significato, più o meno ampio, che verrà attribuito alla competenza in materia di investimenti dell'Unione.

Per quanto riguarda i BITs attualmente in vigore, rileva in tale contesto l'art. 351 TFUE[68], che sostituisce l'art. 307 TCE. Tale articolo, secondo quanto sostenuto dalla Corte di giustizia, ha una portata generale, riferendosi a ogni accordo internazionale che possa incidere sull'applicazione del Trattato, indipendentemente dal suo oggetto[69]. L'obbligo, che dà attuazione al dovere di leale coopera-

[67] Tra questi vi sono gli accordi di stabilizzazione con i Paesi dei Balcani, gli accordi di associazione con i Paesi del Mediterraneo, gli accordi di *partnership* e cooperazione con i Paesi dell'ex Unione Sovietica, l'Accordo di associazione con il Cile del 2002, nonché il recente Accordo di *partnership* economica con i Paesi CARIFORUM del 2007.

[68] Secondo tale articolo: "Le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra. Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta. Nell'applicazione delle convenzioni di cui al primo comma, gli Stati membri tengono conto del fatto che i vantaggi consentiti nei trattati da ciascuno degli Stati membri costituiscono parte integrante dell'instaurazione dell'Unione e sono, per ciò stesso, indissolubilmente connessi alla creazione di istituzioni comuni, all'attribuzione di competenze a favore di queste ultime e alla concessione degli stessi vantaggi da parte di tutti gli altri Stati membri".

[69] Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 1980, causa 812/79, *Attorney General* c. *Juan C. Burgoa*, *Raccolta*, p. 2802.

zione[70], impone agli Stati membri di emendare gli accordi incompatibili con il Trattato, sebbene pienamente validi sul piano internazionale[71], e addirittura di denunciare questi accordi se si incontrano difficoltà tali che è impossibile modificarli[72].

Dalla giurisprudenza della Corte risulta chiaramente che, anche nel caso in cui l'accordo internazionale riguardi competenze esclusive degli Stati membri, questi ultimi sono tenuti a rispettare gli obblighi di cui sono destinatari in virtù del diritto dell'Unione europea, dovendo esercitare la propria competenza nel rispetto di tale diritto[73].

Tuttavia, non si può pensare che gli Stati membri tengano in considerazione, nel concludere i propri accordi internazionali, l'estensione futura delle competenze dell'Unione. Pertanto, dal punto di vista del diritto internazionale, gli accordi bilaterali sugli investimenti conclusi dai membri con Stati terzi continuano ad avere effetti anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e le istituzioni dell'Unione sono tenute a non impedirne l'attuazione da parte degli Stati membri[74]. Nondimeno, in virtù dell'art. 351 TFUE, nonché dell'art. 4, par. 3, TUE[75], gli Stati membri dovranno adattare i BITs da loro conclusi al diritto dell'Unione europea e chiaramente non potranno invocare gli accordi in questione per giustificare una violazione di tale diritto.

Quindi, con l'entrata in vigore il Trattato di Lisbona gli Stati membri potrebbero essere tenuti a emendare o denunciare gli accordi sugli investimenti con

---

70 Cfr. al riguardo le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 20 marzo 2003, causa C-216/01, *Budejovický Budvar, národní podnik* c. *Rudolf Ammersin GmbH*, *Raccolta*, p. I-13653, e le conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 10 luglio 2008, cause C-205 e 249/06, *Commissione delle Comunità europee* c. *Repubblica d'Austria* e *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno di Svezia*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 33.

71 Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 10 luglio 2008, *Commissione delle Comunità europee* c. *Repubblica d'Austria* e *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno di Svezia*, cit., punto 33.

72 Cfr. le sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 1999, causa C-170/98, *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno del Belgio*, *Raccolta*, p. I-5513; del 4 luglio 2000, causa C-62/98, *Commissione delle Comunità europee* c. *Repubblica portoghese*, *ivi*, pp. I-5211 s.; del 4 luglio 2000, causa C-84/98, *Commissione delle Comunità europee* c. *Repubblica portoghese*, *ivi*, p. I-5237.

73 Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland* c. *Finanzamt Aachen-Innenstadt*, *Raccolta*, p. I-6202, in cui la Corte si è pronunciata riguardo a una convenzione internazionale bilaterale per evitare la doppia imposizione stipulata da uno Stato membro con un Paese terzo, tipo di accordo internazionale peraltro spesso associato per il suo contenuto al BIT.

74 Cfr. la sentenza della Corte di giustizia, *Attorney General* c. *Juan C. Burgoa*, cit., p. 2803.

75 Secondo tale articolo: "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".

Stati terzi in vigore, i quali potrebbero essere sostituiti da accordi di nuova generazione eventualmente conclusi dall'Unione.

Resta da stabilire se le modifiche introdotte comportino una competenza esclusiva dell'Unione europea a negoziare e concludere, in futuro, accordi internazionali in materia di investimenti e, in particolare, i BITs, i quali, come già osservato, sono attualmente conclusi solo dai singoli Stati membri.

Qualora venisse riconosciuta la competenza esclusiva dell'Unione a negoziare accordi in materia di investimenti, gli Stati membri perderebbero la competenza che al momento hanno di negoziare, concludere e attuare tali trattati e l'Unione dovrebbe negoziare nuovi accordi o rinegoziare i precedenti BITs. Il Trattato di Lisbona, perciò, potrebbe modificare l'attuale suddivisione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri in questo settore.

Come si è già evidenziato, il TCE prevedeva poteri molto limitati per la conclusione di accordi sugli investimenti; infatti, in tale contesto una competenza esterna esplicita si poteva riconoscere solo relativamente agli aspetti degli investimenti che ricadevano nell'ambito della politica commerciale comune, ovvero, sulla base di quanto affermato dalla Corte di giustizia nel parere 1/94[76], quelle misure di investimento che potevano avere un impatto sul commercio o nel caso di investimenti nel settore dei servizi[77].

Tuttavia, il Trattato di Lisbona ha incluso nell'ambito della politica commerciale comune gli investimenti esteri diretti. Come si è osservato, l'Unione ha una competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune e secondo l'art. 2, par. 1, TFUE: "Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione". Perciò, sembrerebbe che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, gli Stati membri non possano più negoziare e concludere accordi in materia di investimenti o adottare atti giuridici interni che rientrano nell'ambito di applicazione della nuova competenza dell'Unione europea sugli investimenti esteri diretti.

Resta controverso, tuttavia, se l'ambito di applicazione della competenza in materia di politica commerciale sia sufficientemente esteso da consentire all'Unione di concludere tutti i tipi di accordi sugli investimenti indipendentemente dagli Stati membri.

La competenza esclusiva dell'Unione riguarda certamente gli accordi multilaterali che disciplinano l'accesso al mercato e la liberalizzazione degli investimenti esteri diretti, mentre più incerta resta la partecipazione esclusiva dell'Unione agli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli inve-

[76] Cfr. il parere 1/94 della Corte di giustizia del 15 novembre 1994, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale – Procedimento ex art. 228, n. 6, del Trattato CE*, *Raccolta*, p. I-5276 ss. Si veda anche A. Dashwood, *E.C. External Relations Provisions Post-Amsterdam*, in A. Dashwood, C. Hillion (eds.), *The General Law of E.C. External Relations*, London, 2000, p. 280.

[77] Cfr. sul tema J. Ceyssens, *op. cit.*, p. 261.

stimenti. Infatti, se si ritiene che l'art. 207 TFUE si riferisca esclusivamente alla liberalizzazione degli investimenti, allora gli Stati membri manterranno la propria competenza a concludere i BITs, che si occupano principalmente, appunto, del trattamento e della protezione degli investimenti. Tuttavia, tali accordi bilaterali contengono anche disposizioni che possono farsi rientrare nell'ambito della politica commerciale comune.

La disposizione contenuta nel par. 6 del nuovo art. 207 contribuisce a ingenerare confusione in un contesto non chiaramente definito, poiché si afferma, senza specificare altro: "L'esercizio delle competenze attribuite dal presente articolo nel settore della politica commerciale comune non pregiudica la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri e non comporta un'armonizzazione delle disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri, se i trattati escludono tale armonizzazione".

10. Concludendo, pur non essendo prevista una competenza esterna esplicita in materia nel TCE, la Comunità europea ha assunto nel tempo un ruolo sempre più significativo nella negoziazione di accordi che si riferiscono agli investimenti, partecipando a trattati internazionali in materia o che contengono singole norme sugli investimenti o che disciplinano aspetti che hanno un'incidenza sugli investimenti[78].

Sebbene le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona non risolvano del tutto la questione della competenza dell'Unione europea in tema di investimenti transnazionali, si introduce senza alcun dubbio una nuovo settore nelle relazioni esterne dell'Unione.

Tuttavia, analogamente a quanto è accaduto in precedenza in relazione all'*Agreement on Trade-Related Investment Measures* (Accordo TRIMs) dell'OMC, l'inserimento del riferimento agli investimenti diretti nell'ambito della politica commerciale comune potrebbe essere inteso in senso restrittivo, ovvero come una competenza limitata solo agli aspetti degli investimenti esteri diretti che hanno un collegamento con il commercio internazionale.

Il Trattato di Lisbona intensificherà, indubbiamente, il dibattito su chi debba concludere gli accordi internazionali in materia di investimenti, se l'Unione europea, i singoli Stati membri o entrambi. I dubbi circa la ripartizione di competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri in materia di investimenti creano, evidentemente, un'incertezza giuridica per gli investitori stranieri. Gli Stati terzi preferirebbero probabilmente, come si è detto all'inizio, negoziare e concludere accordi con un solo partner, l'Unione, piuttosto che diversi trattati simili con i vari Stati membri. Perciò sarebbe auspicabile che la materia degli investimenti venisse rimessa nella sua interezza alla competenza esclusiva dell'Unione.

[78] Sugli accordi contenenti norme sugli investimenti conclusi dalla Comunità europea si veda A. Dimopoulos, *Shifting the Emphasis from Investment Protection to Liberalization and Development: The EU as a New Global Actor in the Field of Foreign Investment Policy*, pp. 3-7 (www.asil.org, reperibile *on line*).

Qualora l'art. 207, par. 1, TFUE ricevesse un'interpretazione estensiva, la Commissione potrebbe, probabilmente, sostituire gli Stati membri nel negoziare e concludere i nuovi accordi sugli investimenti, modificare i BITs già conclusi e intervenire nei ricorsi avanzati contro gli Stati membri dell'Unione in sostituzione di questi ultimi, analogamente a quanto accade nel sistema OMC in cui interviene appunto la Commissione. Tuttavia, non va dimenticato che tale ipotesi lascerebbe irrisolta la questione della possibilità per gli investitori di ricorrere all'arbitrato ICSID, che, come è noto, rappresenta una delle garanzie maggiori per chi investe in Paesi stranieri. Infatti, tenuto presente quanto stabilito dall'art. 66, par. 1[79], della Convenzione di Washington, un emendamento che consenta una tale possibilità sembra al momento improbabile.

In tale contesto, l'Unione potrebbe, eventualmente, delegare il potere di negoziare gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti agli Stati membri, con la possibilità anche che i singoli Stati ne siano responsabili dell'attuazione. Tali trattati dovrebbero, chiaramente, ispirarsi a un modello negoziale unico o, almeno, essere armonizzati nel loro contenuto. In tal modo si eviterebbero le possibili incompatibilità tra il diritto dell'Unione europea e gli obblighi contenuti nei BITs, che restano comunque uno strumento indispensabile per la protezione degli investimenti.

Abstract

International Investment Agreements and the European Union

The international investment law issues within the European Union have been for a long time an unclear subject cause of the uncertain division of competences between the European Community/European Union and the Member States.

In this context, the EU Member States have concluded several Bilateral Investment Treaties (BITs) among them and with third countries. This article analyzes the interactions between Bilateral Investment Treaties and EU Law.

After inconsistent early case law, this matter could be clarified by the Lisbon Treaty, which brings foreign direct investment under the EU's common commercial policy. The article examines the Lisbon Treaty's impact on the distribution of competences between the EU and its Member States in the field of foreign investments.

The author underlines that EU law cannot supersede the BITs regime, but a common foreign investment policy with a coordination at the EU level would be auspicable in order to get a coherent legal environment and avoid incompatibilities between EU law and BITs.

[79] Secondo tale articolo: "1) If the Administrative Council shall so decide by a majority of two-thirds of its members, the proposed amendment shall be circulated to all Contracting States for ratification, acceptance or approval. Each amendment shall enter into force 30 days after dispatch by the depositary of this Convention of a notification to Contracting States that all Contracting States have ratified, accepted or approved the amendment".

Note e Commenti

Anna Oriolo

Patrimonio digitale: *guidelines* internazionali e strategie dell'Unione europea di accessibilità, diffusione e protezione dei beni culturali e scientifici nell'era digitale

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Origini della digitalizzazione dei beni culturali e scientifici e strategie comunitarie. – 3. *Segue*: *i2010*: rapporto tra tecnologie dell'informazione e della comunicazione e qualità della vita. – 4. *Segue*: la biblioteca digitale europea. Uniti nella diversità. – 5. *Segue*: *Open Acess* e ricerche scientifiche finanziate dall'Unione europea. Verso la "libertà di circolazione della conoscenza". – 6. Le conseguenze della digitalizzazione: *Digital Rights Management* e tutela del *copyrigth* nell'"economia della conoscenza". – 7. Conclusioni.

1. Le risorse di informazione ed espressione creativa vengono sempre più frequentemente prodotte, distribuite, rese accessibili e mantenute in forma digitale, creando un nuovo lascito: il patrimonio digitale (*digital heritage/patrimoine numerique*). Si tratta, secondo l'UNESCO, di un patrimonio "comune" che comprende risorse culturali, formative, scientifiche e amministrative, come anche informazioni di natura tecnica, giuridica, medica e di altro genere, create in digitale (beni digitali in origine: testi, immagini fisse e in movimento, audio, grafica, *software* e pagine web) o convertite in forma digitale da risorse analogiche già esistenti (beni digitalizzati: libri e testi su carta, negativi fotografici, pellicole cinematografiche, musica su cassette o dischi di vinile, ma anche reperti archeologici riprodotti in 3d)[1].

I beni culturali ed intellettuali creati e/o resi disponibili in formato digitale possono esprimere una cultura determinata che, al contempo, è resa universalmente accessibile e quindi fruibile per il pubblico mondiale; la digitalizzazione dei beni culturali favorisce quindi la condivisione di conoscenza tra tutti i popoli e costituisce "la memoria del domani"; essa dipende però da tecnologie in con-

[1] *Charter on the Preservation of the Digital Heritage*, 23 ottobre 2003, art. 1.

tinua (e spesso troppo rapida) evoluzione e necessita di misure di conservazione per rendere tali beni disponibili per il futuro e continuare a garantire la "rappresentanza nel tempo di tutti i popoli, le nazioni, le culture e le lingue"[2].

L'analisi che segue si sofferma sul rapporto tra tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) e patrimonio culturale e scientifico[3] e si inquadra nel più ampio tema della accessibilità, diffusione e protezione dei beni culturali e scientifici nell'era digitale[4]. A tal fine essa, muovendo dalla nozione di patrimonio digitale offerta dall'UNESCO e dalle linee guida promosse in ambito internazionale per la comunicazione e la trasmissione del sapere, ripercorre le tappe della strategia dell'Unione europea in materia di digitalizzazione dei beni culturali e scientifici e indaga sulle origini e sulle conseguenze di questo obiettivo dell'Unione.

Quanto agli *standards* internazionali relativi alla digitalizzazione del patrimonio culturale e scientifico già l'UNESCO nel piano di attuazione della Dichiarazione universale sulla diversità culturale del 2001 invitava gli Stati membri a "incoraggiare l''*alfabetizzazione digitale*'"[5] e ad "assicurare una maggiore padronanza delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che dovrebbero essere considerate sia come materie d'insegnamento che come strumenti pedagogici in grado di valorizzare l'efficacia dei servizi educativi"[6].

Tra gli obiettivi promossi dall'UNESCO nel 2001 spiccano in particolare quello di "contrastare il divario digitale, *incoraggiando l'accesso alle nuove tecnologie* da parte dei Paesi in via di sviluppo, aiutandoli a padroneggiare le tecnologie dell'informazione e facilitando *la diffusione digitale dei prodotti culturali* endogeni e l'accesso da parte di questi paesi alle risorse digitali educative, culturali e scientifiche disponibili a livello mondiale"[7] e ancora di "[i]ncorag-

---

2 Risoluzione del Consiglio del 25 giugno 2002 sulla conservazione della memoria del domani – conservazione dei contenuti digitali per le generazioni future, *GUCE* C 162, 6 luglio 2002, p. 4 s. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, l'Unione europea ha rilevato le competenze precedentemente conferite alla Comunità europea. L'espressione "diritto comunitario" è sostituita quindi da "diritto dell'Unione" e comprende anche tutte le disposizioni adottate in passato in forza del Trattato sull'Unione europea nella versione precedente al Trattato di Lisbona. Nel prosieguo del lavoro, saranno tuttavia comunque utilizzati i termini "comunitario/comunitaria/comunitari/comunitarie" quando si fa riferimento agli atti e alle attività anteriori all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

3 Il termine "scientifico" viene utilizzato in questo studio nel senso ad esso attribuito dalla Commissione europea, comprensivo cioè delle attività di ricerca di tutte le discipline accademiche, comprese le scienze sociali ed umane; v. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, L'informazione scientifica nell'era digitale: accesso, diffusione e conservazione, COM(2007)56 def., del 14 febbraio 2007.

4 Sul tema v. in generale in contributi in V. Tola, C. Castellani (a cura di), *Futuro delle memorie digitali e patrimonio culturale*, Roma, 2004.

5 *Main Lines of an Action Plan for the Implementation of the Unesco Universal Declaration on Cultural Diversity*, 2 novembre 2001 (in seguito: *Main Lines*, cit.), par. 9 (corsivo nostro).

6 *Ibidem* (corsivo nostro).

7 *Ibidem*, par. 11 (corsivo nostro).

giare la produzione, la salvaguardia e la diffusione di *contenuti diversificati nei media e nelle reti globali di informazione* e, a questo scopo, promuovere il ruolo dei servizi radiotelevisivi pubblici nello sviluppo di produzioni audiovisive di qualità, in particolare incoraggiando la creazione di meccanismi cooperativi per facilitare la loro distribuzione"[8].

La Dichiarazione affronta, ancora, il tema delle ripercussioni della rivoluzione digitale sui contenuti culturali sottolinenando: "[l]a libertà di espressione, il pluralismo dei media, il multilinguismo, l'accesso paritario all'arte e alla conoscenza scientifica e tecnologica, *compreso il formato digitale*, e la possibilità data a tutte le culture di accedere ai mezzi di espressione e di diffusione sono le garanzie della diversità culturale"[9].

Merita ancora un cenno anche la successiva Convenzione UNESCO sulla diversità culturale adottata nel 2005, che individua, tra i doveri delle parti contraenti, quello di "promuovere l'uso delle nuove tecnologie (…) al fine di rafforzare la condivisione dell'informazione e la comprensione culturale e di favorire la diversità delle espressioni culturali"[10] e include la formazione delle risorse umane nei Paesi in via di sviluppo circa "l'utilizzo delle tecnologie" tra gli strumenti di cooperazione per lo sviluppo sostenibile e la riduzione della povertà in linea con gli obiettivi del millennio fissati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite[11].

La intensa attività di negoziazione della citata Convenzione del 2005 condotta dalla Commissione europea (e in generale il ruolo delle istituzioni comunitarie nella adozione dell'accordo) conferma la rilevanza che l'Unione attribuisce allo sviluppo delle attività culturali, consacrato infatti tra i suoi principi fondamentali ed espresso tanto nell'attuale art. 167 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) (già art. 151 TCE), che nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali[12]. In generale, l'Unione è particolarmente attenta alla dimensione culturale delle proprie politiche[13] come dimostrano il *MEDIA plus programme*[14] rispetto alla politica industriale, la iniziativa *Television*

---

8 *Ibidem*, par. 12 (corsivo nostro).

9 *Universal Declaration on Cultural Diversity*, 2 novembre 2001, art. 6.

10 *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 20 ottobre 2005, art. 12, lett. d).

11 *Ibidem*, art. 14, lett. b). V. anche *UN Millennium Declaration*, 2000, GA Res. 55/2, 8 settembre 2000.

12 Sulla tutela dei diritti umani in ambito comunitario e in generale sui "principi fondanti" dell'Unione europea v. U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008, p. 36 ss.

13 Art. 167, par. 4 TFUE: "L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni del presente trattato, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture".

14 Gli obiettivi del programma sono di migliorare la competitività delle imprese dell'Unione europea e segnatamente delle piccole e medie imprese, sostenere la circolazione transnazionale delle opere europee e incoraggiare la diversità linguistica e culturale in Europa. Cfr. la decisione 2000/821/CE del Consiglio, del 20 dicembre 2000 riguardante l'attuazione di un programma di sostegno allo sviluppo, alla distribuzione e alla promozione delle opere audiovisive europee (ME-

without frontiers[15] per ciò che concerne il mercato interno (e in particolare la libera circolazione dei servizi) e il citato art. 167 circa le relazioni esterne dell'Unione; la disposizione in parola incoraggia gli Stati membri a promuovere nelle loro relazioni internazionali il "miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei", nonché la "conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea"[16] cooperando a tal fine tra loro e "con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura"[17].

La politica dell'Unione di digitalizzazione, volta a costruire la società europea dell'informazione e della comunicazione, rappresenta un ulteriore *step* nella promozione (in ambito regionale) degli *standards* affermati inizialmente sul piano generale per perseguire gli obiettivi di accessibilità, diffusione e protezione dei beni culturali e scientifici, adeguando le esigenze connesse a tali obiettivi alle potenzialità (e ai rischi) dell'era digitale.

2. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione costituiscono uno stimolo importante per la crescita e l'occupazione, obiettivi prioritari della strategia di Lisbona[18]. In linea con la *governance* di Lisbona, la Commissione europea lancia nel 2005 l'iniziativa *i2010*, che individua gli orientamenti di massima di una politica integrata per la creazione (entro il quinquennio successivo) di una "società europea dell'informazione e della comunicazione"[19]. Il nuovo quadro

DIA Plus – Sviluppo, Distribuzione e Promozione) (2001-2005), *GUCE* L 13, 17 gennaio 2001, p. 34 ss.

15 La direttiva "televisione senza frontiere" ha lo scopo di garantire la libera circolazione dei servizi televisivi nell'ambito del mercato interno, tutelando nel contempo finalità d'interesse pubblico, come la diversità culturale, il diritto di rettifica, la tutela dei consumatori e la protezione dei minori. Cfr. la direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, *GUCE* L 298, 17 ottobre 1989, p. 23 ss.

16 Art. 167, par. 2 TFUE.

17 Art. 167, par. 3 TFUE.

18 Nella sessione straordinaria tenutasi a Lisbona nel marzo del 2000, il Consiglio europeo ha fissato come nuovo obiettivo strategico per il nuovo decennio quello di "diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale".

19 Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2005)229 def., del 1° giugno 2005, *i2010* – Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione. Il 29 gennaio 2007 la Commissione ha adottato la comunicazione COM(2007)28 def. sull'attuazione del programma comunitario programma *eContentplus* volto a sviluppare comunicazioni in banda larga accessibili e sicure, contenuti diversificati e di qualità e servizi digitali. La Commissione ha presentato nell'agosto del 2009 i principali risultati della strategia *i2010* del 2005 con la relazione sulla competitività digitale in Europa, COM(2009)390 def., del 4 agosto 2009, in cui ha anche sottolineato: "Le TIC (…) costituiscono un elemento cruciale del piano europeo di ripresa economica. (…) Sono quindi fondamentali per le imprese, i servizi pubblici e il funzionamento dell'economia moderna". Nelle conclusioni del citato documento la Commissione ha invitato "gli Stati membri e le parti interessate a collaborare attivamente per l'elaborazione di una nuova agenda politica del

strategico *i2010* si pone in particolare tre obiettivi: 1) realizzare uno spazio unico europeo dell'informazione sviluppando "un regime coerente di norme per la società dell'informazione e dei media" e tentando di stabilire "una strategia globale per una gestione efficace e interoperabile dei diritti digitali"; 2) promuovere una economia digitale aperta e competitiva rafforzando l'innovazione e gli investimenti nella ricerca sulle TIC; 3) costruire una società europea dell'informazione basata sulla partecipazione di tutti alla società dell'informazione (*e-Inclusione*) che offra servizi pubblici di elevato livello e che promuova la qualità della vita[20].

3. Nell'esaminare il contributo delle TIC per migliorare la qualità della vita la Commissione europea si sofferma su tre ambiti di interesse – la salute, l'ambiente e la diversità culturale – e propone di avviare iniziative di grande visibilità che coinvolgano le TIC sulle sfide sociali più importanti: l'invecchiamento della popolazione, la necessità di trasporti sicuri e meno inquinanti e il rafforzamento della diversità culturale[21].

Le TIC sono in grado di migliorare la salute dei cittadini sia attraverso tecnologie per il benessere, sia contribuendo a rendere i servizi medici e sociali più efficienti e più efficaci anche alla luce delle sfide demografiche che l'Europa deve affrontare. Relativamente al "diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e *culturale*" che l'Unione riconosce tra i diritti individuali fondamentali[22], nel quadro della promozione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il 14 giugno 2007 la Commissione ha adottato una comunicazione intitolata "Invecchiare bene nella società dell'informazione – un'iniziativa *i2010* – piano d'azione su tecnologie dell'informazione e della comunicazione e invecchiamento" che "identifica settori e azioni prioritari nei quali le TIC possono contribuire nel modo più efficace a confrontare le sfide e le opportunità connesse all'invecchiamento della popolazione europea"[23]. Il piano esamina i principali ostacoli (nor-

digitale entro i primi mesi del 2010, che permetta all'Europa di risollevarsi dalla crisi grazie ad un'economia digitale più forte, più aperta e più competitiva, capace di promuovere la crescita e l'innovazione in Europa". Quanto all'impatto dell'iniziativa negli Stati membri, mentre alcune strategie nazionali di attuazione sono di carattere generale, altre affrontano finalità più mirate quali *eInclusion*, *eHealth*, *eLearning*, *eBusiness*.

20 Il 7 settembre 2007 la Commissione ha presentato la comunicazione COM(2007)496 def. intitolata: competenze informatiche (*eskills*) per il XXI secolo: promozione della competitività, della crescita e dell'occupazione. Si tratta di un programma d'azione a lungo termine in materia di competenze informatiche volto a "promuovere la competitività, l'occupabilità e lo sviluppo della forza lavoro, colmare le lacune di competenze informatiche ed essere in grado di poter meglio affrontare le sfide competitive a livello globale".

21 Nel 2008 è stata avviata nel quadro dell'iniziativa *i2010* anche una quarta strategia faro sulle TIC al servizio delle crescita sostenibile ed in particolare sull'utilizzo delle TIC per migliorare l'efficienza energetica.

22 Art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (corsivo nostro).

23 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, COM(2007)332 def., del 14 giugno 2007.

mativi, tecnici, ma anche etici, psicologici e di comportamento) da superare per offrire alle persone anziane una migliore qualità di vita e per accelerare il processo grazie al quale potranno beneficiare delle nuove tecnologie in Europa sia i cittadini (per la possibilità di vivere più a lungo in forma autonoma), sia le imprese (in ragione delle maggiori opportunità offerte dal mercato interno delle TIC per gli anziani) sia infine le autorità (per i significativi risparmi in termini di costi dell'assistenza sanitaria e sociale).

Quanto all'iniziativa per la tutela dell'ambiente, decisivo è il ruolo delle TIC rispetto alla sostenibilità ambientale e alla esigenza di sicurezza legate all'aumento del traffico stradale: "[l]e TIC possono contribuire a rendere i trasporti più sicuri, meno inquinanti e più efficaci in relazione al consumo di energia"[24]. Nel quadro della ricerca e sviluppo nel settore delle tecnologie della società dell'informazione, nel febbraio 2006 la Commissione europea ha lanciato l'iniziativa "automobile intelligente" per favorire la sensibilizzazione all'uso delle TIC per veicoli più intelligenti, più sicuri e più puliti. Si tratta di una risposta che l'Unione vuole assicurare "all'esigenza dei cittadini, delle imprese e degli Stati membri di risolvere i problemi socioeconomici collegati ai trasporti e di accelerare l'adozione delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni"[25].

Il terzo profilo di interesse – approfondito del prosieguo dell'indagine – ha ad oggetto il ricco patrimonio culturale e scientifico dell'Europa e mira a mettere in contatto gli ambienti multiculturali e plurilingui con i progressi tecnologici e i nuovi modelli economici attraverso la creazione di una Biblioteca digitale europea. Le TIC fungono quindi da "volano per il rafforzamento della diversità culturale dell'Europa facendo conoscere il nostro patrimonio e le nostre creazioni culturali a un numero più vasto di cittadini"[26].

---

[24] COM(2005)229 def., cit.

[25] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una mobilità più sicura, più pulita e più efficiente a livello europeo: prima relazione sull'iniziativa "automobile intelligente", COM(2007)541 def., del 17 settembre 2007. Il tema della c.d. mobilità sostenibile non è nuovo nei lavori della Commissione e la necessità di bilanciare le politiche dei trasporti con le esigenze di sostenibilità ambientale figura già nel Libro bianco su La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte, COM(2001)370 def., del 12 settembre 2001, oltre che nel Libro verde dell'Unione europea, Verso una nuova cultura della mobilità urbana, COM(2007)551 def., del 25 settembre 2007. Nel quadro nel rapporto tra ambiente e nuove tecnologie per migliorare la qualità della vita l'iniziativa comunitaria sottolinea anche come le tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni possano contribuire a salvare vite umane, ad esempio riuscendo a prevedere, monitorare e prevenire o comunque gestire le calamità naturali.

[26] COM(2007)541 def., cit. V. anche la decisione 182/199/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 dicembre 1998, relativa al quinto programma quadro delle azioni di ricerca, di sviluppo tecnologico e di dimostrazione (1998-2002), *GUCE* L 26, 1° febbraio 1999, p. 1 ss., che comprende azioni volte a "permettere la diversità linguistica e culturale" e obiettivi scientifici e tecnologici come l'"accesso ai contenuti scientifici, culturali e di altro genere, mediante la messa in rete di biblioteche, archivi e musei", e la risoluzione del Consiglio del 21 gennaio 2002 su cultura e società della conoscenza, *ivi* L 32, 5 febbraio 2002, p. 1 ss., che ha invitato la Commissione e gli Stati membri a "contribuire alla digitalizzazione dei programmi di contenuto culturale e alla

4. All'interno della citata iniziativa faro *i2010*, il 30 settembre 2005 la Commissione europea avvia con una comunicazione un obiettivo strategico volto a promuovere la creazione di una biblioteca digitale europea[27]. La biblioteca digitale rappresenta una raccolta organizzata di contenuti digitali (tali in origine o digitalizzati) messi a disposizione del pubblico. Europeana, questo il nome di tale *Thematic Network*, è stata inaugurata il 20 novembre 2008 da Viviane Reding, Commissario europeo per la società dell'informazione e i media[28]. Il progetto realizzava una proposta lanciata il 26 aprile 2005 da sei capi di Stato e di governo che in una lettera comune inviata alla Commissione suggerivano l'opportunità di creare una biblioteca virtuale destinata a rendere accessibile a tutti i cittadini il patrimonio culturale e scientifico dell'Europa[29].

Invero, ancora prima che nelle iniziative sulla biblioteca digitale, già i "principi di Lund" e il "piano di azione di Lund" approvati nell'aprile 2001 e sviluppati il 10 novembre 2003 nella "Carta di Parma" dal gruppo dei rappresentanti nazionali nell'ambito della digitalizzazione del patrimonio culturale degli Stati membri, miravano a realizzare una piattaforma europea coordinata per la digitalizzazione del patrimonio culturale e scientifico.

L'importanza strategica della digitalizzazione del patrimonio scientifico e culturale (in particolare per la promozione del contenuto europeo nelle reti globali) è riconosciuta successivamente anche nel piano d'azione *eEurope 2002*, sottoscritto dagli Stati membri in occasione del Consiglio europeo di Feira nel giugno 2002.

Il ruolo fondamentale che le biblioteche digitali possono svolgere nell'assicurare ai cittadini europei il libero accesso alle informazioni sull'Europa attraverso le TIC è ribadito dalla Commissione anche nel Libro bianco su "una politica europea di comunicazione" adottato nel 2006, in cui si sottolinea l'importanza della "trasformazione delle biblioteche in biblioteche europee in rete che potrebbero operare come centri di informazione e di apprendimento, adoperandosi per far sì che tutti i cittadini abbiano accesso libero alle tecnologie dell'informazione e alle informazioni pertinenti"[30].

---

interoperabilità dei relativi sistemi, onde salvaguardare, tutelare e far conoscere il patrimonio culturale europeo e la diversità culturale europea".

27 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *i2010*: le biblioteche digitali, COM(2005)465 def., del 30 settembre 2005.

28 V. il sito www.europeana.eu.

29 La lettera era presentata dai rappresentanti di Francia, Italia, Polonia, Germania, Spagna ed Ungheria. Alla lettera seguirà dapprima una risposta della Commissione e poi la citata iniziativa *i2010* sulle biblioteche digitali. L'iniziativa, come si vedrà di seguito, copre due diversi ambiti di interesse: il patrimonio culturale – cui sarà dedicata la citata comunicazione COM(2005)465 def. – e l'informazione scientifica, oggetto della comunicazione COM(2007)56 def., cit.

30 Libro bianco su Una politica europea di comunicazione, COM(2006)35 def., del 1° febbraio 2006. V. anche la decisione 2006/178/CE della Commissione, del 27 febbraio 2006, che istituisce un gruppo di esperti di alto livello sulle biblioteche digitali (*GUUE* L 63, 4 marzo 2006, p. 25 ss.)

Quanto alla strategia sulla biblioteca digitale lanciata dalla Commissione nel 2005, essa mira a valorizzare il potenziale culturale ed economico dell'Europa combinando il contesto multiculturale e multilingue con il progresso tecnologico e i nuovi modelli di business, attraverso un'azione integrata che superi la frammentazione degli sforzi condotti in tal ambito dagli Stati membri.

L'idea è quella di creare un unico database che raccolga e renda accessibile a tutti il patrimonio scientifico e culturale dell'Europa (pubblicazioni, libri, periodici, film, cartine, musica ecc.) custodito presso le collezioni di musei, archivi e biblioteche dei vari Stati membri. Su ciascun autore e su ciascuna sua opera possono infatti esistere numerosissime risorse distribuite per il mondo. La sfida è quella di creare un unico spazio digitale che 1) raccolga queste informazioni; 2) consenta l'accesso a tutti del patrimonio culturale (per ora europeo) raccolto; 3) e lo preservi per le generazioni future.

La citata comunicazione della Commissione del 30 settembre 2005 si occupa prevalentemente della digitalizzazione del patrimonio culturale sebbene non manchi di rilevare un secondo campo di indagine fondamentale, con caratteristiche e dinamiche specifiche, costituito dall'informazione scientifica cui sarà dedicato un distinto documento programmatico[31].

Per patrimonio culturale la Commissione si riferisce soprattutto al patrimonio pubblico (statale, di istituti pubblici, sebbene non si escluda che esso possa incoraggiare la collaborazione e l'intervento anche di contributi privati), laddove, invece, per il patrimonio scientifico occorre considerare anche la letteratura scientifica recente e quindi gli interessi dei soggetti privati che sono gli autori[32].

Per ampliare ed agevolare l'accesso alle informazioni attraverso le tecnologie digitali la Commissione europea punta su tre strategie principali: 1) l'accessibilità e quindi la disponibilità in linea del patrimonio culturale europeo; 2) la diffusione delle collezioni analogiche esistenti attraverso un ampio ricorso alla digitalizzazione; 3) la preservazione del patrimonio digitale attraverso sistemi di conservazione e archiviazione per garantirne l'accesso e la fruizione alle generazioni future.

L'accessibilità dei beni digitali presenta aspetti sia culturali e sociali che di natura economica. Quanto ai primi, la disponibilità in linea del materiale contenuto nelle biblioteche e negli archivi europei supporterà gli obiettivi della politica culturale dell'Unione, consentendo ai cittadini di conoscere ed utilizzare per finalità di studio, di lavoro o di svago il patrimonio proveniente da culture differenti e disponibile in varie lingue. Relativamente agli aspetti sociali, significativi vantaggi della digitalizzazione sono legati alla accessibilità dei beni, ad esempio per i portatori di *handicap* che potranno fruire, allo stesso modo degli altri, dell'eredità culturale e scientifica comune. Non meno evidente è anche la

e la più recente decisione 2009/301/CE sullo stesso tema, del 25 marzo 2009 (*ivi* L 82, 28 marzo 2009, p. 9 ss.).

31 Cfr. la comunicazione COM(2007)56 def., cit *supra*, nota 3.

32 V. *infra*, par. 6.

"trasversalità" del progetto, che coinvolge decisamente altri settori come il turismo, l'istruzione e l'economia. La digitalizzazione può cioè essere un fortissimo *input* per nuovi sforzi creativi e per una gamma più ampia di prodotti e servizi, favorendo la crescita e lo sviluppo di altri settori; sul piano economico, le biblioteche e gli archivi costituiscono quindi importanti aree di intervento in materia di investimenti e occupazione.

Il progetto strategico dell'UE in materia di digitalizzazione mira inoltre a favorire la diffusione dei beni culturali e in particolare della diversità linguistica e culturale europea attraverso il mondo. È noto infatti che il patrimonio culturale non comprende le sole manifestazioni "materiali" e/o "fisiche" della cultura, ma che la nozione abbraccia anche le espressioni di vita e di tradizioni che alcuni gruppi e alcune comunità hanno ereditato dai loro avi e trasmettono ai loro discendenti spesso oralmente.

Se però la digitalizzazione consente la comunicazione tra differenti comunità linguistiche, essa per altro verso marginalizza, isola, e può portare alla estinzione alcuni linguaggi nel *cyberspace*. La rilevanza del tema non è sfuggita alle organizzazioni internazioni e regionali e non a caso l'Assemblea Generale dell'ONU ha dichiarato il 2008 anno internazionale del linguaggio; analogamente il 2008, è stato l'anno europeo del dialogo interculturale. Sarà però l'UNESCO a dedicare alla questione della tutela del multilinguismo nell'era digitale apposite disposizioni e in particolare parte della citata Dichiarazione universale sulla diversità culturale, in cui sostiene "la promozione della diversità linguistica nel *cyberspace*" e incoraggia "l'accesso universale *attraverso la rete globale* a tutte le informazioni di pubblico dominio"[33].

Quanto all'Unione europea, in linea con l'art. 167, par. 1 TFUE, secondo il quale "l'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune", la digitalizzazione promossa dalle strategie dell'Unione vuole garantire al patrimonio europeo diversificato e plurilingue una presenza chiaramente visibile in internet per assicurarne la messa a disposizione alle generazioni presenti e future e al contempo garantire la diffusione della "memoria collettiva dell'Europa" e in generale la libera circolazione delle idee, della cultura e della conoscenza[34].

---

33 *Main Lines*, cit., par. 10 (corsivo nostro).

34 Tra i programmi nazionali di digitalizzazione va citato senza dubbio il progetto *MICHAEL* (*Multilingual Inventory of Cultural Heritage in Europe*) che crea un inventario multingue *on line* che consente agli utenti di tutto il mondo di accedere al contenuto digitale di musei, biblioteche e archivi ed esplorare tramite internet le risorse del patrimonio culturale europeo. Avviato nel 2004 dalla collaborazione tra Francia, Italia e Regno Unito con il successivo programma *MICHAEL-Plus* il portale si allarga alla adesione di Finlandia, Germania, Grecia, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Spagna, Svezia, Ungheria e successivamente di Bulgaria, Estonia, Israele, Lettonia, Slovacchia, Comunità fiamminga del Belgio. I due Progetti sono stati finanziati dal programma *eTEN* della Commissione europea per promuovere la diffusione di servizi elettronici in tutta l'Unione europea e si fondano sui risultati del progetto europeo MINERVA che mira a costruire una rete europea di ministeri della cultura per le attività di digitalizzazione. V. R. Caf-

Relativamente alla protezione del patrimonio culturale nell'era digitale il tema si snoda in due diversi filoni: quello della preservazione del patrimonio digitale e quello della tutela dei beni culturali attraverso le nuove tecnologie.

Quanto al primo ambito di riflessione, la digitalizzazione deve essere accompagnata da una strategia di conservazione e riutilizzazione a lungo termine delle informazioni digitali in grado di fronteggiare i rischi legati alla rapida successione e obsolescenza sia dell'*hardware* che del *software* che possono rendere i *files* illeggibili. La Commissione europea ha quindi raccomandato agli Stati "di definire strategie nazionali per la conservazione a lungo termine del materiale digitale e l'accesso a tale materiale, nel pieno rispetto della legge in materia di diritto d'autore, che: a) descrivano la strategia organizzativa, indicando i ruoli e le responsabilità delle parti coinvolte e le risorse stanziate, b) contengano piani d'azione specifici che illustrino gli obiettivi e prevedano scadenze precise per il conseguimento degli obiettivi specifici". Essa ha inoltre invitato gli Stati a "scambiare reciprocamente informazioni sulle strategie e sui piani d'azione"; e a "prevedere nei loro ordinamenti nazionali disposizioni che consentano alle istituzioni pubbliche la riproduzione di più copie e la migrazione del materiale culturale a fini di conservazione, nel pieno rispetto della legislazione comunitaria e internazionale sui diritti di proprietà intellettuale"[35].

Per assicurare la conservazione digitale la Commissione ha anche sottolineato che nell'elaborare politiche e procedure per il deposito di materiale creato originariamente in formato digitale, gli Stati dovrebbero tenere conto degli sviluppi verificatisi negli altri Stati membri al fine di evitare eccessive discrepanze nelle modalità di deposito[36]. Infine essa ha esortato gli Stati a "prevedere nei loro ordinamenti la conservazione di contenuti internet da parte di istituzioni appositamente demandate, utilizzando tecniche per la raccolta di materiale da internet (quale il *web harvesting*), nel pieno rispetto della legislazione comunitaria e internazionale sui diritti di proprietà intellettuale"[37].

Grazie alle nuove tecnologie è possibile anche preservare il patrimonio culturale esistente. I formati analogici sono infatti esposti al rischio di deterioramento per cui si ricorre alla digitalizzazione oltre che per consentire la fruizione di un bene e la diffusione della sua conoscenza anche per garantirne la sopravvivenza.

L'era digitale non consente solo alle generazioni future di potere fruire delle risorse passate, conservate, ma garantisce anche alle attuali generazioni di accedere al patrimonio culturale distrutto, danneggiato e in alcuni casi andato perduto.

FO, *Da MINERVA e MICHEAL a CulturaItalia: la partecipazione italiana a Europeana* (www.culturaitalia.it, reperibile *on line*).

35 Raccomandazione della Commissione del 24 agosto 2006 sulla digitalizzazione e l'accessibilità *on line* del materiale culturale e sulla conservazione digitale, 2006/585/CE, *GUUE* L 236, 31 agosto 2006, p. 28 ss., sezione "conservazione digitale", paragrafi 7-9.

36 *Ibidem*, par. 10.

37 *Ibidem*, par. 11.

Per avere una idea della portata della digitalizzazione dei beni culturali basta pensare all'ipotesi di riproduzione tridimensionale di frammenti di reperti archeologici molto delicati o alla riproduzione digitale delle pagine di libri o spartiti musicali antichi che saranno più facili da consultare con minori rischi di danneggiamento del bene.

Una delle principali applicazioni in ambito culturale delle nuove tecnologie è anche il c.d. restauro virtuale: una tecnica che consente di restaurare "graficamente" il bene per godere appieno della sua bellezza, altrimenti perduta[38]. Oltre a restaurare beni danneggiati, ma comunque in buona parte esistenti, le nuove tecnologie consentono anche la ricostruzione quasi integrale di alcuni beni, addirittura di monumenti, permettendo quindi un tuffo nel passato. In questo filone si colloca anche il progetto della ricostruzione in formato digitale del contenuto della biblioteca dell'Afghanistan, poiché decenni di guerra hanno distrutto i libri del Paese, alcuni dei quali possono essere trovati solo in collezioni di privati difficilmente accessibili per il pubblico e destinati quindi a restare sconosciuti. Grazie alla iniziativa della università di New York, e alla collaborazione di alcune di tali collezioni, il progetto ha consentito il recupero, la restaurazione e la digitalizzazione delle pubblicazioni afghane dal 1870 al 1930. Alcuni dei volumi che oggi è possibile visualizzare grazie a questo progetto sono fisicamente andati distrutti nel Paese e sono oggi consultabili solo grazie ad una loro riproduzione digitale (scansione digitale delle pagine) che era stata effettuata.

Ancora nel quadro della cultura e della istruzione sono interessanti le ricostruzioni in 3d di alcuni ambienti per percorsi virtuali nel passato e per agevolare l'approfondimento di alcuni argomenti.

5. A cavallo tra la strategia europea sulle biblioteche digitali e la politica di ricerca dell'Unione, si inscrive l'iniziativa sull'accesso, la diffusione e la protezione della informazione scientifica nell'era digitale, disciplinata da una comunicazione della Commissione[39]. Questa comunicazione avvia in realtà un progetto assai più ampio relativo al "funzionamento del sistema di pubblicazione del materiale scientifico e il suo impatto sull'eccellenza della ricerca"[40].

Grazie alle nuove tecnologie le informazioni scientifiche riescono a circolare rapidamente consentendo ai ricercatori uno scambio dei dati e dei risultati scientifici e un confronto sugli stessi che permette alla ricerca e allo sviluppo tecnologico di progredire ad un ritmo decisamente più sostenuto che in passato.

---

38 D. Bennardi, *Il restauro virtuale. Tra ideologia e metodologia*, Firenze, 2007.

39 COM(2007)56 def., cit.

40 Essa viene adottata contestualmente all'avvio del settimo programma comunitario sulla ricerca che copre il periodo 2007-2013 (v. *infra* il testo che fa capo alla nota 41) e mira a consolidare lo Spazio europeo della ricerca (SER) lanciato dalla Commissione nel 2000 con lo scopo di unificare l'eccellenza europea, spesso frammentata, nei settori della ricerca e della innovazione con la comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, Verso uno spazio europeo della ricerca, COM(2000)6 def., del 18 gennaio 2000.

L'Unione europea vanta posizioni di primo piano in settori come la ricerca medica o la chimica e tale "potenziale scientifico" deve essere conservato, rafforzato e pienamente sfruttato. In particolare, se adeguatamente migliorata attraverso la ricerca, convenientemente diffusa attraverso l'istruzione e opportunamente applicata attraverso l'innovazione, l'informazione scientifica rappresenta un elemento decisivo per la competitività dell'Europa e può svolgere un ruolo fondamentale nel funzionamento dell'economia europea, in linea con la strategia di Lisbona. Il tema presenta numerosi profili di interesse quali la tutela del *copyright*, le nuove opportunità di lavoro create dalla digitalizzazione, gli aspetti politici ed economici connessi al finanziamento della ricerca scientifica ecc., ma il dibattito più vivace e recente ruota intorno alle politiche di accesso e diffusione concernenti i dati e le informazioni scientifiche.

Ogni ricerca poggia infatti su lavori precedenti e, sebbene dal punto di vista commerciale possa essere legittimo e giustificabile restringere l'utilizzazione di informazioni scientifiche per un certo periodo, è del pari innegabile che l'evoluzione dei progressi scientifici e l'eccellenza della ricerca e della innovazione dipendono dalla possibilità di accesso ai risultati scientifici oltre che dalla rapidità di tale accesso e dal suo costo.

Il sistema di pubblicazione dei risultati scientifici è il meccanismo centrale di garanzia della qualità dell'informazione scientifica (c.d. *peer review*) e della sua diffusione. Esso è quindi capitale per la carriera dei ricercatori e gioca un ruolo incisivo sulle politiche di finanziamento (pubblico e privato) della ricerca e sul suo grado di eccellenza[41].

Per quasi un secolo le riviste scientifiche sono state lo strumento principale di divulgazione delle informazioni scientifiche. Attualmente, circa il 90% degli articoli pubblicati su riviste scientifiche è accessibile anche *on line* (in molti casi tramite abbonamento); alcuni vecchi contributi sono stati digitalizzati e resi disponibili in rete e uno studio della *British Library* prevede che entro il 2020 tutti gli articoli scientifici saranno fruibili solo in linea[42]. La rivoluzione digitale ha indotto la comunità scientifica e gli stessi editori ad individuare modelli alternativi di business in grado di conciliare la rapida diffusione delle informazioni scientifiche con l'esigenza di mantenere un elevato *standard* di qualità dei risultati raggiunti. Uno di tali esperimenti è quello volto a garantire il libero accesso ai risultati scientifici tramite internet trasferendo i costi di pubblicazione sulla organizzazione che finanzia la ricerca piuttosto che sui lettori. Parallelamente, sono stati sperimentati sistemi ibridi in cui alternativamente i costi di pubblicazione versano sull'autore o sul lettore. Le istituzioni scientifiche e le comunità di ricerca hanno inoltre creato archivi digitali accessibili gratuitamente in cui depositare – spesso dopo un periodo di "embargo" durante il quale gli editori

[41] COM(2007)56 def., cit., par. 2.

[42] Cfr. V. Reding, *Scientific Information in the Digital Age: How Accessible Should Publicly Funded Research Be?*, *Conference on Scientific Publishing in the European Research Area: Access, Dissemination and Preservation in the Digital Age*, Brussels, 16 febbraio 2007 (europa.eu/rapid, reperibile *on line*).

possono trarre benefici dall'investimento effettuato – le pubblicazioni e i risultati scientifici prodotti dai ricercatori (già oggetto di una valutazione *inter pares*) al fine di assicurare la *protezione delle informazioni scientifiche* e la loro preservazione per le generazioni future.

La maggiore espressione delle citate tendenze in materia di accesso alla informazione scientifica è costituita dal movimento *Open Acces* fondato sulla idea di realizzare un accesso libero ed immediato alla conoscenza scientifica tramite internet. Uno dei principali documenti prodotti dal movimento è la Dichiarazione di Berlino del 2003, che definisce l'accesso aperto come "una fonte estesa del sapere umano e del patrimonio culturale che siano stati validati dalla comunità scientifica"[43]. Muovendo dal presupposto che "la disseminazione della conoscenza è incompleta se l'informazione non è resa largamente e prontamente disponibile alla società" la dichiarazione di Berlino prevede che l'autore (o comunque il titolare dei diritti d'autore) di un contributo scientifico garantisca a tutti gli utilizzatori il diritto d'accesso gratuito ad esso e l'autorizzazione a riprodurlo, utilizzarlo, distribuirlo, trasmetterlo e mostrarlo pubblicamente purché l'utilizzatore riconosca la paternità intellettuale (*autorship*) del contributo. La dichiarazione prevede altresì che una versione completa del contributo e di tutti i materiali che lo corredano, sia depositata (e dunque pubblicata) in almeno un archivio digitale in linea che impieghi *standards* tecnici adeguati.

La citata comunicazione della Commissione preannuncia l'avvio di un progetto pilota che mira a fornire un accesso *on line* rapido e illimitato ai risultati delle ricerche finanziate dall'Unione europea, progetto concretamente lanciato dalla Commissione nell'agosto del 2008, anche in seguito alla comunicazione del Consiglio dei ministri dell'UE che invitava la Commissione a sperimentare l'*open access* nel quadro del settimo programma quadro di ricerca 2007-2013 (7° PQ)[44].

Il progetto pilota *Open Access* riguarda circa il 20% dello stanziamento di bilancio del 7° PQ (in totale 50 miliardi di euro) in settori strategici come la sanità, l'energia, l'ambiente, le scienze sociali e le tecnologie dell'informazione e comunicazione; esso mira a garantire che i risultati della ricerca finanziati dall'UE siano progressivamente messi a disposizione di tutti dopo un periodo di embargo di 6 o 12 mesi dalla pubblicazione che consentirà agli editori scientifici di trarre profitto dai loro investimenti. L'iniziativa offre quindi ai ricercatori la possibilità (senza precedenti) di condividere tempestivamente ed in modo efficiente le informazioni scientifiche ma, come è stato osservato, renderà anche possibile "una coesistenza reciprocamente benefica" tra ricercatori ed editori scientifici che "ottimizzerà gli effetti dell'accesso aperto alla ricerca finanziata

---

43 Secondo la Dichiarazione di Berlino i contributi ad accesso aperto includono "le pubblicazioni di risultati originali della ricerca scientifica, i dati grezzi e i metadati, le fonti, le rappresentazioni digitali grafiche e di immagini e i materiali multimediali scientifici".

44 *Council Conclusions on Scientific Information in the Digital Age: Access Dissemination and Preservation, 2832nd COMPETITIVENESS (Internal Market, Industry and Research) Council meeting,* Brussels, 22 e 23 novembre 2007.

dal settore pubblico, pur lasciando spazio ai modelli commerciali finanziati dal settore privato nel campo della pubblicazione"[45].

In particolare, gli articoli pubblicati in riviste soggette alla valutazione *inter pares* (ma anche manoscritti prodotti nel quadro di progetti finanziati nell'ambito del 7° PQ) saranno depositati in un archivio *on line* per consentire l'accesso agevole e gratuito alle conoscenze più recenti, elemento fondamentale per accrescere la competitività della ricerca nell'Unione europea. Si tratta quindi di un importante *step* "nel conseguimento della 'quinta libertà' ossia la libertà di circolazione della conoscenza tra Stati membri, ricercatori, industria e il pubblico in generale"[46].

6. La digitalizzazione esiste già in ambito nazionale, ma il problema è la frammentazione degli sforzi e il rallentamento dei progressi. In particolare, l'efficacia della digitalizzazione si scontra con una serie di difficoltà di diverso tipo. Esistono infatti indubbiamente ostacoli finanziari sollevati dalla digitalizzazione, che richiede molta manodopera. Inoltre, il rischio di digitalizzare più volte le stesse opere o collezioni implica esigenze di coordinamento e di aggiornamento professionale del personale coinvolto e solleva quindi anche difficoltà organizzative. Innegabili sono anche gli ostacoli di natura tecnica, relativi alla efficienza delle tecnologie per la digitalizzazione e infine (e soprattutto) i problemi sul piano giuridico legati ai diritti di proprietà intellettuale (la digitalizzazione implica infatti una copia) e al deposito legale del materiale digitale.

Il libero accesso al bene in internet e la sua conseguente libera diffusione in rete si scontrano con la necessità di tutelare i diritti degli autori del bene stesso[47]. Non a caso l'UNESCO ha sottolineato la necessità di "[a]ssicurare la protezione del copyright e del diritto d'autore ad esso collegati nell'interesse dello sviluppo della creatività contemporanea e della giusta remunerazione del lavoro creativo, e allo stesso tempo sostenere il diritto pubblico di accesso alla cultura, in accordo con l'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo"[48].

Occorre quindi conciliare le esigenze del godimento – accessibile a tutti – dei beni culturali e scientifici, con gli interessi dei singoli autori del bene. Il pro-

---

45 V. Reding, *Press Release*, Un accesso più agevole agli articoli scientifici sulla ricerca finanziata dall'Unione europea: la Commissione vara un progetto pilota online, IP/08/1262, del 20 agosto 2008.

46 J. Potočnik, *Press Release*, IP/08/1262, del 20 agosto 2008.

47 In parte la soluzione proposta è quella, ad esempio per il settore più propriamente scientifico e delle riviste *on line*, di limitare il libero uso di determinate risorse o di subordinarlo al pagamento di una somma di danaro o di combinare i due elementi. Rendere visibile solo parte del contributo (l'*abstract*, l'indice) e a pagamento il resto. D'altra parte è la stessa tecnologia a prospettare possibili soluzioni quali ad esempio la *fingerprint* (impronta digitale) e il *digital watermark* (filigrana digitale), che contengono informazioni sull'origine del prodotto o codici di identificazione.

48 *Mains Lines*, cit., par. 16. V. anche l'art. 2 della *Charter on the Preservation of the Digital Heritage*, cit.: "(…) Il principio del giusto equilibrio tra i diritti legittimi dei creatori e degli altri soggetti portatori di diritti e l'interesse del pubblico ad avere accesso al patrimonio digitale, deve essere ribadito e promosso, in sintonia con le normative e gli accordi internazionali vigenti".

blema si pone ad esempio perché solo parte del materiale detenuto da biblioteche, archivi e musei è di dominio pubblico, vale a dire non è (o non è più) coperto da diritti di proprietà intellettuale, mentre il resto è tutelato da diritti di *copyright*. "Dato che i diritti di proprietà intellettuale costituiscono uno strumento fondamentale per incentivare la creatività, è opportuno digitalizzare, rendere disponibile e conservare il materiale culturale europeo nel pieno rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi"[49].

La gestione del diritto d'autore e dei diritti connessi nell'ambiente digitale (c.d. *digital rights management* – DRM) è al centro della direttiva 2001/29/CE che si prefigge di adattare la legislazione relativa al *copyright* alle evoluzioni tecnologiche, in particolare alla società dell'informazione, armonizzando le normative nazionali esistenti in materia di diritto di riproduzione, diritto di comunicazione con il pubblico, diritto di messa a disposizione del pubblico e diritto di distribuzione[50].

Sebbene non siano mancati ulteriori sforzi dell'Unione in tale ambito[51], la direttiva del 2001 resta il principale atto legislativo comunitario in tema di diritto d'autore, al centro anche del più recente Libro verde sul "Diritto d'autore nell'economia della conoscenza" che la Commissione ha adottato nel 2008 al

---

[49] Raccomandazione 585/2006, cit., 10° considerando.

[50] Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società, *GUCE* L 167, 22 giugno 2001, p. 10 ss.

[51] V. ad es.: la direttiva 91/250/CE del Consiglio, del 14 marzo 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, *GUCE* L 122, 17 maggio 1991, p. 42 ss.; la direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, sulla tutela giuridica delle banche dati, *ivi* L 77, 27 marzo 1996, p. 20 ss.; la direttiva 98/84/CE del 20 novembre 1998, sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato, *ivi* L 320, 28 novembre 1998, p. 54 ss.; la 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 ss.; la decisione 456/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2005, che adotta un programma comunitario pluriennale inteso a rendere i contenuti digitali europei più accessibili, utilizzabili e sfruttabili, *ivi* L 79, 24 marzo 2005, p. 1 ss.; la raccomandazione 2005/737/EC della Commissione, del 18 maggio 2005, relativa alla gestione collettiva transfrontaliera del diritto d'autore e dei diritti connessi, nel settore dei servizi leciti di musica *on line*, *ivi* L 276, 21 ottobre 2005, p. 54 ss.; la citata raccomandazione 585/2006 della Commissione, del 24 agosto 2006, sulla digitalizzazione e l'accessibilità on line del materiale culturale e sulla conservazione digitale; la decisione 1639/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 2006, che istituisce un programma quadro per la competitività e l'innovazione (2007-2013), *ivi* L 310, 9 novembre 2006, p. 15 ss.; la direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, *ivi* L 332, 18 dicembre 2007, p. 27 ss.; più recentemente, la comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sui contenuti creativi *on line* nel mercato unico, COM(2007)836 def., del 3 gennaio 2008.
V. anche il rapporto finale del Gruppo di Alto livello sui problemi legati al DRM (*High Level Group on Digital Rights Management*) del 2004 (ec.europa.eu, reperibile *on line*).

fine di promuovere un dibattito sulla diffusione *on line* del sapere per la ricerca, la scienza e l'istruzione[52].

La *copyrigth directive* del 2001 mira a trasporre a livello comunitario gli obblighi derivanti dal Trattato sul diritto d'autore e dal Trattato sulle interpretazioni, le esecuzioni e i fonogrammi – entrambi promossi nel 1966 dall'Organizzazione Mondiale della Proprietà intellettuale (*Word Intellectual Property Organization* – WIPO) e relativi rispettivamente alla protezione degli autori e alla protezione degli interpreti o esecutori e dei produttori di riproduzioni fonografiche[53] – nonché le disposizioni della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie e artistiche del 1886 (più volte rivista ed aggiornata)[54] e alcune norme dell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* – TRIPs) del 1994[55].

In particolare tra gli obblighi internazionali incorporati nella direttiva, l'art. 5, par. 5 riflette il c.d. "test a tre fasi" (*three-step test*) considerato una regola fondamentale della disciplina internazionale del diritto d'autore[56] che prevede che le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore: 1) siano applicate solo in casi speciali; 2) siano compatibili con lo sfruttamento normale dell'opera; 3) non arrechino ingiustificati pregiudizi agli interessi legittimi dei titolari dei diritti.

La *copyrigth directive* ha introdotto un elenco esaustivo di eccezioni alla protezione del diritto d'autore che ha consentito di raggiungere un discreto grado di armonizzazione poiché non permette agli Stati membri di mantenere o introdurre eccezioni diverse da quelle previste. Al contempo, essa ha lasciato agli Stati un ampio margine di discrezionalità circa l'ambito di applicabilità delle eccezioni stesse che può essere anche più restrittivo rispetto a quello previsto a livello comunitario[57].

---

52 Il termine "economia della conoscenza" indica un'attività economica basata anche sulle risorse intellettuali intese nel senso di "capitale umano" cioè di "beni commerciali o prodotti e servizi intellettuali che possono essere esportati con alto profitto"; v. il Libro verde sul Diritto d'autore nell'economia della conoscenza, COM(2008)466 def., del 16 giugno 2008, p. 3, in nota.

53 V. direttiva 2001/29/CE, cit., paragrafi 15 e 61. Il Trattato sul diritto d'autore è un accordo che ha integrato la Convenzione di Berna disciplinando la tutela dei programmi per elaboratore nonché i *database*. Il Trattato sulle esibizioni e i fonogrammi ha aggiornato la Convenzione di Roma per la protezione degli esecutori, produttori di fonogrammi e delle organizzazioni dello spettacolo del 1961 in relazione ai diritti connessi (ovvero quei diritti relativi a soggetti diversi dall'autore dell'opera come produttori, interpreti ed esecutori).

54 V. direttiva 2001/29/CE, cit., par. 19.

55 V. COM(2008)466 def., cit., p. 5.

56 V. la decisione del *Dispute Settlement Body* dell'OMC, *United States – Section 110(5) of the US – Copyright Act*, WT/DS160/R, del 15 giugno 2000.

57 In Italia, la direttiva 2001/29/CE ha trovato attuazione con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68 che oltre ad adeguare la normativa interna agli *standards* comunitari in materia di *copyright* ha rivisto la legge 22 aprile 1941, n. 633, sul diritto d'autore e la legge 5 febbraio 1992, n. 93 (norme a favore delle imprese fonografiche e compensi per la riproduzioni private senza scopo di lucro). Completano il quadro normativo interno in materia la legge 18 agosto 2000, n. 248 (nuove norme di tutela del diritto d'autore), la legge 21 maggio 2004, n. 128 (conversione in legge del decreto

Con il citato Libro verde del 2008 la Commissione si interroga però sulla opportunità di modificare tali eccezioni al diritto d'autore nell'epoca della comunicazione digitale e si concentra su quelle che "assumono maggiore rilievo ai fini della diffusione della conoscenza": 1) l'eccezione per le biblioteche e gli archivi; 2) l'eccezione nell'interesse dei portatori di *handicap*; 3) l'eccezione che consente la diffusione delle opere per scopi didattici e di ricerca; 4) l'eventuale eccezione per i contenuti creati dagli utenti.

L'ambiente digitale pone due ordini di problemi rispetto alle biblioteche ed enti analoghi: uno relativo alla digitalizzazione (e quindi alla riproduzione) del materiale da loro detenuto al fine della sua conservazione[58]; l'altro relativo alla fornitura *on line* (e quindi alla messa a disposizione) di tali riproduzioni agli utenti.

Circa la digitalizzazione, il 40° *considerando* e l'art. 5, par. 2, lett. c) della *copyrigth directive* stabiliscono che gli Stati membri possono prevedere un'eccezione o una limitazione al diritto esclusivo di riproduzione "a favore di taluni organismi senza scopo di lucro, quali per esempio le biblioteche accessibili al pubblico e le istituzioni equivalenti nonché gli archivi" sebbene tale eccezione dovrebbe però essere limitata a "determinati casi specifici" contemplati dal diritto di riproduzione, quali quelli necessari ala conservazione di opere nei cataloghi delle biblioteche. In particolare il considerando 40 sottolinea che "detta eccezione o limitazione non dovrebbe comprendere l'utilizzo effettuato nel contesto della fornitura 'on-line' di opere o altri materiali protetti". In sostanza le biblioteche e gli altri beneficiari non sono dispensati dall'obbligo di rispettare il diritto di riproduzione delle opere.

Sebbene, come si è anticipato, la conservazione dei beni culturali e scientifici attraverso opere di digitalizzazione veda oggi impegnati oltre alle biblioteche, agli archivi e ai musei anche soggetti privati – come le stesse case editrici e/o i motori di ricerca (si pensi all'iniziativa *Google book search* lanciata nel 2005[59])

legge 22 marzo 2005, n. 72, c.d. decreto Urbani), la legge 31 marzo 2005 n. 43 (conversione in legge del decreto legge 31 gennaio 2005, n. 7) e una serie di iniziative all'esame delle Camere.

[58] La scansione al fine della digitalizzazione va tenuta distinta dalle altre attività riferite ad opere già disponibili *on line* come l'indicizzazione o la creazione di *links* (ad esempio *hyperlink*, un collegamento elettronico ad un file posto su internet; o il *deep link*, un collegamento che rinvia l'utente di internet a un'altra pagina web all'interno dello stesso; o l'*inlink*, cioè un collegamento interno che ad esempio rinvia a un'immagine in grandezza originale posta su un altro sito web) o ancora il *thumbnails* (cioè l'anteprima di un'immagine) che non sempre costituiscono violazione del diritto esclusivo di riproduzione. V. ad esempio BGH, 17 luglio 2003, causa I WR 259/00, *Paperboy*; causa *Perfect 10* c. *Google e Amazon* Case 06-55405, 9th Cir., May 16, 2007; Bielefeld Tribunale regionale, 8 novembre 2005, JurPC Web-Dok. 106/2006 e Tribunale regionale di Amburgo, 5 settembre 2003, JurPC Web-Dok 146/2004; Tribunale regionale di Erfurt, 15 marzo 2007, 3 O 1108/05 – Bildersuche Suchmaschine Haftung. I motori di ricerca sostengono in particolare che il titolare dei diritti potrebbe manifestare la propria volontà di non vedere riprodotta l'opera attraverso un *file* testuale chiamato "robots.txt" che impedisce ai motori di copiarne il contenuto. *A contrario*, la mancata utilizzazione di tale tecnologia rappresenterebbe una autorizzazione implicita a riprodurre e indicizzare il contenuto dell'opera.

[59] Cfr. il sito books.google.com.

– essi non beneficiano della eccezione sancita dall'art. 5, par. 2, lett. c), limitata a "biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto".

Quanto al diritto esclusivo di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico di opere digitalizzate, l'art. 5, par. 3, lett. n) della direttiva del 2001 prevede in effetti un'eccezione quando l'utilizzo abbia come scopo la comunicazione o la messa a disposizione, a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali dedicati situati nei locali di biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi, di opere o altri materiali contenuti nella loro collezione e non soggetti a vincoli di vendita o di licenza; pur tuttavia, questa eccezione non riguarda la fornitura elettronica a distanza dei documenti ai clienti finali giacché il 40° *considerando* sancisce come si è detto che l'eccezione non comprende le utilizzazioni fatte nell'ambito della fornitura *on line* di opere o fonogrammi protetti.

Le iniziative di digitalizzazione sollevano una serie di perplessità anche circa le c.d. "opere orfane", cioè opere ancora protette dal diritto di autore, ma prive di dati che consentano di risalire al loro proprietario. La mancanza di tali informazioni spesso costituisce una limitazione alla messa a disposizione *on line* di queste opere o ad un loro restauro virtuale nel senso che, come osservato dalla Commissione nel Libro verde, "la liberatoria dei diritti di autore delle opere orfane può costituire un ostacolo per la diffusione di contenuti di valore e può considerarsi un impedimento alla creatività successiva". Si tratta di una problematica di carattere essenzialmente transfrontaliero che esige una iniziativa di armonizzazione già rilevata dalla Commissione europea nella raccomandazione 585/2006, in cui invitava gli Stati membri a "migliorare le condizioni per la digitalizzazione del materiale culturale e la sua accessibilità on line: a) creando meccanismi per facilitare l'utilizzo di 'opere orfane', previa consultazione delle parti interessate, b) istituendo o promuovendo meccanismi, su base volontaria, per facilitare l'utilizzo di opere fuori stampa o non più distribuite, previa consultazione delle parti interessate, c) promuovendo la disponibilità di elenchi di 'opere orfane' e di opere di pubblico dominio note"[60].

La direttiva 2001/29/CE solleva una serie di perplessità relative ai portatori di *handicap*, perplessità sulle quali la Commissione si interroga nel successivo Libro verde. In particolare, l'art. 5, par. 3, lett. b) della direttiva stabilisce una eccezione all'utilizzazione esclusiva di un bene "quando si tratti di un utilizzo a favore di portatori di handicap, sempre che l'utilizzo sia collegato all'handicap, non abbia carattere commerciale e si limiti a quanto richiesto dal particolare handicap"; il 43° *considerando* della direttiva esorta gli Stati membri ad "adottare tutte le opportune misure per favorire l'accesso alle opere da parte dei portatori di un handicap che impedisca di fruirne, tenendo particolarmente conto dei formati accessibili".

[60] Raccomandazione 585/2006, cit., sezione "digitalizzazione e accessibilità on line", par. 6.

La prima perplessità sollevata da questa eccezione riguarda i suoi destinatari. Sebbene tutti gli Stati membri abbiano recepito l'eccezione alcuni la hanno ristretta solo ad alcuni tipi di *handicap* come quelli che colpiscono la vista e l'udito; quindi è dubbio se essa debba invece applicarsi anche a persone che soffrono di menomazioni diverse.

Inoltre, sebbene la Commissione abbia avviato una consultazione in tal senso, è ancora aperta la questione circa i costi della conversione delle opere in formati accessibili, e circa la opportunità di imporre ai beneficiari di pagare una remunerazione per l'utilizzazione.

Quanto al rischio di pirateria e sfruttamento abusivo, si potrebbe inoltre ricorrere alla attività di intermediazione (di biblioteche o delle stesse associazioni che rappresentano i disabili) per conciliare il diritto di accesso all'economia della conoscenza per i portatori di *handicap* e l'esigenza di protezione dell'opera. Appare però anche opportuno prevedere una eccezione espressa a favore dei portatori di *handicap* anche nella direttiva 96/9/CE sulla tutela giuridica delle banche dati che prevede solo eccezioni per scopi didattici, per la ricerca scientifica e per le riproduzioni ad uso privato. Il problema non è sfuggito alla Commissione europea, che ha rilevato la possibilità che l'eccezione a favore dei disabili prevista dall'art. 5, par. 3 lett. b) "possa essere vanificata quando si invoca la protezione della banca dati" (applicando quindi la pertinente normativa in vigore) poiché l'opera letteraria (ad esempio una enciclopedia) sia contemporaneamente tutelata anche come banca dati.

La tecnologia digitale ha reso più diffuso il ricorso all'apprendimento mediante materiale procurato *on line* ed ha affiancato alla istruzione tradizionale anche i più moderni metodi di apprendimento (*e-learning*). La direttiva sul diritto d'autore non poteva quindi escludere dalle eccezioni al diritto di riproduzione e comunicazione l'ipotesi della diffusione al pubblico per scopi didattici e di ricerca. Segnatamente l'art. 5, par. 3, lett. a) riconosce tale eccezione "allorché l'utilizzo ha esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito".

Nel Libro verde del 2008 la Commissione rileva però anche le profonde differenze applicative negli Stati membri e le diverse soluzioni adottate in ambito nazionale ad esempio per le attività didattiche e quelle di ricerca, oppure circa la lunghezza delle opere che possono essere riprodotte e diffuse, o ancora relativamente ai destinatari della eccezione o al luogo in cui può essere utilizzato il materiale. Si tratta di divergenze che riflettono il basso livello di armonizzazione raggiunto e la opportunità di una maggiore definizione dell'ambito di applicazione della eccezione.

Il Libro verde si occupa anche delle eccezioni al diritto d'autore relative ai contenuti creati dagli utenti. Sempre più spesso infatti le TIC coinvolgono gli stessi consumatori nella diffusione del sapere attraverso la creazione e la condivisione in rete di testi video o immagini. Si tratta, secondo un rapporto OCSE del 2007 di "contenuti messi a disposizione del pubblico su Internet che riflet-

tono un certo grado di sforzo creativo e che vengono creati al di fuori di routine e pratiche professionali"[61].

Le uniche eccezioni, oltre a quelle menzionate, utilizzabili in questo caso sono quelle delle citazioni "a fini di critica o di rassegna" previste dall'art. 5, par. 3, lett. d) della direttiva o degli usi "a scopo di caricatura, parodia o pastiche" previsti dall'art. 5, par. 3, lett. k). Per il resto, appare opportuno definire in modo più dettagliato le modalità di utilizzazione di materiali protetti dal diritto d'autore da parte degli utenti finali ed eventualmente introdurre una eccezione espressa ai diritti esclusivi di utilizzazione relativa a tale ipotesi.

7. Grazie alle tecnologie dell'informazione è possibile tutelare, rendere visibile e disponibile il patrimonio culturale e scientifico dell'Europa (e del mondo intero) per le generazioni presenti e future.

Quello di conciliare le nuove tecnologie con la tutela dei beni culturali e delle risorse scientifiche, soprattutto in ambito europeo è senza dubbio un progetto ambizioso. L'ambizione ancora maggiore sarebbe quella di immaginare l'estensione di un tale progetto, di una tale digitalizzazione al patrimonio culturale e alle informazioni scientifiche (innanzitutto private oltre che pubbliche) di tutta la comunità internazionale. Un importante segnale in tal senso è costituito dall'avvio nell'aprile del 2009 della biblioteca digitale mondiale (*world digital library/bibliotèque numérique mondiale*).

La prima conclusione che emerge dalla analisi condotta è che sebbene la digitalizzazione sia inizialmente nata per garantire la accessibilità, la diffusione e la protezione dei beni culturali e scientifici esistenti, essa ha successivamente generato una ulteriore eredità, dove ad essere oggetto di attenzione non è più solo il bene materiale digitalizzato, ma lo stesso bene digitale in quanto tale. Il patrimonio digitale rappresenta infatti un "nuovo lascito" che va sempre più conquistando una autonomia propria rispetto a quella dei beni che ne costituiscono parte integrante; un "patrimonio comune" la cui fruizione, diffusione e conservazione diventano una "emergenza mondiale", cui l'UNESCO dedica un apposito documento nel 2003 e cui le organizzazioni regionali, l'UE in testa, riferiscono specifici piani di azioni.

La seconda osservazione degna di nota è che la strategia dell'Unione europea di tutela dei beni culturali e scientifici nell'era digitale mira ad adeguarsi alle *guidelines* internazionali e ad attuare in ambito europeo l'*international digital agenda*, cioè quel *corpus* di principi sanciti nei Trattati WIPO del 1966, nella Carta adottata dall'UNESCO nel 2003 e nella citata Convenzione di Berna che puntano a: 1) liberare l'*accesso* al patrimonio digitale da "qualunque restrizione immotivata"; 2) favorire la *diffusione* del "sapere", attraverso la digitalizzazione, equilibrando diritti legittimi dei creatori e degli altri soggetti portatori di diritti e l'interesse del pubblico ad avere accesso al patrimonio digitale; 3) fornire un quadro generale di riferimento agli Stati che pure riconoscendo un discreto mar-

[61] OCSE, *Participative Web and User-Created Content*, 2007, p. 9.

gine di autonomia alla legislazione interna, fissi comunque le linee guida – giuridiche, tecniche ed istituzionali – per assicurare la *protezione* del patrimonio digitale.

Al cuore della strategia di Lisbona, l'innovazione fa parte del "triangolo della conoscenza", destinato a rafforzare la crescita e l'occupazione dell'Unione europea in un'economia globalizzata e a mettere "il sapere" a servizio del dinamismo economico e del progresso sociale ed ambientale.

L'obiettivo di "mantenere, sviluppare e diffondere la conoscenza" rappresenta una delle finalità che l'UNESCO si è prefissata nella citata Carta sulla Conservazione del patrimonio digitale. Analogamente, nella sua revisione del mercato interno (*Single market review*) la Commissione europea ha sottolineato la necessità di promuovere la libera circolazione del sapere e dell'innovazione nel mercato unico, in quanto "quinta libertà".

Abstract

Digital Heritage: International Guidelines and EU Strategies on the Access, Dissemination and Preservation of Scientific Information and Cultural Resources in the Digital Age

Addressing the relationship between information and communication technologies (ICT) and cultural and scientific heritage, this paper focuses on the wider subject of access, dissemination and preservation of scientific information and cultural resources in the digital era. After examining the UNESCO notion of digital heritage and the international guidelines to maintain and diffuse knowledge (increasingly produced, distributed, accessed and maintained in digital form), the work analyzes the causes and consequences of the EU digital policy. A first key goal of the EU strategic framework concerning the digitization is to set up and develop a European digital library, combining multicultural and multilingual environments with technological advances and new business models. A second objective is to launch an open access pilot project, making the results of EU-funded research in some strategic areas freely available online. A third purpose is "Digital Rights Management", regulating the role of copyright in the "knowledge economy". Finally the paper concludes that the EU policy of digitization is both an important step towards achieving the international digital agenda at the regional level, and to promote the free movement of knowledge and innovation as the "Fifth Freedom" in the single market.

Denise Milizia

A Linguistic Investigation of the Lisbon Treaty

SUMMARY: 1. The corpus. – 2. Words and keywords in the Lisbon Treaty. – 3. Phrases in the Lisbon Treaty. – 4. The importance of parallel corpora. – 5. Key-clusters in the Lisbon Treaty. – 6. Conclusions.

1. The Treaty of Lisbon, also known as the Reform Treaty, was designed to streamline the workings of the European Union. It amends both the Treaty on European Union (TEU, Maastricht 1992) and the Treaty establishing the European Community (TEC, Rome 1957). In the process, the latter was renamed Treaty on the functioning of the European Union (TFEU), to include most provisions of the European Constitution. The two Treaties are not combined into one single document. A typical amendment in the Treaty of Lisbon reads:

Article 7 shall be amended as follows:

(a) throughout the Article, the word "assent" shall be replaced by "consent", the reference to breach "of principles mentioned in Article 6(1)" shall be replaced by a reference to breach "of the values referred to in Article 2" and the words "of this Treaty" shall be replaced by "of the Treaties".

In the present analysis the consolidated version of the whole Treaty has been taken into account: the two Treaties (counting, respectively, 12,358 words and 52,977 words, including the two preambles), the 37 protocols (41,101 words), the 2 annexes (747 words) and the 65 declarations (12,553 words), totalling approximately 120,000 words. The EU Charter of Fundamental Rights which, in the Treaty of Lisbon, is made legally binding, is not included in this corpus. A reference to the Charter appears in Article 6 of the Treaty on European Union; it reads as follows:

Article 6 (ex Article 6 TEU)	Articolo 6 (ex articolo 6 del TUE)
1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties. The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties. The rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions in Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, that set out the sources of those provisions. 2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties. 3. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law.	1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

The Italian version of the Lisbon Treaty appears to be slightly less verbose, counting 11,459 words and 48,996 words in the first and second part respectively, preambles included, 36,708 words in the protocols, 695 in the Annexes and 12,085 in the declarations. The whole Treaty totals approximately 111,000 tokens, and also the Italian version of the Charter of Fundamental Rights has not been included in the corpus for the present investigation.

It is well known that stereotypically Italian tends to be considered as being slightly more 'verbose' than English[1]: the reason why the opposite is true here

[1] C. Williams, D. Milizia, *How (un)readable is the European Constitution? A comparison of the English version and the Italian version*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, III, Napoli, 2007, p. 2209 ss.

is that the software (and the word counter in Microsoft Word) does not make any distinction between *Unione* and *l'Unione* or *dell'Unione*, which are all counted as one single word, whereas in English they are counted respectively as one, two and three words, i.e. *Union*, *the Union* and *of the Union*.

Article 9, for example, counts 56 words in English and 48 in Italian:

Article 9	Articolo 9
In all its activities, *the Union* shall observe the principle of the equality of its citizens, who shall receive equal attention from its institutions, bodies, offices and agencies. Every national of a Member State shall be a citizen *of the Union*. Citizenship *of the Union* shall be additional to national citizenship and shall not replace it.	*L'Unione* rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi. È cittadino *dell'Unione* chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza *dell'Unione* si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce.

The use of "shall" is certainly one of the main reasons why the English version totals more words: "the Council shall act", for example, counts as a four-word phrase in English and as a three-word phrase in Italian, "il Consiglio delibera", as can been seen in Article 31:

Article 31 (ex Article 23 TEU)	Articolo 31 (ex Articolo 23 TUE)
[…] 3. The European Council may unanimously adopt a decision stipulating that *the Council shall act* by a qualified majority in cases other than those referred to in paragraph 2. […] 5. For procedural questions, *the Council shall act* by a majority of its members.	[…] 3. Il Consiglio europeo può adottare all'unanimità una decisione che preveda che *il Consiglio delibera* a maggioranza qualificata in casi diversi da quelli contemplati al paragrafo 2. […] 5. Per le questioni procedurali *il Consiglio delibera* alla maggioranza dei suoi membri.

The Lisbon Treaty was signed on 13 December 2007 in Lisbon (as Portugal held the EU Council's Presidency at the time): the ratification process proved to be extremely arduous and it finally entered into force on 1 December 2009.

2. The analysis starts with a frequency-ordered wordlist of individual words typical of legal English, or, rather, of individual words included in the Lisbon Treaty, in that the language of European discourse is certainly different from any other kind, full of Euro-jargon or Euro-speak, as it were.

To yield word lists, concordance lines and keywords in the present investigation, the software I have relied on is *WordSmith Tools* 5.0[2].

[2] M. Scott, *WordSmith Tools* 5.0, Liverpool, 2008.

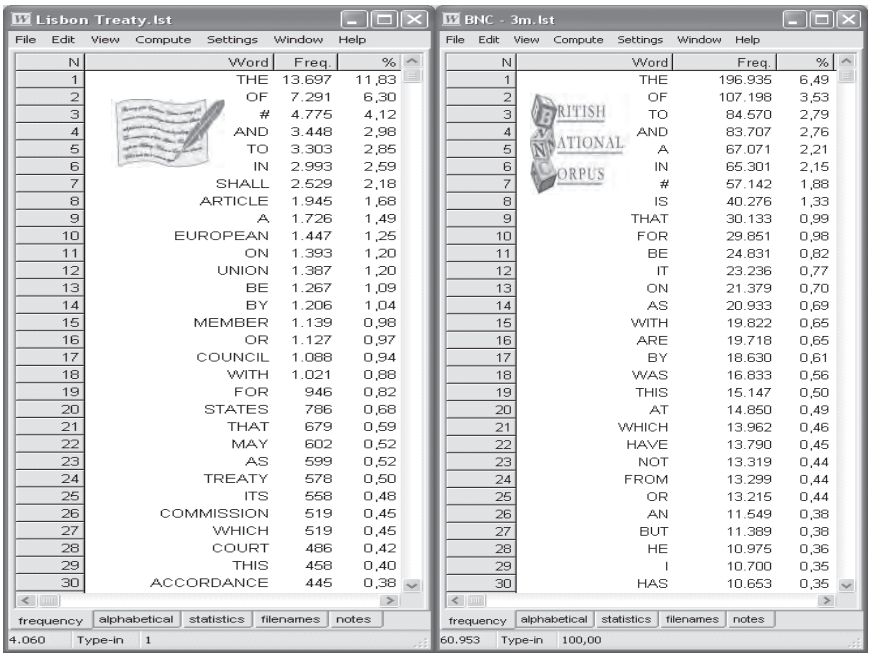
Table 1 displays the top 60 words of the Treaty. A first glance at the table below shows already that it is a different kind of wordlist: in a general English list the first 50, sometimes 100 words, are all function words, whereas here the first word that stands out is “shall”, followed by “article”, “European”, “Union”, “member”, “Council”, “States”, “Treaty”, “Commission”, “Court”, “Parliament”, and so forth.

N	Word	Freq.	%
1	the	13.697	11,83
2	of	7.291	6,30
3	#	4.775	4,12
4	and	3.448	2,98
5	to	3.303	2,85
6	in	2.993	2,59
7	shall	2.529	2,18
8	article	1.945	1,68
9	a	1.726	1,49
10	European	1.447	1,25
11	on	1.393	1,20
12	Union	1.387	1,20
13	be	1.267	1,09
14	by	1.206	1,04
15	member	1.139	0,98
16	or	1.127	0,97
17	Council	1.088	0,94
18	with	1.021	0,88
19	for	946	0,82
20	States	786	0,68
21	that	679	0,59
22	may	602	0,52
23	as	599	0,52
24	Treaty	578	0,50
25	its	558	0,48
26	Commission	519	0,45
27	which	519	0,45
28	Court	486	0,42
29	this	458	0,40
30	accordance	445	0,38
31	from	445	0,38
32	not	444	0,38
33	it	433	0,37
34	Parliament	433	0,37
35	provisions	418	0,36
36	State	407	0,35
37	ex	401	0,35
38	their	385	0,33
39	any	383	0,33
40	is	371	0,32
41	other	335	0,29
42	procedure	334	0,29
43	functioning	303	0,26

44	referred	301	0,26
45	an	298	0,26
46	TEC	296	0,26
47	national	288	0,25
48	measures	278	0,24
49	such	278	0,24
50	within	276	0,24
51	have	269	0,23
52	at	259	0,22
53	general	259	0,22
54	Bank	258	0,22
55	justice	256	0,22
56	Treaties	253	0,22
57	decision	252	0,22
58	central	245	0,21
59	if	242	0,21
60	under	241	0,21

Table 1. First 60 words in the Lisbon Treaty

Looking at the Lisbon Treaty wordlist and at a general English corpus, side by side (the British National Corpus was chosen as a reference corpus), it is clear that in the BNC the first words are all function words, the first content word being TIME, ranking 57th, as we can see in Table 3:



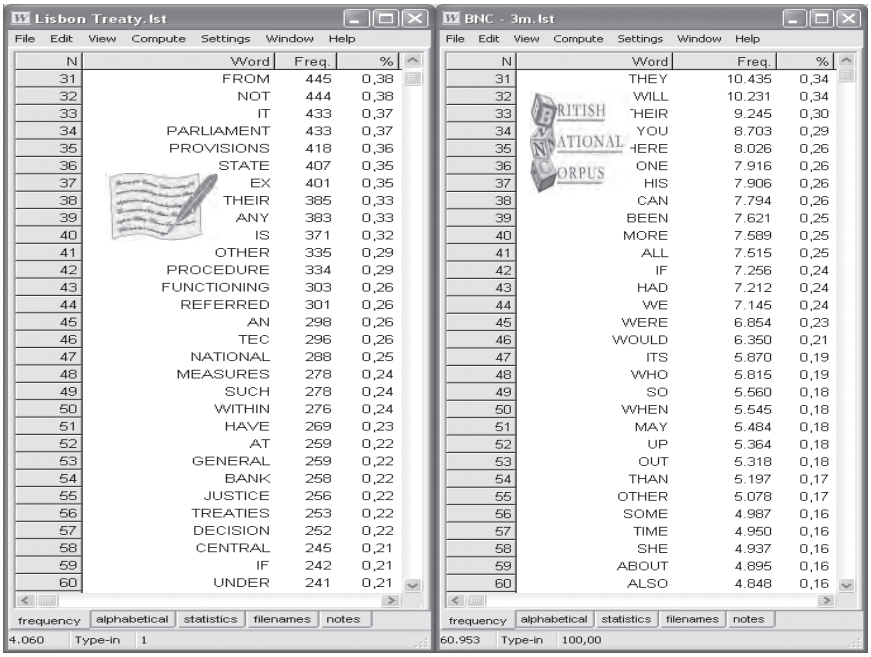
Lisbon Treaty.lst

N	Word	Freq.	%
1	THE	13.697	11,83
2	OF	7.291	6,30
3	#	4.775	4,12
4	AND	3.448	2,98
5	TO	3.303	2,85
6	IN	2.993	2,59
7	SHALL	2.529	2,18
8	ARTICLE	1.945	1,68
9	A	1.726	1,49
10	EUROPEAN	1.447	1,25
11	ON	1.393	1,20
12	UNION	1.387	1,20
13	BE	1.267	1,09
14	BY	1.206	1,04
15	MEMBER	1.139	0,98
16	OR	1.127	0,97
17	COUNCIL	1.088	0,94
18	WITH	1.021	0,88
19	FOR	946	0,82
20	STATES	786	0,68
21	THAT	679	0,59
22	MAY	602	0,52
23	AS	599	0,52
24	TREATY	578	0,50
25	ITS	558	0,48
26	COMMISSION	519	0,45
27	WHICH	519	0,45
28	COURT	486	0,42
29	THIS	458	0,40
30	ACCORDANCE	445	0,38

BNC - 3m.lst

N	Word	Freq.	%
1	THE	196.935	6,49
2	OF	107.198	3,53
3	TO	84.570	2,79
4	AND	83.707	2,76
5	A	67.071	2,21
6	IN	65.301	2,15
7	#	57.142	1,88
8	IS	40.276	1,33
9	THAT	30.133	0,99
10	FOR	29.851	0,98
11	BE	24.831	0,82
12	IT	23.236	0,77
13	ON	21.379	0,70
14	AS	20.933	0,69
15	WITH	19.822	0,65
16	ARE	19.718	0,65
17	BY	18.630	0,61
18	WAS	16.833	0,56
19	THIS	15.147	0,50
20	AT	14.850	0,49
21	WHICH	13.962	0,46
22	HAVE	13.790	0,45
23	NOT	13.319	0,44
24	FROM	13.299	0,44
25	OR	13.215	0,44
26	AN	11.549	0,38
27	BUT	11.389	0,38
28	HE	10.975	0,36
29	I	10.700	0,35
30	HAS	10.653	0,35

Table 2. Frequency-ordered words (1-30) in the Lisbon Treaty and in the BNC



Lisbon Treaty.lst

N	Word	Freq.	%
31	FROM	445	0,38
32	NOT	444	0,38
33	IT	433	0,37
34	PARLIAMENT	433	0,37
35	PROVISIONS	418	0,36
36	STATE	407	0,35
37	EX	401	0,35
38	THEIR	385	0,33
39	ANY	383	0,33
40	IS	371	0,32
41	OTHER	335	0,29
42	PROCEDURE	334	0,29
43	FUNCTIONING	303	0,26
44	REFERRED	301	0,26
45	AN	298	0,26
46	TEC	296	0,26
47	NATIONAL	288	0,25
48	MEASURES	278	0,24
49	SUCH	278	0,24
50	WITHIN	276	0,24
51	HAVE	269	0,23
52	AT	259	0,22
53	GENERAL	259	0,22
54	BANK	258	0,22
55	JUSTICE	256	0,22
56	TREATIES	253	0,22
57	DECISION	252	0,22
58	CENTRAL	245	0,21
59	IF	242	0,21
60	UNDER	241	0,21

BNC - 3m.lst

N	Word	Freq.	%
31	THEY	10.435	0,34
32	WILL	10.231	0,34
33	THEIR	9.245	0,30
34	YOU	8.703	0,29
35	HERE	8.026	0,26
36	ONE	7.916	0,26
37	HIS	7.906	0,26
38	CAN	7.794	0,26
39	BEEN	7.621	0,25
40	MORE	7.589	0,25
41	ALL	7.515	0,25
42	IF	7.256	0,24
43	HAD	7.212	0,24
44	WE	7.145	0,24
45	WERE	6.854	0,23
46	WOULD	6.350	0,21
47	ITS	5.870	0,19
48	WHO	5.815	0,19
49	SO	5.560	0,18
50	WHEN	5.545	0,18
51	MAY	5.484	0,18
52	UP	5.364	0,18
53	OUT	5.318	0,18
54	THAN	5.197	0,17
55	OTHER	5.078	0,17
56	SOME	4.987	0,16
57	TIME	4.950	0,16
58	SHE	4.937	0,16
59	ABOUT	4.895	0,16
60	ALSO	4.848	0,16

Table 3. Frequency-ordered words (31-60) in the Lisbon Treaty and in the BNC

Comparing the two lists, the words that emerge – the keywords – are those which are unusually frequent in the reference corpus, the general English corpus in this case, or to put it another way, the ones which are more frequently used in the European corpus.

The *KeyWords* tool operates by comparing a word list of the source text, with (usually) a larger word list based on the reference corpus[3]. As long as any given word is repeated a minimum number of times, its frequency in the source text is compared with the same frequency of the same word-form in the corpus, and if the difference is sufficiently great, the item is deemed to be key[4]. The notion underlying this is therefore "outstandingness" based on comparison[5].

The features which are similar in both corpora do not surface in the comparison. Only the features where there is a significant departure from the reference corpus become prominent for inspection[6]. The words that emerge are those words that have generated the greatest statistical prominence when compared with the RC, as is clear in Table 4:

---

3 T. Berber-Sardinha, *Linguistica de Corpus*, Barueri SP (Brazil), 2004.

4 M. Scott, *The Right word in the right place: key word associates in two languages*, in *AAA – Arbeiten aus Anglistik*, 1997, n. 22/2, p. 239 ss.

5 M. Scott, *Comparing corpora and identifying key words, collocations, frequency of distributions through the WordSmith Tools suite of computer programs*, in M. Ghadessy, A. Henry, R. L. Roseberry (eds.), *Small Corpus Studies and ELT: theory and practice*, Amsterdam-Philadelphia, 2001, p. 47 ss.

6 M. Scott, C. Tribble, *Textual Patterns. Keywords and corpus analysis in language education*, Amsterdam-Philadelphia, 2006.

KeyWords

File Edit View Compute Settings Window Help

N	Key word	Freq.	%	RC. Freq.	RC. %	Keyness
1	SHALL	2.529	2,18	385	0,01	14.513,53
2	ARTICLE	1.945	1,68	201		11.560,90
3	EUROPEAN	1.447	1,25	687	0,02	6.945,77
4	UNION	1.387	1,20	720	0,02	6.526,01
5	MEMBER	1.139	0,98	472	0,02	5.621,57
6	COUNCIL	1.088	0,94	778	0,03	4.720,04
7	THE	13.697	11,83	196.935	6,49	4.237,17
8	STATES	786	0,68	537	0,02	3.450,63
9	TREATY	578	0,50	65		3.404,85
10	ACCORDANCE	445	0,38	62		2.569,35
11	#	4.775	4,12	57.142	1,88	2.240,42
12	COMMISSION	519	0,45	398	0,01	2.205,30
13	PARLIAMENT	433	0,37	229		2.025,29
14	OF	7.291	6,30	107.198	3,53	2.022,49
15	EX	401	0,35	164		1.981,95
16	PROVISIONS	418	0,36	216		1.965,53
17	TEC	296	0,26	5		1.905,63
18	FUNCTIONING	303	0,26	36		1.775,62
19	COURT	486	0,42	711	0,02	1.648,76
20	PROCEDURE	334	0,29	161		1.594,95
21	TREATIES	253	0,22	11		1.581,26
22	REFERRED	301	0,26	187		1.353,55
23	LEGISLATIVE	228	0,20	84		1.149,44
24	PARAGRAPH	226	0,20	87		1.129,95
25	MEASURES	278	0,24	316	0,01	1.039,75
26	JUSTICE	256	0,22	242		1.019,83
27	ACTING	228	0,20	148		1.013,61
28	ECB	141	0,12	0		931,63
29	COOPERATION	187	0,16	84		906,39
30	PROTOCOL	145	0,13	23		825,62

KWs plot links clusters filenames notes source text

500 Type-in

Table 4. Top 30 keywords emerged by referencing the Lisbon Treaty against the BNC

Predictably, "shall" ranks 1st. It ranked top of the list even in the Wordlist, 7th. Deontic "shall" is strongly identified with legal English; Bowers[7] asserts that the *shall* construction is used as "a kind of totem to conjure up the flavour of the law". In most cases in prescriptive legal texts the *shall* construction corresponds to the Italian form of the Present Simple, as in "The motto of the Union shall be *United in Diversity*", "Il motto dell'Unione è *Uniti nella Diversità*". One is immediately tempted to ask whether the two forms convey exactly the same meaning, and the answer may be that they do not, even if they serve essentially the same purpose: that of expressing authoritativeness, rather than strong obligation. The *shall* construction represents, as it were, the voice of authority[8].

7 F. Bowers, *Linguistic Aspects of Legislative Expression*, Vancouver, 1989.

8 C. Williams, *Pragmatic and Cross-cultural Considerations in Translating Verbal Constructions in Prescriptive Legal texts in English and Italian*, in *Textus XVII*, 2004, n. 1, p. 217 ss.

All the words in the list are pointers to a specialized language, but some, more than others, clearly show that they make meaning mainly in combination with others: “accordance”, “referred”, “laid”, “conditions”, “majority”, “qualified”, “prejudice”, “unanimously”, “pursuant”, “under”, “provided”. It is interesting to notice that in general English some of these terms occur 0 times[9], like “derogation”, “subparagraph”, “TEU” (Treaty on the European Union), “acquis”, as shown in Table 5:

KeyWords

File Edit View Compute Settings Window Help

N	Key word	Freq.	%	RC. Freq.	RC. %	Keyness
61	APPLY	142	0,12	324	0,01	389,48
62	DECISION	252	0,22	1.290	0,04	388,43
63	PRESIDENT	147	0,13	360	0,01	387,70
64	NATIONAL	288	0,25	1.704	0,06	384,51
65	COMMITTEE	189	0,16	694	0,02	383,76
66	DEROGATION	58	0,05	0		383,18
67	POLICY	235	0,20	1.161	0,04	374,29
68	TITLE	126	0,11	251		370,90
69	INSTITUTIONS	141	0,12	373	0,01	355,59
70	ADOPTION	78	0,07	47		353,33
71	SUBPARAGRAPH	53	0,05	0		350,15
72	ACT	212	0,18	1.017	0,03	346,70
73	APPLICATION	135	0,12	358	0,01	339,96
74	ITS	558	0,48	5.870	0,19	333,31
75	REPRESENTATIVE	99	0,09	152		328,78
76	ON	1.393	1,20	21.379	0,70	323,72
77	RELATING	99	0,09	162		319,75
78	DRAFT	74	0,06	57		313,78
79	GENERAL	259	0,22	1.677	0,06	313,28
80	ORDINARY	106	0,09	211		312,13
81	WITHIN	276	0,24	1.894	0,06	311,98
82	DECLARATION	74	0,06	59		310,64
83	TEU	46	0,04	0		303,90
84	ACQUIS	44	0,04	0		290,69
85	EURO	70	0,06	58		290,49
86	FOREIGN	139	0,12	492	0,02	289,82
87	ANNEXED	46	0,04	2		287,42
88	REGULATIONS	93	0,08	170		285,45
89	UNITED	134	0,12	467	0,02	282,51
90	FRAMEWORK	103	0,09	241		278,63

KWs plot links clusters filenames notes source text

500 Type-in

Table 5. Keywords (61-90) emerged by referencing the Lisbon Treaty against the BNC

[9] It is worth highlighting that some words and phrases appear 0 times in general English; yet Scott & Tribble (see M. Scott, C. Tribble, *op. cit*) are adamant in underlining that the number of hits has little to do with keyness: a word can be key even if it occurs only a few times.

The French term "acquis" refers to the body of EU law (regulations, directives, decisions, etc.); it also has connotations of "all the things we have achieved, not without some difficulty"[10]. Naturally EU insiders find it a very convenient term and use it frequently, but it may not mean anything to outsiders. It is even spreading into derived expressions, such as *the Schengen acquis*, meaning the legislation and rulings adopted under the Schengen Convention.

"Acquis" seems to be the only foreign word in the Treaty, together with "Ombudsman", which has Swedish origins[11] and whose Italian rendering is *Mediatore europeo*.

3. The investigation focuses mainly on three-word clusters[12]. Two-word sequences are generally too short and numerous to be interesting, both in general language and in specialized language. Biber points out that three-word clusters (or "lexical bundles") are also extremely common in general English, because they are "a kind of extended collocational association"[13]. Longer clusters are, by contrast, "more phrasal in nature and correspondingly less common". Moreover, longer clusters are more likely to be restricted to specific texts, a point that is also made clear by Stubbs and Barth[14], and this is indeed confirmed here, where the complete cluster, in order to create a functionally complete unit of meaning[15], is composed of 4, 5 and sometimes even 6 or 7 words: "after consulting the European Parliament", "acting by a qualified majority", "under the conditions laid down by the law", "excluding any harmonisation of laws and regulations of the member States".

Yet, mainly for lack of space, in this paper only the three-word clusters will be investigated, thus leaving aside highly frequent (but not uninteresting) two-

---

10 E. Wagner, S. Bech, J. M. Martinez, *Translating for the European Union Institutions*, Manchester, 2002, p. 64.

11 C. Williams, D. Milizia, *op. cit*.

12 In this paper, the terms "phrases" and "clusters" are used. Prefabricated language, also referred to as "prefabs", with its block-like character, has been labelled in different way: "lexical bundles" (see D. Biber et al., *Longman Grammar of Spoken and Written English*, London, 1999), formulaic language (see N. Schmitt, N. Carter, *Formulaic sequences in action: an Introduction*, in N. Schmitt (ed.), *Formulaic Sequences*, Amsterdam-Philadelphia, 2004, p. 1 ss.), concgrams (see C. Greaves, *ConcGram 1.0. A phraseological search engine*, Amsterdam-Philadelphia, 2009), clusters (M. Scott, *WordSmith*, cit.), phrases (see J. Sinclair, *The phrase, the whole phrase, nothing but the phrase*, in S. Granger, F. Meunier (eds.), *Phraseology. An Interdisciplinary Perspective*, Amsterdam-Philadelphia, 2008, p. 407 ss.). Whatever designation is preferred, the common thread is that words are not chosen freely, but are placed on a cline between the open choice principle and the idiom principle (see J. Sinclair, *Corpus Concordance Collocation*, Oxford, 1991). The latter governs "prefabs", where content is not given by its individual item but is attached to the whole phrase (see D. Milizia, C. Spinzi, *The terroridiom principle between written and spoken discourse*, in *International Journal of Corpus Linguistics*, 2008, n. 13/3, p. 322 ss).

13 D. Biber et al., *op. cit*., p. 992 ss.

14 M. Stubbs, I. Barth, *Using recurrent phrases as text-type discriminators. A quantitative method and some findings*, in *Functions of language*, 2003, n. 10/1, p. 76 ss.

15 E. Tognini Bonelli, *Corpus Linguistics at Work*, Amsterdam-Philadelphia, 2001.

word clusters, such as "pursuant to", which appears to be somewhat opaque and non-intuitive for non-native speakers translators.

The phrases which will receive attention in the present work are displayed in Table 7. The reason why these clusters have been chosen for investigation is because they are the ones that have emerged by referencing three-word clusters in the Lisbon Treaty against three-word clusters in the BNC (Table 6), thus suggesting that they are statistically prominent in the Lisbon Treaty when compared against a general population, namely unusually frequent (or very often non-existent) in general English. The KeyWord facility of *WordSmith* is an extremely helpful tool to investigate differences and similarities both across and within texts[16], and the key-words and even more the key-clusters that emerge here are very likely to be good indicators of keyness, in that they prove to be a precise pointer to what is typical and distinctive of the study corpus, i.e. European legal language.

Lisbon_index_index_3-word clusters.lst

N	Word	Freq.	%
1	OF THE EUROPEAN	588	0,51
2	IN ACCORDANCE WITH	444	0,38
3	OF THE TREATY	376	0,32
4	FUNCTIONING OF THE	300	0,26
5	TREATY ON THE	274	0,24
6	OF THE UNION	273	0,24
7	ON THE FUNCTIONING	273	0,24
8	REFERRED TO IN	271	0,23
9	ACCORDANCE WITH THE	237	0,20
10	COURT OF JUSTICE	229	0,20
11	OF THE MEMBER	177	0,15
12	EUROPEAN PARLIAMENT AND	168	0,15
13	ON EUROPEAN UNION	161	0,14
14	TREATY ON EUROPEAN	161	0,14
15	OF THE COUNCIL	156	0,13
16	PARLIAMENT AND THE	138	0,12
17	MEMBERS OF THE	128	0,11
18	AND THE COUNCIL	124	0,11
19	AFTER CONSULTING THE	121	0,10
20	A MEMBER STATE	119	0,10
21	ACCORDANCE WITH ARTICLE	111	0,10
22	LAID DOWN IN	108	0,09
23	OF THE COURT	108	0,09
24	MEMBER STATES SHALL	107	0,09
25	WITHOUT PREJUDICE TO	104	0,09
26	EUROPEAN CENTRAL BANK	103	0,09
27	EUROPEAN UNION THE	101	0,09
28	ORDINARY LEGISLATIVE PROCEDURE	101	0,09
29	AND SECURITY POLICY	100	0,09
30	ON A PROPOSAL	97	0,08

BNC written_3-word clusters.lst

N	Word	Freq.	%
1	ONE OF THE	1.083	0,04
2	AS WELL AS	714	0,02
3	A NUMBER OF	713	0,02
4	IN TERMS OF	675	0,02
5	PART OF THE	660	0,02
6	THERE IS A	650	0,02
7	PER CENT OF	599	0,02
8	IN ORDER TO	592	0,02
9	THE END OF	586	0,02
10	THERE IS NO	524	0,02
11	BE ABLE TO	491	0,02
12	SOME OF THE	464	0,02
13	THE FACT THAT	436	0,01
14	IT IS NOT	397	0,01
15	THE USE OF	395	0,01
16	END OF THE	378	0,01
17	IN THE UK	378	0,01
18	AS A RESULT	373	0,01
19	ON THE OTHER	373	0,01
20	OUT OF THE	366	0,01
21	THE NUMBER OF	366	0,01
22	IT IS A	361	0,01
23	TO BE A	359	0,01
24	THAT IT IS	352	0,01
25	HAVE TO BE	346	0,01
26	AT THE SAME	332	0,01
27	BECAUSE OF THE	323	0,01
28	THE RATE OF	312	0,01
29	AT THE END	309	0,01
30	THE SAME TIME	308	0,01

Table 6. Three-word clusters (1-30) in the Lisbon Treaty and three-word clusters (1-30) in the BNC

16 T. Berber-Sardinha, *op. cit.*

KeyWords

File Edit View Compute Settings Window Help

N	Key word	Freq.	%	RC. Freq.	RC. %	Keyness
1	OF THE EUROPEAN	588	0,51	48		3.550,52
2	IN ACCORDANCE WITH	444	0,38	61		2.567,14
3	OF THE TREATY	376	0,32	5		2.432,19
4	FUNCTIONING OF THE	300	0,26	6		1.923,98
5	TREATY ON THE	274	0,24	0		1.810,71
6	ON THE FUNCTIONING	273	0,24	0		1.804,10
7	OF THE UNION	273	0,24	18		1.670,39
8	REFERRED TO IN	271	0,23	23		1.631,23
9	COURT OF JUSTICE	229	0,20	0		1.513,24
10	ACCORDANCE WITH THE	237	0,20	31		1.376,44
11	OF THE MEMBER	177	0,15	5		1.124,11
12	EUROPEAN PARLIAMENT AND	168	0,15	0		1.110,07
13	TREATY ON EUROPEAN	161	0,14	0		1.063,80
14	ON EUROPEAN UNION	161	0,14	0		1.063,80
15	OF THE COUNCIL	156	0,13	25		887,27
16	PARLIAMENT AND THE	138	0,12	5		868,82
17	AND THE COUNCIL	124	0,11	0		819,29
18	AFTER CONSULTING THE	121	0,10	0		799,46
19	A MEMBER STATE	119	0,10	0		786,25
20	ACCORDANCE WITH ARTICLE	111	0,10	0		733,38
21	MEMBER STATES SHALL	107	0,09	0		706,95
22	WITHOUT PREJUDICE TO	104	0,09	0		687,13
23	EUROPEAN UNION THE	101	0,09	0		667,30
24	ORDINARY LEGISLATIVE PROCEDURE	101	0,09	0		667,30
25	AND SECURITY POLICY	100	0,09	0		660,70
26	ON A PROPOSAL	97	0,08	0		640,87
27	FROM THE COMMISSION	95	0,08	0		627,66
28	TO IN ARTICLE	94	0,08	0		621,05
29	LAID DOWN IN	108	0,09	16		619,39
30	EUROPEAN CENTRAL BANK	103	0,09	11		609,00

KWs plot links clusters filenames notes source text

500 Type-in

Table 7. Key-clusters (1-30) emerged by referencing 3-key-clusters in the Lisbon Treaty against 3-key-clusters in the BNC

For reasons of space, only the first thirty three-word key-clusters are displayed here as they appear in Table 7, and in particular five of them seem to be worth analysing:

- in accordance with
- referred to in
- after consulting the
- without prejudice to
- laid down in

Other key-clusters worthy of investigation in the top 100 in the list are the ones reported below, but space does not permit the analysis of all of them.

- provided for in
- by means of
- set out in
- in respect of

- entry into force
- under the conditions

Unsurprisingly, the key-phrases that have been yielded by comparing the European phrases with the phrases in the BNC are the same that emerged in the simple clusters list (Table 6). The only phrase which does not appear in the key-clusters list is "in respect of", suggesting that the divergence, in terms of frequency, from general English is not so marked[17], keywords and key-phrases being those whose frequency is unusually high in comparison with some norm (BNC in the case in point).

In the following section I shall try and provide a platform of translation equivalents of the top-ranked three-word phrases that have emerged by referencing the Lisbon Treaty against the BNC. In the present paper, for restraints of space, only the most frequent English three-clusters will be analysed, without looking also at the Italian set. Below is a list of the three-word clusters that have been yielded in the Italian version of the *Trattato di Lisbona*, which was presented in detail elsewhere[18]:

- di cui al
- previa consultazione del
- secondo la procedura
- in materia di
- a maggioranza qualificata
- il consiglio delibera
- a norma dell'articolo
- ai sensi dell'articolo
- fatte salve le
- delibera a maggioranza
- fatto salvo l'articolo

As is clear, some of these clusters are the perfect counterpart of the English phrases, whereas others do not appear in the English list at all: this is due, *inter alia*, to the reasons given at the beginning of the paper, considering that according to word count devices such as Microsoft Word word counter or *WordSmith Tools* itself some phrases are usually considered as constituting a single word because of the apostrophe[19]. Thus, the phrase "fatto salvo l'articolo", which appears in the three-word clusters list in Italian, would appear in the four-word clusters list in English, "without prejudice to article". There are certainly also other reasons for the lack of a perfect match between the English and Italian phrases: "il consiglio delibera", for example, corresponds to "the council shall act" and "delibera a maggioranza" corresponds to "shall act by a qualified majority".

---

17 D. Milizia, *Phraseology in EU documents: a comparable and parallel investigation*, Paper delivered at the Corpus Linguistics and Language Variation Conference, Università degli Studi di Modena e Reggio Emila, Dipartimento di Studi Linguistici sulla Testualità e la Traduzione, 5-7 November 2009.

18 The most frequent three-word clusters that have emerged in the Italian version of the Trattato di Lisbona were the object of study of my paper delivered in Modena, in November, 2009 (see note above).

19 C. Williams, D. Milizia, *op. cit.*

4. Thanks to the use of parallel corpora it was possible to create a platform of translation equivalents of the phrases under study. Parallel corpora[20] are an invaluable resource and, in this respect, prove to be a more accurate and reliable guide than comparable corpora. It is argued that, ideally, the translator should have at his/her disposal both a set of translation and a set of comparable corpora. Before parallel corpora, most translations were free translation and the method was not normally open for investigation[21].

The use of a parallel corpus offers a range of possible translation pairs that have already been identified and used by translators, in other words verified by actual translation usage. This becomes mandatory when the translator has to deal with legal texts, which are, more than other text types, formulaic and somewhat abstruse. When talking of Euro-English, Wagner[22] refers to "the disease of Eurospeak", describing it as "confusing, complicated and sometimes elitist". Translating the *acquis*, in particular, has been described as "the linguistic equivalent of climbing Mount Everest"[23]: it is a massive and daunting undertaking, demanding a sustained effort that must be based on sound linguistic, terminological and technical input.

The use of parallel corpora can aid us in avoiding those instances of rather infelicitous 'translationese', and to produce unsuitable and clumsy translations.

A parallel corpus is a valid resource not only for the translation of phrases, which are notoriously opaque, but sometimes also for the translation of individual words. For example, the English equivalent of "considerando" is "whereas", which usually starts a series of *recitals*, but this meaning is not usually reported in bilingual dictionaries. Other words or phrases often hard to translate are "senza indugio" (*without delay*), in deroga (*by derogation of*), "per quanto riguarda" (*in respect of*), or "all'unanimità" and "deliberano all'unanimità" (*unanimously*, *shall act unanimously*). Dictionaries generally fail to mention constructions such as these, let alone the translation of Latinisms and so-called Euro-jargon. It is erroneously thought that Italian makes a more frequent use of Latinisms than English, yet it was found that Latinisms may abound in the English version[24].

---

20 Parallel corpora are usually defined as texts that stand in a translational relationship to each other, that is to say the texts can each be a translation of an absent original or one of them can be the original and the other(s) the translation(s). In the case of European texts the situation is still somewhat uncertain, in that we cannot safely talk of one original and of 22 translations. Rather, we talk, as can be seen in Article 55 of the Lisbon Treaty, of 23 "original languages". This topic is further discussed in D. Milizia, *The issue of the originality of the 23 official languages* (forthcoming).

21 E. Tognini Bonelli, *op. cit.*, p.7.

22 E. Wagner, *Eurospeak: Fighting the Disease*, in *Cultivate Interactive*, 2001, n. 4, at www.cultivateint.org.

23 E. Wagner, S. Bech, J. M. Martinez, *op. cit.*

24 C. Williams, D. Milizia, *op. cit.*

5. Let us start with "in accordance with", the most frequently used three-word cluster, and see how it is rendered in the Italian version.

"in accordance with" occurs on 444 occasions in the Lisbon Treaty, thus accounting for 0.36% (its relative frequency) of all the phrases in the corpus. Italian seems to render this English cluster in a variety of ways: this may be due to the fact that in Italian, also in formal texts in general, variation may be preferred over repetition[25]. An Italian would probably be more inclined to use "in conformity with"[26] rather than "in accordance with", but the former appears to be somewhat rare, with only 4 instances in the whole treaty. Below are displayed the several Italian counterparts, ordered by frequency, which emerged in the Trattato di Lisbona:

- conformemente a
- secondo il/la/una/un
- a norma di
- in conformità di
- sono conformi a
- conforme a
- in conformità con
- si conforma a
- in conformità a
- si conformi a

Some articles, chosen randomly, are shown below:

PREAMBLE	PREAMBOLO
RESOLVED to continue the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe, in which decisions are taken as closely as possible to the citizen *in accordance with* the principle of subsidiarity […]	DECISI a portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, *conformemente al* principio della sussidiarietà […]

Article 12	Articolo 12
National Parliaments contribute actively to the good functioning of the Union: […] (f) by taking part in the inter parliamentary cooperation between national Parliaments and with the European Parliament, *in accordance with* the Protocol on the role of national Parliaments in the European Union.	I parlamenti nazionali contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione: […] f) partecipando alla cooperazione interparlamentare tra parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo *in conformità del* protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea.

[25] M. Sala, *Equivalence and discrepancies between different versions of the EU Constitution*, in *Linguistica e Filologia*, 2005, n. 21, p. 147 ss.

[26] "In conformity" never occurs with the preposition "of", as might seem natural to an Italian speaker. The same is true for "in conformity to".

PREAMBLE	PREAMBOLO
RESOLVED to implement a common foreign and security policy including the progressive framing of a common defence policy, which might lead to a common defence *in accordance with* the provisions of Article 42, […]	DECISI ad attuare una politica estera e di sicurezza comune che preveda la definizione progressiva di una politica di difesa comune, che potrebbe condurre ad una difesa comune *a norma delle* disposizioni dell'articolo 42, […]

The second most common three-word clusters of the English list, "referred to in" appears to be the exact counterpart of "di cui al", which in the Italian list is the first most frequently employed, with a relative frequency of 0.12%, and "di cui all'articolo" with a relative frequency of 0.14%. Without a parallel corpus to rely on, "di cui al" seems to be one of the most obscure to translate being, in fact, composed of two prepositions and a relative pronoun.

"Referred to in" is rendered in Italian almost consistently with "di cui al". A few examples are reported below:

Article 7 (ex Article 7 TEU)	Articolo 7 (ex articolo 7 del TUE)
2. The European Council, acting by unanimity on a proposal by one third of the Member States or by the Commission and after obtaining the consent of the European Parliament, may determine the existence of a serious and persistent breach by a Member State of the values *referred to in* Article 2, after inviting the Member State in question to submit its observations.	2. Il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori *di cui all'*articolo 2, dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni.

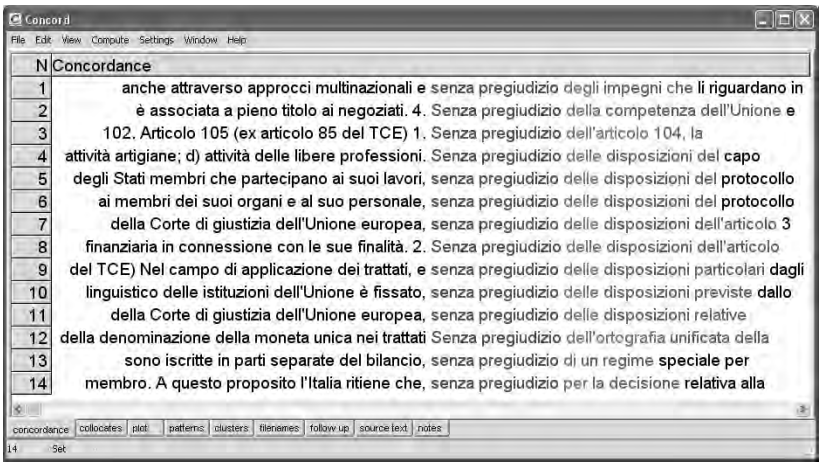
Article 14	Articolo 14
The European Council shall adopt by unanimity, on the initiative of the European Parliament and with its consent, a decision establishing the composition of the European Parliament, respecting the principles *referred to in* the first subparagraph.	Il Consiglio europeo adotta all'unanimità, su iniziativa del Parlamento europeo e con l'approvazione di quest'ultimo, una decisione che stabilisce la composizione del Parlamento europeo, nel rispetto dei principi *di cui* al primo comma.

"After consulting the" occurs 121 times in the English version of the Lisbon Treaty and 102 times in the Italian version. The phrase is the only one that occurs in both versions with the same percentage, i.e. 10%, and does not seem to have any other equivalent than "previa consultazione del".

Article 23 (ex Article 20 TEC) The Council, acting in accordance with a special legislative procedure and *after consulting the* European Parliament, may adopt directives establishing the coordination and cooperation measures necessary to facilitate such protection.	Articolo 23 (ex articolo 20 del TCE) Il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale e *previa consultazione del* Parlamento europeo, può adottare direttive che stabiliscono le misure di coordinamento e cooperazione necessarie per facilitare tale tutela.

"Without prejudice to" is the fourth most frequently used three-word key-clusters: its Italian equivalent is not as frequent, simply because the Italian version has the four forms: the singular, plural, masculine and feminine: "fatto salvo", "fatta salva", "fatte salve", "fatti salvi". Furthermore, 14 occurrences of "senza pregiudizio" (Table 8) and respectively 2 and 1 occurrences of "fa salvo"/"fanno salve" (Table 9) were yielded in the corpus. All the others are rendered consistently with the past participle of the verb.

"Fatte salve le" and "fatto salvo l'articolo" do occur in the list Italian respectively with a percentage of 0.03% and 0.02%, against 0.08% of "without prejudice to".



N	Concordance
1	anche attraverso approcci multinazionali e senza pregiudizio degli impegni che li riguardano in
2	è associata a pieno titolo ai negoziati. 4. Senza pregiudizio della competenza dell'Unione e
3	102. Articolo 105 (ex articolo 85 del TCE) 1. Senza pregiudizio dell'articolo 104, la
4	attività artigiane; d) attività delle libere professioni. Senza pregiudizio delle disposizioni del capo
5	degli Stati membri che partecipano ai suoi lavori, senza pregiudizio delle disposizioni del protocollo
6	ai membri dei suoi organi e al suo personale, senza pregiudizio delle disposizioni del protocollo
7	della Corte di giustizia dell'Unione europea, senza pregiudizio delle disposizioni dell'articolo 3
8	finanziaria in connessione con le sue finalità. 2. Senza pregiudizio delle disposizioni dell'articolo
9	del TCE) Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli
10	linguistico delle istituzioni dell'Unione è fissato, senza pregiudizio delle disposizioni previste dallo
11	della Corte di giustizia dell'Unione europea, senza pregiudizio delle disposizioni relative
12	della denominazione della moneta unica nei trattati Senza pregiudizio dell'ortografia unificata della
13	sono iscritte in parti separate del bilancio, senza pregiudizio di un regime speciale per
14	membro. A questo proposito l'Italia ritiene che, senza pregiudizio per la decisione relativa alla

Table 8. Concordance lines of *senza pregiudizio di/per* in the Trattato di Lisbona (sorted R1-R2-R3)

Table 9. Concordance lines of *fanno salve* and *fa salvo* in the Trattato di Lisbona (sorted L1-R1-R2)

The examples reported below represent a reduced sample of the 104 concordances of "without prejudice to" analysed from the corpus:

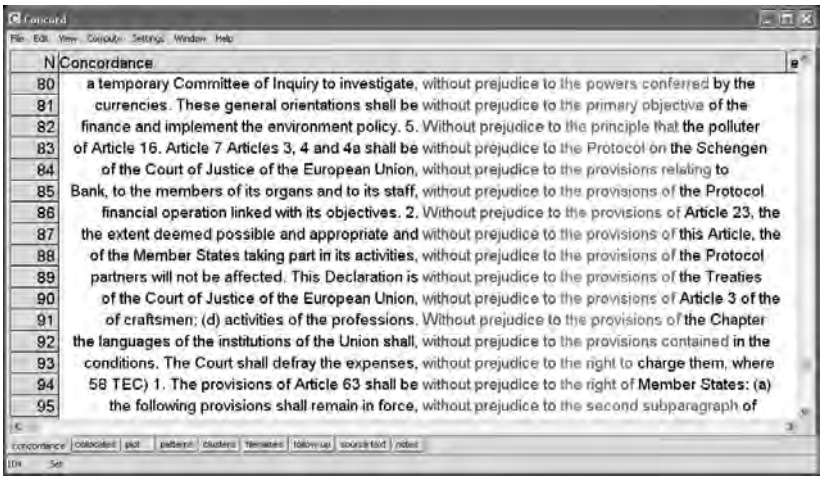


Table 10. Concordance lines of *without prejudice* to (80-95) in the Lisbon Treaty (sorted R1-R2-R3)

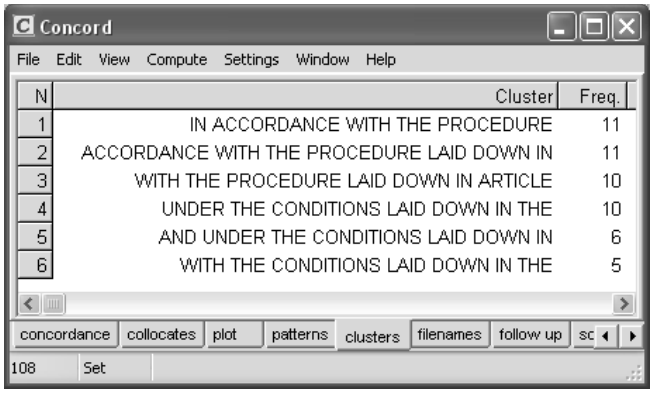
The fifth most frequent three-word key-cluster yielded in the Lisbon Treaty is "laid down in", occurring on 108 occasions. The Italian version seems to have more than one counterpart: "stabilite/i" and "previste/i" are the most frequent matches, but the phrase is also rendered with "di cui al", "conformemente a", "sanciti" and "definiti":

Article 34 (ex Article 19 TEU)	Articolo 34 (ex articolo 19 del TUE)
[…] Member States which are also members of the United Nations Security Council will concert and keep the other Member States and the High Representative fully informed. Member States which are members of the Security Council will, in the execution of their functions, defend the positions and the interests of the Union, *without prejudice* to their responsibilities under the provisions of the United Nations Charter.	[…] Gli Stati membri che sono anche membri del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite si concerteranno e terranno pienamente informati gli altri Stati membri e l'alto rappresentante. Gli Stati membri che sono membri del Consiglio di sicurezza difenderanno, nell'esercizio delle loro funzioni, le posizioni e l'interesse dell'Unione, *fatte salve le* responsabilità che loro incombono in forza delle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite.

Article 14	Articolo 14
1. The European Parliament shall, jointly with the Council, exercise legislative and budgetary functions. It shall exercise functions of political control and consultation as *laid down in* the Treaties. It shall elect the President of the Commission.	1. Il Parlamento europeo esercita, congiuntamente al Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio. Esercita funzioni di controllo politico e consultive *alle condizioni stabilite* dai trattati. Elegge il presidente della Commissione.

Article 5 (ex Article 5 TEU)	Articolo 5 (ex articolo 5 del TUE)
The institutions of the Union shall apply the principle of subsidiarity as *laid down in* the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality. National Parliaments ensure compliance with the principle of subsidiarity in accordance with the procedure set out in that Protocol.	Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà *conformemente al* protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo.

Relying on the *Clusters* facility provided by *WordSmith Tools*, Table 11 shows that the preferred choice of "laid down in" is *procedures* and *conditions*, followed by *rules*, *provisions*, *arrangements*, *limits/limitations*, *rules* and *terms.*



Concord

File Edit View Compute Settings Window Help

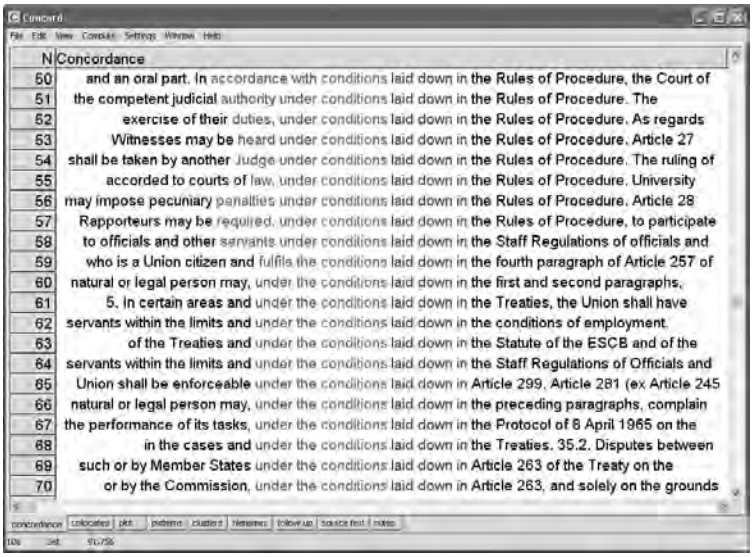
N	Cluster	Freq.
1	IN ACCORDANCE WITH THE PROCEDURE	11
2	ACCORDANCE WITH THE PROCEDURE LAID DOWN IN	11
3	WITH THE PROCEDURE LAID DOWN IN ARTICLE	10
4	UNDER THE CONDITIONS LAID DOWN IN THE	10
5	AND UNDER THE CONDITIONS LAID DOWN IN	6
6	WITH THE CONDITIONS LAID DOWN IN THE	5

concordance collocates plot patterns clusters filenames follow up

108 Set

Table 11. Five-word clusters around *laid down in*

The cluster is also found in the close proximity of the adverb *as* to the left, and *in* to the right, to create the extended unit of meaning *as laid down in the Treaties*, which appears to be as frequent as *under the conditions laid down in the Treaties* and *with the conditions laid down in the Treaties*.



N	Concordance
50	and an oral part. In accordance with conditions laid down in the Rules of Procedure, the Court of
51	the competent judicial authority under conditions laid down in the Rules of Procedure. The
52	exercise of their duties, under conditions laid down in the Rules of Procedure. As regards
53	Witnesses may be heard under conditions laid down in the Rules of Procedure. Article 27
54	shall be taken by another Judge under conditions laid down in the Rules of Procedure. The ruling of
55	accorded to courts of law, under conditions laid down in the Rules of Procedure. University
56	may impose pecuniary penalties under conditions laid down in the Rules of Procedure. Article 28
57	Rapporteurs may be required, under conditions laid down in the Rules of Procedure, to participate
58	to officials and other servants under conditions laid down in the Staff Regulations of officials and
59	who is a Union citizen and fulfils the conditions laid down in the fourth paragraph of Article 257 of
60	natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs,
61	5. In certain areas and under the conditions laid down in the Treaties, the Union shall have
62	servants within the limits and under the conditions laid down in the conditions of employment,
63	of the Treaties and under the conditions laid down in the Statute of the ESCB and of the
64	servants within the limits and under the conditions laid down in the Staff Regulations of Officials and
65	Union shall be enforceable under the conditions laid down in Article 299, Article 281 (ex Article 245
66	natural or legal person may, under the conditions laid down in the preceding paragraphs, complain
67	the performance of its tasks, under the conditions laid down in the Protocol of 8 April 1965 on the
68	in the cases and under the conditions laid down in the Treaties. 35.2. Disputes between
69	such or by Member States under the conditions laid down in Article 263 of the Treaty on the
70	or by the Commission, under the conditions laid down in Article 263, and solely on the grounds

Table 12. Concordance lines of *laid down in* (50-70) in the Lisbon Treaty (sorted L1-L2-L3)

It is worth underlining, at this point, that the several English matches found for *di cui in*, *previsti/e*, *enunciati/e, contemplate/e* are also rendered with "provided for in", occurring on 76 occasions in the Lisbon Treaty and "set out in", with 70 occurrences. For reasons of space, these clusters will be dealt with elsewhere.

6. The foregoing analysis has attempted to shed light on the idiomaticity of language, both general and specialized language, European legal discourse in the case in point. Sinclair spoke of 80% of idiomaticity in language, and this high percentage appears to apply also to legislative language, where users seem to select from a set of whole pre-constructed and formulaic sequences. The typical European legal clusters have been yielded by referencing the Lisbon Treaty against a corpus of general English, the BNC, and by means of a parallel corpus the Italian counterparts have been provided. As is well known, for all European documents we cannot properly talk of a source language and a target language, in that the intent is to give equal importance to all languages (23 original languages in the Lisbon Treaty), as is clearly stated in Art. 448 of the failed EU Constitution and in Art. 55 of the Lisbon Treaty, ex Article 53 of the Amsterdam Treaty. Thus, according to some scholars[27], in European documents there is no one source text, no one target text, hence no manifest phenomenon of translation. Yet, the 23 versions of the Lisbon Treaty are instrumental for the translator, including words and phrases identified and used by expert translators, lawyers, legal drafters and linguists alike.

Very often, reputable bilingual dictionaries fail to provide the translation of specific terms, let alone of phrases and clusters; this is even more true in European legal discourse, where new terminology is always being created, due to the harmonization of legislation. If it is true that special terminology might aid communication between specialists, when it spills over into the wrong context it can be irritating, alienating, irritating and difficult to translate well[28]. Great caution is here called for, and this is when it is instructive to consult parallel corpora, in order to produce a version that can look and sound as "native-like" as possible.

Abstract

A Linguistic Investigation of the Lisbon Treaty

This investigation is an attempt to show that language is phraseological, both general language and specific language – European legal discourse in the case in point – and that text is nothing but phraseology of one kind of another. Individual words are yielded and then the clusters that these individual words create are looked at. Finally key-clusters are extracted, referencing the Lisbon Treaty against a corpus of general English (the British National Corpus was chosen as a reference corpus), thus arriving at what is the typical phraseology of European legal discourse. The importance of parallel corpora is also highlighted, providing a range of possible translation equivalents already verified by actual translation usage.

[27] A. Pym, *The European Union and its Future Languages. Questions for Language Policies and Translation Theories*, in *Across Languages and Cultures*, 2000, n. 1/1, p. 1 ss.

[28] E. Wagner, *op. cit.*

Convegni e Dibattiti

L'allargamento dell'Unione europea all'area balcanica

(Università degli studi di Udine, 3 luglio 2009)

Alessandra Lang

La politica di allargamento dell'Unione europea

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La base giuridica per l'ammissione di nuovi membri e le modifiche ad essa apportate in relazione a) alle condizioni che lo Stato richiedente deve soddisfare, b) al ruolo delle istituzioni e c) al trattato di adesione. – 3. La procedura di adesione nella prassi. – 4. La politica di allargamento. – 5. Il ruolo degli Stati membri e la minaccia del veto. – 6. Conclusioni.

1. L'Unione europea conta oggi ventisette Stati membri e in prospettiva futura altri Paesi aderiranno. Quelli che possiedono una prospettiva di adesione, sia perché hanno presentato apposita domanda, sia in quanto l'Unione stessa li considera come potenziali candidati, sono oggi parte del c.d. processo di allargamento, che può considerasi come una politica dell'Unione.

A ventisette Stati membri l'Unione è arrivata per allargamenti successivi: ai sei Stati membri originari (Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi), si sono in seguito aggiunti Danimarca, Irlanda e Regno Unito (1973), Grecia (1981), Portogallo e Spagna (1986), Austria, Finlandia e Svezia (1995), Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia e Ungheria (2004), Bulgaria e Romania (2007). Domanda di adesione hanno invece presentato Turchia (1987), Croazia (2003), ex Repubblica iugoslava di Macedonia (2004), Montenegro (2008), Albania (2009), Islanda (2009), Serbia (2009). Bosnia-Erzegovina e Kosovo sono considerati parti del processo di allargamento, sin dal Consiglio europeo di Salonicco del 2003, che affermò in modo inequivocabile che il futuro dei Balcani occidentali è nell'Unione.

Benché il Trattato adoperi l'espressione "ammissione" (con riferimento alle "condizioni per l'ammissione"), si usa designare il fenomeno appena descritto ora come allargamento ora come adesione. Mentre il primo termine mette l'accento sull'effetto che l'acquisto di un nuovo membro produce sull'Unione (che è "allargata" a nuovi membri), il secondo enfatizza la posizione del nuovo membro, che aderendo all'Unione ne diviene membro. Anche l'espressione "politica di allargamento" è assai spesso usata, per designare l'insieme delle azioni che l'Unione pone in essere per preparare (nel senso che si vedrà oltre) lo Stato terzo a partecipare a pieno titolo all'Unione, una volta che l'adesione sia completata.

2. Sin dalla versione originaria, i Trattati istitutivi delle Comunità europee contenevano una disposizione per permettere l'adesione di altri Stati. La stessa Dichiarazione di Schuman del 9 maggio 1950, che si può a buon diritto considerare come l'avvio della costruzione comunitaria, offriva a tutti gli Stati europei interessati la prospettiva di partecipare, prima o dopo, alle forme di cooperazione che sarebbero state concordate. Benché le procedure delineate dai tre Trattati fossero parzialmente diverse[1], in realtà sin dalle prime adesioni fu seguita la procedura propria del Trattato CEE (e CEEA). In teoria, la (relativa) separazione delle tre Comunità avrebbe permesso l'adesione selettiva alle Comunità; tuttavia, la condivisione delle istituzioni, prima limitata all'Assemblea e alla Corte di giustizia, poi estesa alla Commissione e al Consiglio dal Trattato c.d. sulla fusione degli esecutivi (1965), hanno reso indispensabile l'adesione contemporanea alle tre Comunità. La procedura del Trattato CEE ha finito, così, per costituire il quadro giuridico di riferimento. La prassi è stata poi codificata con il Trattato di Maastricht, che ha spostato tra le disposizioni comuni la norma sull'adesione, nella formulazione del Trattato CEE.

La base giuridica dell'adesione di uno Stato terzo all'Unione è ora costituita dall'art. 49 TUE.

Benché la disposizione sia stata più volte modificata nel corso del tempo e sempre in modo da codificare la prassi, la sua formulazione attuale non riflette, se non in minima parte, la procedura di adesione né la politica di allargamento come si sono andate delineando nel corso degli anni. Si può forse dire che la disposizione del Trattato regola l'adesione (cioè la partecipazione di nuovi Stati), non l'allargamento (l'insieme delle azioni dell'Unione intese a rendere possibile l'adesione).

Per esaminare le modifiche apportate all'articolo del Trattato sull'adesione (art. 237 TCEE, art. 49 TUE, come modificato da ultimo dal Trattato di Lisbona), è utile trattare separatamente i tre profili che la disposizione contempla: le condizioni che lo Stato terzo deve soddisfare per aderire, la decisione delle istituzioni e il relativo equilibrio tra le stesse, e l'accordo di adesione.

a) Nella versione originaria, l'art. 237 si limitava a stabilire che potesse presentare domanda per diventare membro "ogni Stato europeo".

L'aggettivo "europeo" esprimeva l'unico requisito, sicuramente connesso alla dimensione regionale dell'integrazione europea. Ma che "europeo" fosse un termine che non designa solo un'appartenenza geografica fu evidente sin dal 1962, quando la domanda di adesione della Spagna fu respinta perché, in quanto Stato non democratico, non poteva essere considerato uno Stato europeo. Non esiste però una definizione comunemente accettata di "Stato europeo"[2], e proprio questa incertezza rende ambigua la politica di allargamento, perché i suoi destinatari non sono definibili a priori.

---

[1] L'art. 98 del Trattato CECA prevedeva che il Consiglio dovesse determinare all'unanimità le condizioni dell'ammissione, che avrebbe prodotto effetto con l'approvazione dello Stato richiedente. Come si vedrà meglio nel prosieguo, i Trattati CEE e CEEA stabilivano che le condizioni per l'ammissione dovessero costituire oggetto di un accordo negoziato dagli Stati e da essi ratificato.

[2] Solo la Commissione europea ha condotto una riflessione sul punto, affermando che quella di Europa è una nozione non solo geografica, ma anche storica e culturale, che si fonda su valori condivisi: cfr. Commissione europea, *L'Europa e le sfide dell'ampliamento*, in *Boll. CE*, 1992, suppl. 3, p. 11. Essa ha in seguito ribadito la propria posizione, specificando che l'aggettivo "europea" che connota l'Unione, "ingloba una serie di fattori – geografici, storici e culturali – che contribuiscono tutti insieme alla costruzione dell'identità europea. La condivisione di idee e di valori e l'esperienza comune di inte-

È solo con il Trattato di Amsterdam che è aggiunta la precisazione che lo Stato europeo deve pure rispettare "i principi sanciti nell'articolo 6, paragrafo 1". Tale disposizione individua i principi sui quali l'Unione è fondata: "libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto", che lo Stato aderente deve rispettare, perché sono principi comuni agli Stati membri. L'aggiunta rispecchia una evoluzione che l'Unione ha intrapreso nel corso degli anni e che è in buona parte determinata dalle questioni emerse in occasione dei diversi allargamenti.

L'impegno al rispetto dei diritti fondamentali della persona è assunto dalle istituzioni politiche sin dalla Dichiarazione comune del 1977[3] (e già la Corte di giustizia aveva riconosciuto che i diritti umani sono parte dell'ordinamento comunitario); il rispetto della democrazia come condizione per la partecipazione alle Comunità è affermata dal Consiglio europeo di Copenaghen del 1978[4], in occasione della decisione sull'elezione a suffragio universale diretto del Parlamento europeo. Nei pareri sulle domande di adesione di Grecia, Portogallo e Spagna, la Commissione sottolineò l'importanza della restaurazione democratica dei Paesi come acquisizione preliminare all'adesione. È però con il Consiglio europeo di Copenaghen del 1993 che vengono formalizzate le condizioni di adesione[5], cioè i tre criteri alla luce dei quali gli Stati che avrebbero presentato domanda di adesione sarebbero stati esaminati: il criterio politico si riferisce alla "presenza di istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, il primato del diritto, i diritti umani, il rispetto delle minoranze e la loro protezione". In confronto ai principi che saranno codificati all'art. 6, par. 1 TUE (disposizione che, si ricorda, è stata aggiunta dal Trattato di Amsterdam), colpisce la presenza del rispetto delle minoranze, che trova la sua giustificazione nella circostanza che i Paesi dell'Europa centro-orientale, pensando ai quali i criteri furono elaborati, ospitano – più che gli Stati allora membri – importanti gruppi minoritari, il cui (cattivo) trattamento potrebbe costituire un fattore di instabilità regionale, perché potrebbe compromettere le relazioni con i Paesi di origine di tali gruppi. Il Trattato di Lisbona arricchisce i valori dell'Unione, che comprendono ora anche i diritti delle minoranze, contribuendo così a ridurre la differenza tra i principi al cui rispetto gli Stati già membri e gli Stati aderenti sono tenuti. Inoltre, nella nuova versione dell'art. 49 TUE si precisa che lo Stato richiedente, oltre a rispettare i valori comuni, deve impegnarsi a promuoverli.

Il già ricordato Consiglio europeo di Copenaghen indicava altri criteri, in aggiunta a quello politico appena analizzato, alla luce dei quali valutare le domande. Più precisamente,

---

razione storica non possono essere condensate in una semplice formula eterna e immutabile, ma vengono invece sottoposte alla disamina di ogni nuova generazione"; cfr. la comunicazione della Commissione, dell'8 novembre 2006, "Strategia di allargamento e sfide principali per il periodo 2006-2007 comprendente una relazione speciale sulla capacità dell'Unione europea di accogliere nuovi Stati membri", COM(2006)649 def.

3 Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, 5 aprile 1977, *GUCE* C 103, 27 aprile 1977, p. 1.

4 Cfr. la dichiarazione del Consiglio europeo di Copenaghen del 7-8 aprile 1978, secondo la quale "il rispetto e il mantenimento della democrazia rappresentativa e dei diritti dell'uomo in ciascuno degli Stati membri sono elementi essenziali di una partecipazione alla Comunità europea" (*Boll. CE*, 1978, n. 3, p. 6).

5 Cfr. le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Copenaghen del 21 e 22 giugno 1993, in *Boll. CE*, 1993, n. 6, p. 12 ss. I c.d. criteri di Copenaghen sono stati in seguito definiti in modo più preciso dalla Commissione (incaricata di monitorarne l'attuazione negli Stati candidati), nella comunicazione denominata *Agenda 2000*, in *Boll. CE*, 1997, suppl. 5.

si tratta del criterio economico ("esistenza di un'economia di mercato vitale nonché la capacità di far fronte alla pressione concorrenziale e alle forze del mercato all'interno dell'Unione europea") e del criterio dell'*acquis* comunitario ("capacità di rispettare i propri obblighi, in particolare di approvare gli obiettivi dell'Unione politica, economica e monetaria"). Il primo è stato elaborato con riferimento ai Paesi dell'Europa centro-orientale, che non avevano una struttura economica compatibile con quella degli Stati già membri, provenendo da esperienze di economia pianificata. Il secondo costituisce esplicazione di una esigenza resa manifesta sin dall'adesione del Regno Unito, che aveva cercato di accompagnare la propria partecipazione ad una modifica degli obiettivi dell'Organizzazione stessa[6].

I due criteri appena ricordati non sono espressamente inseriti nel testo del Trattato, ma la novella di Lisbona comporta l'aggiunta della frase seguente: "Si tiene conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo". In questo modo si iscrive nel diritto primario la prassi, pur consentendo al Consiglio europeo stesso di modificare i criteri: la disposizione, infatti, non codifica particolari criteri di ammissibilità, ma si limita a precisare che spetta al Consiglio europeo definirli.

Un quarto criterio il Consiglio europeo di Copenaghen pone a carico dell'Unione: la capacità di assorbimento dei candidati[7]. Inizialmente trascurato, e la sua portata non del tutto chiarita, questo criterio ha assunto via via maggiore importanza. Solo nel 2006 la Commissione su sollecitazione del Consiglio europeo, ha predisposto una comunicazione sul tema[8].

L'analisi della prassi delle organizzazioni internazionali mette in luce come l'ammissione di nuovi membri sia di regola valutata dagli Stati già membri in base al vantaggio che essa porta all'organizzazione e al perseguimento dei fini statutari[9]. Nell'Unione, soprattutto in relazione all'allargamento ad est, prima per i Paesi dell'Europea centro-orientale, poi per i Balcani, l'attenzione è apparsa concentrarsi più sui vantaggi che avrebbe portato al nuovo membro che su quello per l'Organizzazione che beneficia di riflesso del clima di accresciuta sicurezza regionale. Il richiamo, contenuto delle conclusioni del Consiglio europeo di Copenaghen, alla capacità di assorbimento dell'Unione stessa, può essere inteso come espressione della volontà di ribadire che la natura tradizionale dell'ammissione di nuovi membri non andava dimenticata.

Indipendentemente dal significato che si voglia dare al criterio della capacità di assorbimento, il legame tra allargamento e riforme istituzionali dell'Unione è apparso piuttosto evidente. Sin dalle prime adesioni, si è consolidata la prassi per cui il nuovo membro accetta l'integralità degli obblighi comunitari e gli "adattamenti" al Trattato istitutivo resi necessari dall'adesione si limitano agli aggiustamenti necessari per permettere la partecipazione dei nuovi membri alle istituzioni, a condizioni di parità con i membri già esistenti. Così, si è reso necessario definire il numero dei parlamentari che il nuovo Stato avrebbe eletto, modificare le quote del voto ponderato in seno al Consiglio, aumentare i membri della Commissione o degli altri organi e istituzioni.

---

6 Cfr. *Boll. CE*, 1972, suppl. 1, p. 18.

7 "La capacità dell'Unione di assorbire nuovi membri, mantenendo nello stesso tempo inalterato il ritmo dell'integrazione europea, riveste parimenti grande importanza, nell'interesse generale dell'Unione e dei paesi candidati".

8 Cfr. COM(2006)649, cit. Sulla nozione, cfr. Y. Petit, *Quelques réflexions sur la capacité d'integration de l'Union européenne*, in *RMCUE*, 2007, p. 153 ss.

9 Cfr. H. Schermers, N. Blokker, *International Institutional Law*, Boston, 2003, IV ed., p. 78 ss.

Una struttura istituzionale nata per una Unione di sei Stati è stata progressivamente adattata a ventisette. Il Trattato di Maastricht, che ha apportato le modifiche più significative all'Unione, non ha inciso sulle istituzioni. Una conferenza di revisione era già prevista dal Trattato stesso per il 1996, in base all'art. N, par. 2, TUE, e fu investita di nuovo significato dopo il Consiglio europeo di Copenaghen. Tuttavia, nessun risultato di rilievo fu ottenuto, ma un Protocollo allegato al Trattato prevedeva che una nuova conferenza intergovernativa (CIG) sarebbe stata convocata "almeno un anno prima che il numero degli Stati membri dell'Unione sia superiore a venti, (…) allo scopo di procedere ad un riesame globale delle disposizioni dei trattati concernenti la composizione e il funzionamento delle istituzioni". Così si addivenne al Trattato di Nizza, il cui legame con l'allargamento è evidente sin dal preambolo, in cui le parti contraenti si dicono "desideros[e] di completare il processo avviato dal Trattato di Amsterdam, volto a preparare il funzionamento delle istituzioni dell'Unione europea in un'Unione allargata" e "determinat[e] a portare avanti, su tale base, i negoziati di adesione per giungere ad una conclusione positiva"[10]. Un Protocollo e una Dichiarazione erano dedicati all'allargamento dell'Unione europea e determinavano il numero di parlamentari che gli Stati già membri e i nuovi membri avrebbero eletto nel 2004 e la ponderazione dei voti che sarebbe stata applicata per calcolare la maggioranza qualificata in seno al Consiglio. Mentre il Protocollo riguardava solo le modifiche relative agli Stati già membri, la Dichiarazione costituiva la posizione comune degli Stati membri nel negoziato di adesione. In particolare, erano indicati quanti membri del Parlamento europeo sarebbero stati assegnati ad ogni Stato di nuova adesione e quanti voti ciascuno avrebbe avuto in seno al Consiglio. La Dichiarazione, però, riguardava solo gli Stati con cui i negoziati erano allora già avviati, e non contemplava alcun criterio in base al quale prendere in considerazione la partecipazione alle istituzioni dei futuri – ma prevedibili: la Turchia innanzitutto – candidati.

Da ultimo, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è intesa come una necessaria condizione per proseguire sulla strada dell'allargamento, benché il quadro istituzionale che ne emerge non sembri in grado di reggere senza contraccolpi la partecipazione di ulteriori membri[11].

Un secondo aspetto sotteso al criterio della capacità di assorbimento riguarda l'impegno finanziario cui saranno tenuti e di cui beneficeranno i nuovi membri. Il quadro finanziario, cioè l'ammontare delle risorse dell'Unione e le scelte circa la loro ripartizione e il loro utilizzo, è definito ogni sette anni dagli Stati, finora al di fuori dell'ambito propriamente istituzionale. Le decisioni sono prese anche tenendo conto degli impegni dei nuovi membri e dei versamenti a loro favore. Il legame tra prospettive finanziarie e allargamento è chiaramente individuato nella decisione del Consiglio europeo del 16 e 17 dicembre 2004 sui principi relativi ai negoziati di adesione. Dopo aver ribadito che gli aspetti finanziari dell'adesione sono esaminati nel quadro della determinazione settennale delle finanze dell'Unione, aggiunge che "i negoziati di adesione da aprire con i Paesi candidati la cui adesione potrebbe avere notevoli ripercussioni finanziarie potranno essere conclusi solo dopo l'istituzione del

[10] Per una riflessione sul tema, cfr. F. Dehousse, *Le Traité de Nice: un tournant fondamental dans l'histoire de l'intégration européenne*, in *J. trib.*, 2001, p. 409 ss.; B. Nascimbene, *Il Trattato di Nizza e l'allargamento della UE*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 5 ss.

[11] Un problema è la Turchia, non foss'altro per la popolazione (in prospettiva destinata a superare quella dello Stato più popoloso); ma anche in relazione ai Paesi balcanici si fa notare che il processo di frammentazione che investe l'area (si pensi alla secessione del Montenegro e del Kosovo) porterà all'aumento dei micro Stati in seno all'Unione.

quadro finanziario per il periodo a decorrere dal 2014, unitamente a eventuali riforme finanziarie conseguenti"[12].

b) Quanto al ruolo delle istituzioni nella procedura di adesione, il Trattato si limitava, nella versione originaria, a stabilire che il Consiglio si pronunciava all'unanimità sulla domanda, dopo aver chiesto il parere della Commissione. Il ruolo di queste due istituzioni non è stato modificato, ma con l'Atto Unico europeo si è previsto l'intervento del Parlamento, che deve rendere un parere conforme. Il Trattato di Lisbona uniforma il linguaggio e parla di approvazione del Parlamento, ma la sostanza non cambia. Appare significativo che l'ampliamento dei poteri del Parlamento nell'ambito del funzionamento della Comunità che ha avuto inizio con l'Atto unico europeo sia proprio partito dalla procedura di adesione, a indicazione dell'importanza politica che l'ammissione di nuovi membri presenta.

c) Infine, l'adesione si perfeziona con l'entrata in vigore del Trattato di adesione, concluso tra gli Stati membri e il Paese richiedente e da ciascuno ratificato, secondo le rispettive norme costituzionali. La disposizione non è stata mai oggetto di modifica (sul contenuto dell'accordo e sulla sua negoziazione si veda oltre).

3. La lettera del Trattato è ampiamente insufficiente per descrivere il processo di adesione e la politica di allargamento, che si sono invece sviluppate tra le pieghe del diritto positivo e in modo da rispondere alle esigenze che la prassi rivelava. Il ruolo della Commissione, del Consiglio europeo e degli Stati membri si può comprendere appieno solo considerandone l'evoluzione in prospettiva storica. Può essere allora utile ripercorrere la procedura di adesione dal suo avvio, per mettere in luce il ruolo delle istituzioni e degli Stati, per poi considerare la politica di allargamento.

La presentazione della domanda di adesione da parte dello Stato terzo è il momento iniziale della procedura di adesione, ma non necessariamente della politica di allargamento. Infatti, a partire dalla già citata decisione del Consiglio europeo di Salonicco di considerare i Balcani come candidati potenziali, la politica di allargamento è andata acquisendo progressivamente un carattere di autonomia, per coinvolgere tutti i Paesi balcanici, che abbiano presentato la domanda di adesione, o che ancora non l'abbiano fatto (c.d. potenziali candidati). Rimangono comunque delle differenze, che saranno messe in luce più oltre.

Il Consiglio riceve la domanda[13] e incarica[14] la Commissione di preparare il parere sul rispetto dei criteri di Copenaghen da parte dello Stato richiedente. A questo fine, la

---

[12] L'unico Paese la cui adesione potrebbe avere "notevoli ripercussioni finanziarie" è la Turchia (dal momento che gli altri candidati o potenziali candidati, in quando Paesi piccoli, produrranno più limitati effetti sulle finanze). Di conseguenza, la formula del Consiglio europeo sembra indicare che, in ogni caso, dell'adesione della Turchia non si potrà parlare prima di aver definito il quadro finanziario per il periodo 2014-2020. Ciò è confermato dal quadro negoziale per la Turchia elaborato dalla Commissione nel 2005.

[13] Il Trattato di Lisbona stabilisce che della domanda siano informati anche il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali. Benché non sia specificato, si può presumere che questo compito spetti al Consiglio che riceve la domanda. Anzi, il regolamento interno del Parlamento (versione del luglio 2009, art. 89), stabilisce che la domanda di adesione sia "deferita per l'esame alla commissione competente" (e ciò presuppone che della domanda il Parlamento sia informato). Inoltre, il Parlamento può chiedere "alla Commissione o al Consiglio di partecipare a una discussione prima che inizino i negoziati con lo Stato candidato" e può indirizzare raccomandazioni, con la stessa maggioranza richiesta per il parere conforme, alle altre istituzioni per orientare i negoziati.

[14] L'invito alla Commissione a preparare il parere è una decisione espressa del Consiglio, che può intervenire anche un certo tempo dopo la ricezione della richiesta di adesione, se motivi di opportunità

Commissione predispone un questionario molto articolato da sottoporre allo Stato richiedente, che le permetterà di disporre di elementi di valutazione. Se il parere è positivo, il Consiglio europeo attribuisce lo *status* di candidato.

Tra l'attribuzione dello *status* di candidato e l'apertura dei negoziati può di nuovo trascorrere un periodo di tempo più o meno lungo, perché, in base alle conclusioni del Consiglio europeo di Lussemburgo del 1997, il rispetto del criterio politico è condizione per l'avvio dei negoziati[15].

La decisione è assunta dal Consiglio, su proposta della Commissione, che effettua uno *screening* della legislazione dello Stato richiedente per valutarne il grado di adeguatezza all'*acquis* e la necessità di concordare dei periodi transitori.

Il Consiglio europeo del 16 e 17 dicembre 2004 ha definito dei principi per la conduzione dei negoziati (quadro negoziale), ispirati alla precedente esperienza, che dovrebbero essere di applicazione generale e validi per tutti i futuri negoziati di adesione. L'intero *acquis* è suddiviso in capitoli[16] in modo da concentrare i negoziati, che si svolgono nell'ambito di una conferenza intergovernativa, su questioni omogenee. Per ogni capitolo è predisposto un mandato negoziale, approvato dal Consiglio all'unanimità su proposta della Commissione, che stabilisce i parametri per l'apertura e la chiusura del negoziato. Il quadro negoziale precisa che "a seconda del capitolo in questione, questi parametri si riferiranno all'allineamento legislativo e a risultati soddisfacenti in termini di applicazione dell'*acquis* nonché agli obblighi derivanti dalle relazioni contrattuali con l'Unione europea". La chiusura definitiva è possibile solo quando tutti i capitoli negoziali sono stati provvisoriamente chiusi. Nella prassi, i negoziati partono dai capitoli giudicati più semplici e meno sensibili, per concludersi con quelli più delicati come il capitolo "Istituzioni".

Secondo il quadro negoziale, i negoziati possono essere sospesi: "Qualora esista una violazione grave e persistente da parte di un Paese candidato dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto su cui si fonda l'Unione, la Commissione, di sua iniziativa o su richiesta di un terzo degli Stati mem-

---

lo suggeriscono. In relazione alla domanda dell'Albania, il Consiglio ha deciso in questo senso solo nel mese di novembre del 2009, in quanto ha ritenuto necessario attendere il completamento della procedura elettorale nel Paese (le elezioni hanno avuto luogo in giugno), la cui conduzione aveva sollevato le critiche degli osservatori internazionali.

15 Cfr. conclusioni del Consiglio europeo di Lussemburgo del 12-13 dicembre 1997, in *Boll. UE*, 1997, n. 12, p. 11, punto 25. L'apertura del negoziato di adesione con la Croazia è stata ritardata per l'asserita mancanza di collaborazione del Paese con il Tribunale penale per la ex Iugoslavia: sulla vicenda, si permette di rinviare a A. Lang, *Le procedure per l'allargamento dell'Unione europea: primo semestre 2005*, in *DPCE*, 2005, p. 1078 ss.

16 Nel corso dell'ultimo allargamento (quello che ha coinvolto i Paesi dell'Europa centro-orientale), i capitoli erano 31. Il negoziato attualmente in corso è articolato su 35 capitoli: 1. Libera circolazione delle merci; 2. Libera circolazione dei lavoratori; 3. Diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi; 4. Libera circolazione dei capitali; 5. Appalti pubblici; 6. Diritto societario; 7. Proprietà intellettuale; 8. Politica della concorrenza; 9. Servizi finanziari; 10. Società dell'informazione e media; 11. Agricoltura; 12. Sicurezza alimentare, politica veterinaria e fitosanitaria; 13. Pesca; 14. Politica dei trasporti; 15. Energia; 16. Fiscalità; 17. Politica economica e monetaria; 18. Statistiche; 19. Politica sociale e occupazione; 20. Imprese e politica industriale; 21. Reti transeuropee; 22. Politica regionale e coordinamento degli strumenti strutturali; 23. Giustizia e diritti fondamentali; 24. Giustizia e affari interni; 25. Ricerca e sviluppo; 26. Istruzione e cultura; 27. Ambiente; 28. Tutela della salute e dei consumatori; 29. Unione doganale; 30. Relazioni esterne; 31. Politica estera; di sicurezza e di difesa; 32. Controllo finanziario; 33. Disposizioni finanziarie e di bilancio; 34. Istituzioni; 35. Altro.

bri, raccomanderà di sospendere i negoziati e proporrà le condizioni per la loro eventuale ripresa. Il Consiglio deliberando a maggioranza qualificata su tale raccomandazione, dopo aver ascoltato il Paese candidato, deciderà se sospendere i negoziati e le condizioni per la loro ripresa. Gli Stati membri agiranno nell'ambito della CIG conformemente alla decisione del Consiglio, fatto salvo l'obbligo generale di unanimità in seno alla CIG. Il Parlamento europeo sarà informato".

I requisiti sostanziali (violazione grave e persistente dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto su cui si fonda l'Unione) sono analoghi a quelli che l'art. 7 TUE (nella versione precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) pone per la sospensione dei diritti derivanti dalla partecipazione all'Unione. Pertanto, la comunicazione interpretativa elaborata dalla Commissione in relazione all'art. 7 TUE[17], potrebbe costituire un punto di riferimento anche in caso di sospensione dei negoziati di adesione. I requisiti procedurali (raccomandazione della Commissione, di sua iniziativa o su richiesta di un terzo degli Stati membri, deliberazione del Consiglio a maggioranza qualificata, dopo aver ascoltato lo Stato candidato; informazione del Parlamento europeo), al contrario, sono più agili rispetto alla procedura di cui all'art. 7 TUE e il ruolo del Parlamento europeo è decisamente sacrificato. È apprezzabile però che si sia evitato di lasciare la richiesta ad un solo Stato, per scongiurare il rischio di uso strumentale della procedura.

Tale procedura non è mai stata applicata. Tuttavia, agli Stati non manca la possibilità di rallentare i negoziati fino a sospenderli di fatto, semplicemente non decidendo l'apertura dei negoziati in relazione ad uno o più capitoli. Gli Stati hanno effettivamente esercitato il potere (o la minaccia) di veto. Sull'uso politico del veto si tornerà oltre; in questa sede merita ricordare la decisione del Consiglio di non aprire i negoziati con la Turchia su otto capitoli, come ritorsione alla asserita violazione degli obblighi assunti con l'Accordo di associazione del 1964.

A seguito dell'adesione del 2004 era stato negoziato un Protocollo per rendere applicabile l'Accordo di associazione con la Turchia ai nuovi Stati membri[18], tra i quali Cipro che la Turchia non riconosce. La Turchia ha affermato che l'entrata in vigore del Protocollo non avrebbe prodotto l'effetto di rendere i suoi porti e aeroporti accessibili a navi e aeromobili provenienti dalla parte sud dell'isola, proprio in assenza di una normalizzazione dei rapporti con Cipro, poiché si tratterebbe di prestazioni di servizi non coperte dall'accordo che riguarda solo lo scambio di merci. La Commissione, al contrario, aveva sostenuto che i servizi strumentali alla circolazione delle merci, quale deve essere considerato il trasporto di merci via mare o via aria, sono compresi nell'ambito di applicazione dell'Accordo. Dopo aver messo in guardia la Turchia circa gli effetti che la mancata applicazione integrale dell'Accordo avrebbe potuto produrre sulla prosecuzione dei negoziati[19], il Consiglio, su raccomandazione della Commissione, decise che non sarebbero stati aperti i negoziati sui capitoli che riguardano aspetti collegati alla controversia, anche se questa decisione non

[17] Cfr. COM(2003)606 def., del 15 ottobre 2003.

[18] Il Protocollo all'Accordo di Ankara è stato concluso con uno scambio di lettere il 29 luglio 2005, *GUUE* L 254, 30 settembre 2005, p. 58 ss.

[19] Già in un comunicato stampa del settembre 2005, la Comunità e gli Stati membri deploravano la scelta della Turchia e ribadivano che il Protocollo avrebbe dovuto essere "attuato integralmente e in maniera non discriminatoria", eliminando "tutti gli ostacoli alla libera circolazione delle merci, comprese le restrizioni sui mezzi di trasporto". La mancata attuazione integrale del Protocollo avrebbe potuto ripercuotersi sull'andamento dei negoziati (par. 3 della dichiarazione, doc. 12541/05).

avrebbe ostacolato l'apertura e la chiusura provvisoria di altri capitoli[20]. Contestualmente era affidato alla Commissione il compito di monitorare e riferire sui progressi.

Al termine dei negoziati, la cui fine è dichiarata dal Consiglio europeo, viene redatto l'accordo di adesione (composto dal trattato di adesione e dall'atto di adesione), che modifica i Trattati istitutivi per rendere possibile la partecipazione del nuovo membro e contiene i periodi transitori, che ritardano l'applicazione integrale dell'*acquis*, e le clausole di salvaguardia, per tutelare i Paesi già membri da effetti pregiudizievoli imprevisti. Tra la conclusione e la firma dell'accordo di adesione, il Parlamento rende il parere conforme, il cui oggetto è l'idoneità del candidato a diventare membro[21].

L'entrata in vigore dell'accordo segna il momento in cui lo Stato da candidato diventa membro. L'intero *acquis* comunitario è vincolante per il nuovo membro sin dal momento dell'adesione, salvi i periodi transitori che siano stati concordati. Alla Commissione spetta vigilare e, se necessario, ricorrere alle clausole di salvaguardia previste. Il quadro negoziale deciso dal Consiglio europeo del 2004 ha introdotto una previsione che potrebbe segnare un elemento di discontinuità rispetto alla prassi finora sviluppata. Si prevede infatti che possano essere contemplate nell'accordo di adesione anche "clausole di salvaguardia permanenti, ossia clausole permanentemente disponibili come base per misure di salvaguardia". In questo modo si contraddirebbe il principio consolidato secondo il quale, al termine del periodo transitorio, il nuovo membro ha gli stessi diritti ed obblighi degli altri Stati.

Questa breve e sommaria descrizione della procedura di adesione ha messo in luce il ruolo della Commissione e del Consiglio europeo. La prima ha il compito di effettuare il monitoraggio e svolge opera di preparazione dei negoziati. Il Consiglio europeo da l'avallo politico ad ogni fase della procedura: l'attribuzione dello *status* di candidato, l'avvio e la conclusione dei negoziati, nonché, più in generale, definisce le prospettive dell'allargamento.

4. In parallelo al procedimento di adesione si dispiega la politica di allargamento. Possiamo definire "politica di allargamento" l'insieme delle misure che le istituzioni comunitarie adottano per assistere lo Stato candidato nell'attuazione del diritto comunitario e nella predisposizione delle modifiche – costituzionali, legislative e amministrative – necessarie per consentirgli di applicare l'*acquis* dal momento dell'adesione. La politica di allargamento si è consolidata a partire dall'allargamento ai Paesi dell'Europa centro-orientale[22]. Si concreta in una serie di strumenti bilaterali e unilaterali, volti a modificare il comportamento dello Stato candidato e ad orientarlo nel senso voluto dall'Unione[23]. Il conferimento dello

---

[20] Sono otto i capitoli la cui apertura è condizionata all'adempimento degli obblighi convenzionali: 1. Libera circolazione delle merci; 3. Diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi; 9. Servizi finanziari; 11. Agricoltura e sviluppo rurale; 13. Pesca; 14. Politica dei trasporti; 29. Unione doganale; 30. Relazioni esterne. Cfr. Consiglio Affari generali dell'11 dicembre 2006, Comunicato stampa, doc 16289/06, p. 8 s. Il Consiglio europeo ha approvato la decisione del Consiglio: cfr. conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 2006, par. 10.

[21] In base all'art. 89, par. 6, del suo regolamento interno, cit.: "Il Parlamento esprime il suo parere conforme in merito alla richiesta di uno Stato europeo di diventare membro dell'Unione europea decidendo alla maggioranza dei voti dei deputati che lo compongono, sulla base di una relazione della commissione competente".

[22] Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Essen, in *Boll. UE*, 1994, n. 12, p. 22 ss.

[23] La Commissione è esplicita nel sottolineare come la prospettiva dell'adesione costituisca un potente incentivo alle riforme istituzionali essenziali per assicurare la stabilità in Europa, ma come questo

status di candidato, o ancor prima l'attribuzione unilaterale della condizione di candidato potenziale, giustificano una interferenza anche assai profonda dell'Unione negli affari interni degli Stati coinvolti.

Tradizionalmente, lo strumento per preparare lo Stato terzo all'adesione, consentendogli di applicare parte del diritto comunitario e di acquisire familiarità con i meccanismi comunitari, è costituito da un accordo internazionale, solitamente denominato "di associazione". In assenza di una definizione di tale istituto, si richiama spesso il *dictum* della Corte di giustizia nel caso *Demirel*, secondo cui "un accordo di associazione crea vincoli particolari e privilegiati con uno stato terzo il quale deve, almeno in parte, partecipare al regime comunitario"[24].

Gli accordi si sono progressivamente standardizzati, per prendere in considerazione le peculiarità non tanto dei singoli Stati, quanto della regione di appartenenza. Così con i Paesi dell'Europa centro-orientale sono stati conclusi i c.d. Accordi europei, e con i Paesi balcanici gli Accordi di stabilizzazione e associazione[25]. In realtà, non sempre la conclusione dell'accordo di associazione è inteso come una preparazione all'adesione, quanto meno al momento della firma. Se guardiamo in prospettiva storica, contenevano un riferimento all'adesione gli Accordi di associazione con la Grecia[26] e la Turchia[27] conclusi negli anni '60, mentre gli accordi con Malta e Cipro, di poco successivi, nulla disponevano sul punto. Gli accordi bilaterali con i Paesi EFTA, conclusi negli anni '70 non erano qualificabili come istitutivi di un'associazione, ma erano di natura commerciale; la Spagna poi non era legata da alcun accordo. L'Accordo SEE del 1992, che sostituisce i precedenti Accordi bilaterali con i Paesi EFTA, nasce proprio come alternativa all'adesione, anche se molti dei partecipanti sono stati in seguito ammessi all'Unione o hanno presentato una richiesta in tal senso. Anche gli

effetto sia strettamente dipendente dal "mantenimento di una prospettiva politica credibile per una futura integrazione nell'Unione"; cfr. COM(2005)561 def., del 9 novembre 2005, "Documento di strategia del 2005 sull'ampliamento", p. 3.

24 Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 1987, causa 12/86, *Meryem Demirel* c. *Comune di Schwäbisch Gmünd*, *Raccolta*, p. 3719 ss., punto 9.

25 Su tali accordi, cfr. T. Sobieski, *L'Union européenne et les pays des Balkans: le processus de stabilisation et d'association*, in *RMCUE*, 2002, p. 299 ss.; D. Phinnemore, *Stabilisation and Association Agreements: Europe Agreements for the Western Balkans?*, in *EFA Rev.*, 2003, p. 77 ss.; C. Pippan, *The Rocky Road to Europe: The EU's Stabilisation and Association Process for the Western Balkans and the Principle of Conditionality*, *ivi*, 2004, p. 219 ss.; D. Grbac, *Aspetti giuridici dell'apertura commerciale della Comunità europea nei confronti dei Paesi dei Balcani occidentali*, in *Dir. comm. int.*, 2008, p. 377 ss.

26 Nel preambolo dell'Accordo con la Grecia (*GUCE* 26, 8 febbraio 1963, p. 294 ss.) le parti riconoscono "che l'appoggio dato dalla Comunità economica europea agli sforzi del popolo greco diretti ad elevare il suo tenore di vita faciliterà l'adesione della Grecia alla Comunità". L'art. 72 aggiungeva: "Quando il funzionamento dell'accordo di associazione consentirà di prevedere l'accettazione integrale da parte della Grecia degli obblighi derivanti dal Trattato che istituisce la Comunità economica europea, le parti contraenti esamineranno la possibilità di adesione della Grecia alla Comunità".

27 La prospettiva dell'adesione della Turchia era già espressa nell'Accordo di Ankara (*GUCE* 217, 29 dicembre 1964, p. 3687 ss.) e accettata dalla Comunità stessa. Nel preambolo dell'Accordo si legge: "Riconoscendo che l'appoggio dato dalla Comunità Economica Europea agli sforzi del popolo turco diretti ad elevare il suo tenore di vita faciliterà ulteriormente l'adesione della Turchia alla Comunità"; e l'art. 28 stabilisce: "Quando il funzionamento dell'Accordo consentirà di prevedere l'accettazione integrale da parte della Turchia degli obblighi derivanti dal Trattato che istituisce la Comunità, le Parti Contraenti esamineranno la possibilità di adesione della Turchia alla Comunità".

accordi con i Paesi dell'Europa centro-orientale erano in primo tempo intesi come alternativa all'adesione, ma poi furono riorientati verso il nuovo obiettivo delle relazioni tra le parti[28]. Il Consiglio europeo di Copenaghen del 1993 segna la svolta, in quanto affermò che i Paesi associati che lo volevano potevano aderire all'Unione se avessero soddisfatto i criteri contestualmente indicati. Solo gli Accordi di stabilizzazione e associazione nascono con l'obiettivo di preparare i Paesi balcanici all'adesione, anche se non contengono disposizioni così esplicite come gli accordi con la Grecia e la Turchia[29]. Gli accordi sono l'unico strumento consensuale e costituiscono il foro di discussione istituzionalizzato tra le parti.

Le riforme che i candidati devono intraprendere sono costose. L'Unione si incarica di fornire una parte delle risorse finanziarie necessarie. Il primo strumento finanziario rivolto ai Paesi dell'Europa centro-orientale era denominato PHARE, e nacque nel più ampio contesto del sostegno ai Paesi usciti dall'orbita di influenza sovietica. Ad esso si sono affiancati altri strumenti, denominati ISPA e SAPARD, che in tempi più recenti sono stati riorganizzati nello strumento IPA[30]. Le risorse finanziarie sono legate alla realizzazione di una serie di obiettivi, che attengono all'intera struttura del Paese ricevente, e che sono individuati unilateralmente dell'Unione nei c.d. partenariati per l'adesione. Inizialmente previsti per i Paesi dell'Europa centro-orientale, sono poi stati istituzionalizzati anche per i Paesi balcanici[31]. Il carattere estremamente analitico e puntuale delle riforme richieste e delle scadenze previste costituisce una notevole ingerenza dell'Unione negli affari interni degli Stati coinvolti nella politica di allargamento.

Per consentire una migliore integrazione dei candidati, è anche prevista la loro partecipazione ai programmi e alle agenzie comunitarie, resa possibile attraverso accordi internazionali. I Paesi balcanici sono inoltre coinvolti nel dialogo sui visti, inteso a superare la circostanza che ai cittadini di tali Paesi è imposto l'obbligo di visto, anche per soggiorni di breve periodo. Accordi di esenzione dei visti o di agevolazione sono stati conclusi o sono in

---

[28] Sul punto, cfr. in particolare K. Inglis, *The Europe Agreements Compared in the Light of Their Pre-Accession Reorientation*, in *CML Rev.*, 2000, p. 1173 ss. Gli accordi europei contenevano solo un riferimento alla partecipazione all'Unione come obiettivo del Paese associato. Cfr., a titolo di esempio, il preambolo dell'Accordo con la Polonia (*GUCE* L 348, 31 dicembre 1993, p. 2 ss.): "Coscienti che l'obiettivo finale della Polonia è entrare a far parte della Comunità e che la presente associazione, a giudizio delle parti, contribuirà al raggiungimento di tale obiettivo".

[29] Per esempio, nel preambolo dell'Accordo con l'Albania (Lussemburgo, 12 giugno 2006, *GUUE* L 107, 28 aprile 2009, p. 166 ss.) si legge che le parti contraenti rammentano "la disponibilità dell'Unione europea ad integrare il più possibile l'Albania nel contesto politico ed economico dell'Europa e lo status di tale Paese quale potenziale candidato all'adesione all'Unione europea sulla base del trattato sull'Unione europea e del rispetto dei criteri definiti dal Consiglio europeo del giugno 1993, e a condizione che il presente accordo venga attuato correttamente, segnatamente per quanto riguarda la cooperazione regionale".

[30] Cfr. regolamento (CE) n. 1085/2006 del Consiglio, del 17 luglio 2006, che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (IPA), *GUUE* L 210, 31 luglio 2006, p. 82 ss. Ne beneficiano tutti i Paesi coinvolti nel processo di allargamento, ma in modo differenziato a seconda se candidati o potenziali candidati. L'assistenza comprende cinque componenti, due per tutti i Paesi (sostegno alla transizione e sviluppo istituzionale, cooperazione transfrontaliera), tre limitate ai candidati (sviluppo regionale, sviluppo delle risorse umane, sviluppo rurale).

[31] Cfr. regolamento (CE) n. 533/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004, relativo all'istituzione di partenariati europei nell'ambito del processo di stabilizzazione e di associazione, *GUUE* L 86, 24 marzo 2004, p. 1 ss., cui fanno seguito decisioni specifiche per Paese, candidato o potenziale candidato.

via di conclusione, accompagnati da accordi sulla riammissione, per tranquillizzare le preoccupazioni degli Stati membri sui possibili abusi del regime più favorevole[32].

La Commissione vigila sia sul rispetto dei criteri di Copenaghen, sia sull'attuazione degli accordi di associazione e sull'uso delle risorse finanziarie. Tale esercizio si concretizza nella predisposizione di una relazione annuale, pubblicata in autunno, che valuta Paese per Paese i risultati conseguiti e le lacune riscontrate[33]. Sono assoggettati all'esercizio sia i Paesi candidati, sia i potenziali candidati, anche se i parametri di riferimento sono parzialmente diversi. La situazione dei Paesi candidati è esaminata in modo più approfondito rispetto a quella dei potenziali candidati. Di ciascuno è valutato il grado di rispetto dei criteri politici ed economici, ma, quanto al terzo parametro, l'ordinamento dei Paesi candidati è analizzato per valutare se essi possiedono "la capacità di farsi carico degli obblighi che comporta l'adesione"; quello dei potenziali candidati al fine di apprezzare il ravvicinamento alle "norme europee".

5. Il ruolo degli Stati nel processo di adesione è andato progressivamente acquisendo una dimensione politica che forse non traspare dalla lettura del Trattato. È bensì vero che il Consiglio delibera all'unanimità e che la conclusione dell'accordo di adesione è di pertinenza degli Stati; tuttavia, la prassi mette in luce come motivazioni politiche non di rado guidino gli Stati, fino al punto di minacciare il veto a motivo di controversie bilaterali con lo Stato candidato.

La natura non meramente tecnica dell'allargamento si è manifestata sin da quando la Francia minacciò il veto alla candidatura del Regno Unito. Solo l'uscita di scena del generale De Gaulle permise lo sblocco della situazione.

Da una parte gli Stati (o almeno alcuni di essi) mostrano una certa ambiguità nei confronti del processo di adesione; dall'altra, questioni bilaterali sono talvolta invocate come motivo per un veto, esercitato o soltanto minacciato.

Il primo aspetto è evidente nei rapporti con la Turchia. Benché non manchino prese di posizione ostili all'adesione, in sede di Consiglio e di Consiglio europeo nessuno Stato si è mai opposto apertamente. Il Consiglio europeo di Helsinki del 1999 "inventò" lo *status* di candidato e lo attribuì alla Turchia, proprio come compromesso, poiché contestualmente decise l'apertura dei negoziati con i Paesi dell'Europa centro-orientale la cui domanda di adesione era assai più recente. Negli anni successivi, il monitoraggio condotto dalla Commissione, e avallato dal Consiglio europeo, non ha portato ad una valutazione positiva circa il rispetto del criterio politico, presupposto per l'avvio dei negoziati. Sotto le pressanti insistenze turche per definire la data di avvio dei negoziati, il Consiglio europeo di Copenaghen del 12 e 13 dicembre 2002 accompagnò ai consueti incoraggiamenti una pro-

---

32 L'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini necessitano di un visto per l'ingresso negli Stati dell'Unione è contenuto nel regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio, *GUUE* L 81, 21 marzo 2001, p. 1 ss. Accordi di agevolazione dei visti e accordi di riammissione sono stati conclusi con: Albania, Bosnia-Erzegovina, Macedonia, Montenegro, Serbia (tutti firmati a Bruxelles il 18 settembre 2007 ed entrati in vigore il 1° gennaio 2008, *ivi* L 334, 19 dicembre 2007. Da notare che l'Albania ha concluso solo l'accordo sui visti, perché quello sulla riammissione era già stato firmato a Lussemburgo il 14 aprile 2005, *ivi* L 124, 17 maggio 2005, ed è in vigore dal 1° maggio 2006.

33 La relazione 2009 è costituita dalla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 14 ottobre 2009, "Strategia di allargamento e sfide principali per il periodo 2009-2010", COM(2009)533 def.

messa: "Se il Consiglio europeo del dicembre 2004 deciderà, sulla base di una relazione e di una raccomandazione della Commissione, che la Turchia soddisfa i criteri politici di Copenaghen, l'Unione europea avvierà senza indugio negoziati di adesione con la Turchia"[34]. Benché fino alla vigilia della riunione in cui il Consiglio europeo avrebbe dovuto assumere una decisione le critiche non fossero mancate, di fatto nessuno Stato si oppose all'apertura dei negoziati, anche se la decisione favorevole era soggetta ad alcune condizioni[35], che in seguito si ritenne che il Paese avesse soddisfatto.

Inoltre, l'insistenza sul carattere "aperto" del processo di adesione, di cui è prova il quadro negoziale approvato dal Consiglio europeo del 2004[36], è un'ulteriore espressione dell'ambiguità degli Stati. A rafforzare l'impressione che alcuni Stati mantengano delle riserve, va ricordata la posizione della Francia, che ha dichiarato di opporsi all'apertura di quei capitoli del negoziato relativi a questioni inscindibilmente legate all'adesione e estranee ad un regime privilegiato diverso dalla piena partecipazione all'Unione[37], che il Paese caldeggia, ma non definisce in modo concreto.

Anche con Cipro molta è stata l'ambiguità: da una parte, il negoziato è stato condotto con il governo di Nicosia, ignorando l'esistenza della Repubblica turca di Cipro Nord che nessuno degli Stati dell'Unione riconosce; dall'altra, la riunificazione dell'isola non è stata posta come una condizione per l'adesione[38], anche se è stato espresso l'auspicio che si realizzasse prima di quel momento[39]. In sostanza, non sono state operate sufficienti pressioni

---

34 *Boll. UE*, 2002, n. 12, p. 10. L'impegno è stato ribadito anche nelle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di giugno 2004 (par. 27).

35 Cfr. conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 16 e 17 dicembre 2004, par. 18. Per una ricostruzione delle diverse posizioni, si permette di rinviare a A. Lang, *Le procedure per l'allargamento dell'Unione europea: secondo semestre 2004*, in *DPCE*, 2005, p. 51 ss.

36 "L'obiettivo condiviso dei negoziati è l'adesione. Tali negoziati sono un processo aperto i cui risultati non possono essere garantiti in anticipo. Pur tenendo conto di tutti i criteri di Copenaghen, se lo Stato candidato non è in grado di assumersi appieno tutti gli obblighi che incombono a un membro, occorre assicurare che lo Stato candidato in questione sia saldamente ancorato, con il legame più forte possibile, alle strutture europee". Se la previsione significa che l'avvio dei colloqui non equivale ad adesione, perché l'adesione comporta l'accettazione dei diritti e obblighi che discendono dall'appartenenza all'Unione e che, pertanto, solo se tale condizione sarà soddisfatta il candidato potrà diventare membro, *nulla quaestio*. Analoga valutazione nel caso in cui fosse il candidato a decidere di non volere l'adesione. Problematico sarebbe imporre questa soluzione al candidato, nell'ipotesi in cui questo soddisfi i criteri previsti per l'appartenenza all'Unione.

37 Si tratta dei capitoli seguenti: Agricoltura, Politica economica e monetaria, Politica regionale e coordinamento degli strumenti strutturali, Disposizioni finanziarie e di bilancio, e Istituzioni.

38 L'Unione europea ha sempre considerato Cipro come l'unico Stato sovrano dell'isola. Per questo motivo, l'Accordo di associazione, concluso nel 1972, si applicava all'intero territorio. In occasione del Consiglio europeo di Helsinki del 10-11 dicembre 1999, si affermò che la soluzione politica alla divisione dell'isola non era una condizione per l'adesione, benché si esprimesse contestualmente la preferenza per l'ammissione all'Unione di un'isola riunita (punto 9 b delle conclusioni della Presidenza, in *Boll. UE*, 1999, n. 12, p. 8).

39 Le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Copenaghen del 12 e 13 dicembre 2002 ribadiscono l'intenzione di ammettere Cipro anche divisa, specificando però gli effetti dell'adesione sulla parte nord. "Il Consiglio europeo ha deciso che in mancanza di una soluzione [della questione della divisione di Cipro] l'applicazione dell'acquis alla parte settentrionale dell'isola sarà sospesa sinché il Consiglio non deciderà altrimenti deliberando all'unanimità, sulla base di una proposta della Commissione. Nell'attesa il Consiglio invita la Commissione a prendere in esame, in consultazione con

sulle parti e una soluzione è ben lungi dall'essere raggiunta. La conseguenza è che l'intera isola è membro dell'Unione, ma l'*acquis* comunitario non si applica alla parte non controllata dal Governo di Nicosia, fino a quando il Consiglio non deciderà diversamente[40]. Inoltre, la linea che separa le due parti dell'isola non è un confine esterno (perché equivarrebbe a riconoscere il nord come Stato) e questo impedisce la partecipazione di Cipro allo spazio Schengen.

Il secondo aspetto della politicizzazione del processo di adesione, che si concretizza nella minaccia del veto per questioni bilaterali, può essere rappresentato dalla controversia che oppone la Grecia alla ex Repubblica iugoslava di Macedonia[41].

La controversia tra Grecia e ex Repubblica iugoslava di Macedonia, e il cui perdurare costituisce un ostacolo preliminare all'apertura dei negoziati, riguarda il nome del Paese balcanico[42]. La Grecia, infatti, contesta la decisione del Paese di chiamarsi Repubblica di Macedonia, nome che invece designa una regione geografica e storica, la maggior parte della quale si trova in Grecia, ma di cui piccole porzioni si trovano anche in Albania e in Bulgaria, ma ha accettato il nome provvisorio con il quale è stata ammessa alle Nazioni Unite[43]. Le relazioni tra i due Paesi sono disciplinate da un accordo provvisorio firmato a New York il 13 settembre 1995[44], nel quale la Grecia riconosce la denominazione provvisoria e le parti si impegnano a negoziare una soluzione definitiva della questione del nome.

La vicenda ha avuto una improvvisa svolta a seguito della riunione dei capi di Stato e di governo della NATO, tenuta a Bucarest nell'aprile 2008, in cui fu deciso di invitare Albania e Croazia ad aderire all'Alleanza, in base all'art. 10 dell'Accordo istitutivo, ma di rinviare ogni invito alla ex Repubblica iugoslava di Macedonia, fino alla risoluzione della questione del nome. La ex Repubblica iugoslava di Macedonia ha presentato un ricorso alla Corte internazionale di giustizia contro la Grecia, in relazione alla violazione dell'art. 11 dell'Accordo provvisorio del 1995. In base a tale disposizione, la Grecia si impegna a non ostacolare l'adesione dell'altra parte alle organizzazioni internazionali se in quel contesto userà la denominazione provvisoriamente accettata. La giurisdizione della Corte è fondata sullo stesso Accordo, che stabilisce che tutte le controversie, ad eccezione di quella di cui all'art.

---

il governo di Cipro, iniziative atte a promuovere lo sviluppo della parte settentrionale e ad avvicinarla in tal modo all'Unione" (par. 12).

40 Cfr. Protocollo 10 allegato al Trattato di Atene del 2003. Le questioni connesse all'attraversamento della c.d. linea verde da parte di persone e merci sono disciplinate dal regolamento (CE) n. 866/2004 del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ad un regime ai sensi dell'articolo 2 del protocollo n. 10 dell'atto di adesione, *GUUE* L 206, 9 giugno 2004, p. 51 ss., e successive modifiche.

41 Non si tratta dell'unica questione pendente. Tuttavia, la circostanza, come si dirà oltre, che la Commissione abbia raccomandato l'apertura dei negoziati fa assumere alla questione una rilevanza particolare.

42 L. Savadogo, *Sur le contentieux entre la Grèce et la Macédoine*, in *RDIDC*, 1997, p. 248 ss.; I. Janev, *Legal Aspects of the Use of a Provisional Name for Macedonia in the United Nations System*, in *AJIL*, 1999, p. 155 ss.

43 Risoluzione del Consiglio di sicurezza 817 del 7 aprile 1993.

44 L'Accordo è pubblicato in *ILM*, 1995, p. 1467 ss. Da notare che nell'Accordo le parti non usano mai le rispettive denominazioni, ma sono identificate come "the Party of the First Part" e "the Party of the Second Part". Dal contesto si evince che la prima è la Grecia, la seconda la ex Repubblica iugoslava di Macedonia. Il riconoscimento del nome provvisorio è affidato ad uno scambio di lettere allegato all'Accordo.

5, par. 1, possono essere portate alla Corte in via unilaterale. Le controversie escluse dalla cognizione delle Corte sono proprio quelle relative al nome.

Poiché nell'ottobre 2009 la Commissione ha espresso parere favorevole all'apertura dei negoziati con il Paese, resta da vedere se la Grecia passerà dalle parole ai fatti ed eserciterà il veto minacciato.

6. In conclusione, l'ammissione degli Stati terzi all'Unione europea ha assunto nel corso degli anni una dimensione forse imprevista all'origine: è divenuta uno strumento di politica estera per incoraggiare e orientare le riforme istituzionali e la creazione dello stato di diritto in Paesi vicini, potenzialmente instabili. Sono cambiati entrambi gli attori principali: l'Unione non è più la Comunità economica europea, e si occupa ormai di questioni ben più ampie e di temi assai più sensibili che in passato; gli Stati terzi coinvolti sono molto più instabili (alcuni addirittura forse non possono neppure essere considerati come Stati formati e vitali) e assai diversi, anche economicamente, dagli Stati già membri. Le dichiarazioni di principio dei diversi Consigli europei che scandiscono il processo di adesione sembrano sempre meno sincere e questo rende meno credibile la politica di allargamento. Non è definendo una volta per tutti dove corrono i confini dell'Europa che si può, a nostro modo di vedere, risolvere il problema. Forse è necessario prendere atto che l'Unione attuale non è più quella di una volta, perché gli interessi degli Stati membri ormai sono molto disomogenei, e pensare seriamente – anche se a malincuore – all'opportunità di elaborare forme differenziate di partecipazione, nella speranza, che il passato conforta, che i risultati convincano anche i più riluttanti.

Abstract

EU's Enlargement Policy

EU Member States have passed from the originally 6 to the actual number of 27. In the EU law there is, just from the beginning, a norm on the admission of new Member States, norm that has been modified on many occasions, and in the practice the "enlargement" topic has gained a political dimension maybe not completely envisaged in the first decades on European integration. As a consequence, the criteria that a "candidate State" must respect, and the role of EU institutions and Member States in the admission process are not provided by TEU. In particular, the practice of the admission procedure is far more complex than its description contained in TEU, and this procedure is connected to an "enlargement policy", to say the mass of measures that the EU adopts to assist the candidate State in its aim to satisfy the mentioned criteria. Moreover, the political nature of the enlargement process emerges from the attitude of some Member States to use (or threat to use) their "veto power" against a candidate State, not for objective reasons, but as a consequence of bilateral controversies

Lara Appicciafuoco

L'Unione europea e la condizionalità democratica nelle relazioni con i Paesi dei Balcani occidentali

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il principio di condizionalità democratica nelle relazioni dell'Unione europea con i Paesi dei Balcani occidentali. – 3. L'applicazione della condizionalità democratica nel contesto del Processo di stabilizzazione e associazione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. L'Unione europea, che dagli anni '90 del secolo scorso è stabilmente impegnata a sostenere la pacificazione e la stabilizzazione dei Balcani occidentali, svolge un ruolo fondamentale nel processo di transizione politica ed economica dei Paesi di tale regione. La capacità dell'Unione europea di influenzare, e in un certo senso determinare, l'andamento di tale processo è riconducibile sia al suo imponente intervento di assistenza finanziaria per lo sviluppo di tali Paesi, sia alla sua capacità di attrazione politica connessa alla prospettiva della progressiva integrazione e possibile futura adesione degli stessi all'Unione.

Il sistema di relazioni instaurate con i Paesi dei Balcani occidentali costituisce un esempio emblematico dell'attitudine dell'Unione europea a guidare i processi di riforma politico-istituzionale di Stati terzi (essenzialmente Paesi in via di sviluppo, economie in transizione, democrazie emergenti) attraverso la promozione di riforme giuridiche, istituzionali ed economiche miranti al consolidamento di sistemi di governo democratici e di sistemi economici informati ai principi del libero mercato.

È ben noto che, a tale scopo, l'Unione ricorre all'applicazione del principio di condizionalità democratica. Con tale strumento, regolarmente impiegato nelle relazioni esterne economiche e politiche, l'Unione vincola i propri rapporti commerciali, l'assistenza finanziaria, la cooperazione per lo sviluppo, i rapporti di associazione, nonché le prospettive di adesione, al rispetto dei principi democratici, dello stato di diritto, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come pure all'adeguamento ai principi dell'economia di mercato e al sostanziale allineamento agli standard normativi europei.

La strategia politica di avvicinamento dell'Unione europea ai Balcani occidentali è stata scandita in tutte le sue fasi dalla rigorosa applicazione del principio di condizionalità democratica. Lo sviluppo e l'approfondimento di relazioni politiche ed economiche privilegiate con i Paesi di tale regione, infatti, dipende essenzialmente dai progressi compiuti da detti Paesi nel soddisfacimento delle condizioni richieste dall'Unione. Inoltre, il principio di condizionalità democratica costituisce attualmente un elemento imprescindibile e determina l'andamento di una strategia politica che potrebbe essere considerata – seppure in senso lato, stante l'incertezza che ancora permane in relazione alla possibilità della futura *membership* dei Paesi dei Balcani occidentali – un processo di "pre-adesione" nell'ambito del quale agli Stati balcanici candidati e potenziali candidati all'adesione è richiesto non solo il rispetto dei criteri definiti dal TUE, ma anche il soddisfacimento di tutte le condizioni previste nel quadro del Processo di stabilizzazione e associazione.

Il presente lavoro si prefigge di illustrare sinteticamente le modalità e gli strumenti applicativi del principio di condizionalità democratica nelle relazioni tra l'Unione europea e i Paesi dei Balcani occidentali. A tal fine, sembra opportuno ripercorrere almeno brevemente le varie fasi di tali relazioni. Nel prosieguo, si analizzerà più specificamente l'applicazione

di detto principio nel contesto del Processo di stabilizzazione e associazione, privilegiando il richiamo agli aspetti più rilevanti della prassi più recente.

2. Il principio di condizionalità democratica è stato progressivamente formalizzato e pressoché sistematicamente applicato nel contesto delle relazioni esterne dell'Unione europea, fino ad affermarsi – soprattutto a partire dagli anni '90 del secolo scorso – come elemento imprescindibile sia della politica comunitaria di cooperazione per lo sviluppo, sia della politica di allargamento.

Come noto, negli strumenti della politica comunitaria di cooperazione per lo sviluppo – sia di carattere convenzionale (tra i quali, in particolare, gli accordi commerciali, di cooperazione, di associazione con Stati terzi), sia di carattere unilaterale (tra i quali, il sistema di preferenze generalizzate e i programmi di cooperazione tecnica, economica e finanziaria) – il principio di condizionalità democratica è applicato mediante l'inserimento di clausole in materia di diritti umani e democrazia. Tali clausole stabiliscono, essenzialmente, che la violazione dei principi democratici, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali può comportare l'adozione di "misure appropriate" e finanche la sospensione, a seconda dei casi, dell'accordo, dell'assistenza finanziaria o delle preferenze commerciali.

È altrettanto noto che l'applicazione del principio di condizionalità ha caratterizzato da sempre la politica di allargamento della Comunità e dell'Unione. In tale ambito, il principio di condizionalità, inizialmente applicato in modo implicito – come testimoniato dalla prassi relativa ai processi di allargamento che hanno riguardato la Grecia, la Spagna e il Portogallo, ammessi nella Comunità solo dopo il ripristino di sistemi di governo democratici – è stato successivamente applicato in modo esplicito a partire dalla formulazione dei criteri di Copenhagen nel 1993. Da allora, tali criteri – con i quali furono definite le condizioni politiche, economiche e giuridiche che i Paesi dell'Europa centro-orientale avrebbero dovuto adempiere per divenire membri dell'UE[1] – costituiscono il punto di riferimento essenziale della politica di allargamento dell'UE[2], integrando di fatto le condizioni per l'adesione sancite dal TUE[3].

---

[1] Cfr. conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Copenhagen, del 21-22 giugno 1993, par. 7, A, iii. I criteri politici definiti a Copenhagen richiedono il raggiungimento di una stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, lo stato di diritto, i diritti umani, il rispetto e la tutela delle minoranze. I criteri economici includono, invece, l'esistenza di una economia di mercato funzionante, nonché la capacità di rispondere alle pressioni concorrenziali e alle forze di mercato all'interno dell'Unione. Infine, il criterio giuridico, riguardante il recepimento dell'*acquis* comunitario, richiede la capacità dei Paesi candidati di assumersi gli obblighi derivanti dalla *membership*, inclusa l'adesione agli obiettivi di un'unione politica, economica e monetaria.

[2] In argomento, v. T. Marktler, *The Power of the Copenhagen Criteria*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2006, p. 343 ss.

[3] Il combinato disposto degli articoli 6 e 49 del TUE (quali risultano a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam) – ovvero degli articoli 2 e 49 della versione consolidata del TUE, quale risulta a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona – ricalca pressoché integralmente i criteri politici definiti a Copenhagen. L'art. 49 nella sua nuova formulazione prevede che potrà domandare di diventare membro dell'Unione "ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'art. 2 e si impegni a promuoverli". Il nuovo art. 2, introdotto dal Trattato di Lisbona, stabilisce che "l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a mino-

Con riferimento ai Paesi dei Balcani occidentali[4], l'applicazione del principio di condizionalità democratica si presenta particolarmente incisiva poiché si inscrive in un complesso sistema di relazioni collegate ad entrambi i contesti richiamati: quello della cooperazione per lo sviluppo e quello della strategia, peraltro ancora non compiutamente definita, di allargamento.

D'altra parte, sembra opportuno ricordare che l'applicazione del principio di condizionalità democratica costituisce un elemento peculiare e di coerente continuità nelle relazioni tra l'Unione e i Paesi dei Balcani occidentali. Invero, nell'ambito di queste ultime, esso ha trovato espressione già prima dell'avvio delle iniziative volte alla stabilizzazione e integrazione di tali Paesi[5] e dell'apertura della prospettiva più ampia della loro possibile futura adesione. Nei confronti di detti Paesi, infatti, il principio di condizionalità democratica trova la sua prima significativa applicazione già nella prassi comunitaria in materia di riconoscimento degli Stati sorti dalla dissoluzione della Iugoslavia. Con la "Dichiarazione sulla Iugoslavia" del 1991[6], il riconoscimento delle Repubbliche iugoslave quali Stati indipendenti fu formalmente subordinato al soddisfacimento dei criteri politici precisati nelle "Linee-guida sul riconoscimento dei nuovi Stati nell'Europa orientale e nell'Unione Sovietica"[7]. In base a tali criteri, per ottenere il riconoscimento da parte della Comunità e dei suoi Stati membri, i nuovi Stati non solo avrebbero dovuto costituirsi su base democratica e impegnarsi nel processo di pace, ma avrebbero dovuto anche rispettare le disposizioni della Carta delle Nazioni Unite, dell'Atto finale di Helsinki e della Carta di Parigi, soprattutto in materia di stato di diritto, democrazia e diritti umani, tutelare i diritti delle minoranze, osservare la regola dell'inviolabilità delle frontiere, accettare gli obblighi in materia di disarmo e non proliferazione nucleare e impegnarsi a risolvere mediante accordo tutte le controversie regionali e le questioni inerenti alla successione degli Stati[8].

Successivamente, la disciplina relativa all'applicazione del principio di condizionalità democratica nei confronti dei Paesi dei Balcani occidentali è stata ulteriormente specificata. In primo luogo, con le "Linee-guida relative alle relazioni con la ex Iugoslavia" adottate dal

---

ranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

4 Per una ricostruzione delle relazioni tra l'UE e i Balcani occidentali, v. da ultimo U. Villani, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*, in questa *Rivista*, 2009, p. 551 ss., in particolare p. 552 ss.

5 Tali iniziative prendono avvio con il "Processo di Royaumont" (inaugurato nel 1995 e destinato a sostenere l'applicazione degli Accordi di Dayton e la cooperazione tra i Paesi balcanici) e con il cosiddetto "Approccio regionale" (che nel 1996 delineava una prima strategia per lo stabilimento di relazioni bilaterali di cooperazione con l'Unione europea). Successivamente, la strategia politica dell'Unione europea per i Balcani occidentali è stata rafforzata con il "Patto di stabilità per l'Europa sud-orientale" (inaugurato dal Vertice di Colonia nel 1999) e con il "Processo di stabilizzazione e associazione" (inaugurato dal Vertice di Zagabria nel 2000).

6 Dichiarazione sulla Iugoslavia, adottata in occasione della riunione ministeriale straordinaria in materia di cooperazione politica europea, Bruxelles, 16 dicembre 1991, in *Boll. CE*, 1991, n. 12, p. 120 s.

7 Dichiarazione relativa alle "Linee-guida sul riconoscimento di nuovi Stati nell'Europa Orientale e nell'Unione Sovietica", adottata in occasione della riunione ministeriale straordinaria in materia di cooperazione politica europea, Bruxelles, 16 dicembre 1991, in *Boll. CE*, 1991, n. 12, p. 120 s.

8 In argomento, v. da ultimo R. Caplan, *Europe and the Recognition of New States in Yugoslavia*, Cambridge, 2005.

Consiglio nel 1995[9] si stabiliva che l'assistenza per la ricostruzione e lo stabilimento delle future relazioni con i Paesi della regione sarebbe stata complessivamente subordinata a condizioni di carattere politico ed economico, in particolare al rispetto degli accordi di pace, alla tutela dei diritti umani e delle minoranze, alla promozione dei principi democratici e dell'economia di mercato. In seguito, in merito a tale materia, il Consiglio ha adottato nel 1997 le "Conclusioni relative al principio di condizionalità nello sviluppo delle relazioni dell'Unione europea con taluni Paesi dell'Europa sud-orientale"[10]. Tali conclusioni prevedono un'applicazione graduale della condizionalità in base alla quale quest'ultima è tanto più dettagliata e onerosa quanto più intense sono le forme di cooperazione cui è connessa. Più specificamente, il rispetto di alcune condizioni essenziali permette di accedere alle preferenze commerciali, mentre per usufruire dei programmi di assistenza finanziaria e stabilire relazioni contrattuali con la Comunità è necessario il soddisfacimento di ulteriori e più specifiche condizioni. Le conclusioni del 1997 non solo definiscono un piano per l'applicazione della condizionalità con riferimento ai diversi livelli di relazioni e cooperazione con l'UE – precisando sia le condizioni generali richieste a tutti i Paesi dei Balcani occidentali, sia quelle specifiche previste per la Croazia, la Bosnia-Erzegovina e la Repubblica federale di Iugoslavia – ma specificano anche gli elementi in base ai quali è condotto l'esame della conformità ai criteri di condizionalità[11]. Tali parametri di valutazione sono esplicitati in relazione a quattro ambiti: i principi democratici[12], i diritti dell'uomo e lo stato di diritto[13], il rispetto e la protezione delle minoranze[14], le riforme economiche per l'introduzione di un sistema di economia di mercato[15].

Le conclusioni del Consiglio del 1997 costituiscono le linee generali per l'applicazione del principio di condizionalità democratica nel contesto del Processo di stabilizzazione e associazione, ovvero la strategia politica dell'Unione europea per i Balcani occidentali deli-

---

9 V. conclusioni del Consiglio relative alla linee-guida per la ex Iugoslavia, 30 ottobre 1995, in *Boll. UE*, 1995, n. 10, p. 138 ss. Reperibile anche sul comunicato stampa relativo alle conclusioni della 1878ª sessione del Consiglio Affari generali e relazioni esterne, Lussemburgo, 31 ottobre 1995, doc. 10922/95.

10 V. conclusioni del Consiglio sul principio di condizionalità al fine di sviluppare le relazioni dell'Unione europea con taluni Paesi dell'Europa sud-orientale, 29 aprile 1997, in *Boll. UE*, 1997, n. 4.

11 Cfr. l'allegato alle conclusioni del Consiglio sul principio di condizionalità al fine di sviluppare le relazioni dell'Unione europea con taluni Paesi dell'Europa sud-orientale, 29 aprile 1997, in *Boll. UE*, 1997, n. 4.

12 I parametri di valutazione sono: la presenza di un Governo rappresentativo e responsabile dinanzi al Parlamento, la gestione della Pubblica amministrazione conforme alla Costituzione e alla legislazione, la separazione dei poteri, lo svolgimento di elezioni libere e regolari.

13 I parametri di valutazione sono: la libertà di espressione, l'indipendenza dei media, il diritto di riunione e di manifestazione, il diritto di associazione, il diritto alla *privacy*, il diritto alla proprietà, l'esistenza di mezzi di ricorso effettivi contro decisioni amministrative, l'accesso alla giustizia e il diritto a processi regolari, l'uguaglianza dinanzi alla legge, la libertà da trattamenti disumani e umilianti nonché da arresti arbitrari.

14 I parametri di valutazione sono: il diritto di creare e mantenere proprie istituzioni, organizzazioni e associazioni educative, culturali e religiose, la possibilità di servirsi della propria lingua dinanzi ai tribunali e alle autorità pubbliche, l'adeguata protezione dei profughi e degli sfollati.

15 I parametri di valutazione sono: l'esistenza di istituzioni e politiche macroeconomiche necessarie a garantire un clima economico stabile, la liberalizzazione globale dei prezzi, degli scambi e dei pagamenti, l'istituzione di un quadro giuridico e regolamentare stabile e trasparente, la privatizzazione delle imprese di proprietà statale o sociale, la gestione competitiva del settore bancario.

neata nel 1999[16]. Tale strategia non si limita a perseguire l'obiettivo della stabilizzazione dell'Europa sud-orientale attraverso la creazione di relazioni politiche ed economiche privilegiate e un massiccio intervento di assistenza economico-finanziaria, ma è preordinata a consolidare e rafforzare i rapporti con i Paesi di tale area offrendo loro una credibile prospettiva di piena integrazione nel sistema economico, politico e giuridico dell'Unione e, al contempo, una aspettativa di eventuale futura adesione.

La prospettiva di adesione per i Paesi dei Balcani occidentali – la cui prima enunciazione risale al Consiglio europeo di Santa Maria da Feira del 2000, con il conferimento dello *status* di potenziali candidati a tutti i Paesi interessati dal Processo di stabilizzazione e associazione[17] – resta, tuttavia, caratterizzata da un certo margine di indeterminatezza. Con l'adozione dell'"Agenda per i Balcani occidentali"[18], nel corso del Vertice di Salonicco nel 2003[19], l'Unione confermava il sostegno alla futura integrazione dei Balcani occidentali in vista dell'obiettivo finale della loro adesione, ma non stabiliva un nesso inequivocabile tra soddisfacimento delle condizioni richieste e adesione.

La possibilità della futura adesione dei Paesi dei Balcani occidentali, d'altra parte, sembra essere chiaramente desumibile dai documenti della Commissione relativi alla strategia di allargamento[20]. In altri documenti della Commissione, tale prospettiva tende peraltro ad essere sovrapposta, e in un certo senso sovrastata, dalla necessità di procedere verso una maggiore integrazione e stabilizzazione dell'area. Nel 2006, in particolare, la Commissione ha riaffermato che il Processo di stabilizzazione e di associazione, in quanto parte del processo di ampliamento, rimarrà il quadro generale in cui si collocherà il percorso europeo dei Paesi dei Balcani occidentali fino alla loro futura adesione. Essa, tuttavia, sottolineava la necessità di procedere, mediante revisioni periodiche, alla identificazione delle ulteriori

---

16 Il Processo di stabilizzazione e associazione è stato delineato nella comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 26 maggio 1999, sul processo di stabilizzazione e di associazione per i Paesi dell'Europa sud-orientale (Bosnia-Erzegovina, Croazia, Repubblica federale di Iugoslavia, ex Repubblica iugoslava di Macedonia e Albania), COM(99)235 def.

17 V. conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira (19 e 20 giugno 2000); nelle quali il Consiglio europeo "conferma che il suo obiettivo resta quello della massima integrazione possibile dei Paesi della regione nel contesto politico ed economico dell'Europa, mediante il Processo di stabilizzazione e di associazione, il dialogo politico, la liberalizzazione degli scambi e la cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni. Tutti i Paesi interessati sono candidati potenziali all'adesione all'UE".

18 V. conclusioni del Consiglio affari generali e relazione esterne del 16 giugno 2003, Allegato 1: "Agenda di Salonicco per i Balcani occidentali: verso l'integrazione europea".

19 V. conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Salonicco, del 19 e 20 giugno 2003, nelle quali il Consiglio europeo ribadiva "la sua determinazione ad appoggiare appieno ed efficacemente la prospettiva europea dei Paesi dei Balcani occidentali, che diverranno parte integrante dell'UE una volta soddisfatti i criteri stabiliti" e chiariva che "il processo di stabilizzazione e armonizzazione dell'Unione (…) rimarrà il quadro per la rotta europea dei Paesi dei Balcani occidentali fino alla loro adesione". Cfr. anche la Dichiarazione conclusiva del Vertice UE-Balcani occidentali, svoltosi a Salonicco il 21 giugno 2003.

20 Cfr., da ultimo, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 14 ottobre 2009, "Strategia di allargamento e sfide principali per il periodo 2009-2010", COM(2009)533 def., e comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 5 novembre 2008, "Strategia di allargamento e sfide principali per il periodo 2008-2009", COM(2008)674 def.

misure e riforme necessarie per favorire una maggiore integrazione[21]. Analogamente, nel 2008, all'indomani della dichiarazione unilaterale di indipendenza del Kosovo, la Commissione sottolineava che l'ulteriore rafforzamento della prospettiva di adesione all'UE fosse il modo migliore per garantire il mantenimento della pace e della stabilità nella regione[22]. La Commissione, del resto, rilevava il persistere di alcuni elementi di criticità per lo più connessi alla convivenza e all'integrazione delle diverse comunità, nonché alla attuazione delle necessarie riforme politiche ed economiche e indicava specificamente tra le priorità alcune questioni fondamentali come la costruzione dello Stato, il buon governo, la riforma amministrativa e giudiziaria, lo stato di diritto, compresa la lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata, la riconciliazione, lo sviluppo socioeconomico e lo sviluppo della società civile, nonché la piena cooperazione con il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia.

3. Attualmente, il principio di condizionalità democratica nelle relazioni con i Paesi dei Balcani occidentali è applicato nel contesto del già ricordato Processo di stabilizzazione e associazione[23], inaugurato dal Vertice di Zagabria del 24 dicembre 2000[24]. Tutti gli strumenti predisposti dall'Unione nel contesto del Processo di stabilizzazione e associazione – sia quelli di natura non contrattuale (le misure commerciali autonome, i programmi di assistenza finanziaria, nonché i partenariati), sia quelli di natura contrattuale (gli Accordi di stabilizzazione e associazione) – si caratterizzano per il fatto di contemplare stringenti meccanismi di condizionalità. Coerentemente con quanto stabilito nelle conclusioni del Consiglio del 1997, cui abbiamo già fatto riferimento, la condizionalità appare tanto più dettagliata quanto più intense sono le forme di cooperazione con l'Unione.

La concessione di misure commerciali autonome è collegata per lo più al soddisfacimento di condizioni economiche. Il regolamento relativo a tali misure[25], richiamando le conclusioni del Consiglio del 1997, precisa infatti che la concessione delle stesse è subordinata, oltre che al rispetto dei principi fondamentali della democrazia e dei diritti umani, anche e soprattutto alla realizzazione di riforme economiche, allo sviluppo di una cooperazione regionale attraverso la creazione di zone di libero scambio e all'impegno dei Paesi beneficiari a favore di una efficace cooperazione con la Comunità ai fini della prevenzione di eventuali frodi[26]. In caso di inadempimento di tali condizioni, nonché di quelle più dettagliate previste nei confronti dell'Albania, della Bosnia-Erzegovina e della Croazia[27], il

---

21 V. comunicazione della Commissione, del 27 gennaio 2006, "I Balcani occidentali sulla strada verso l'UE: consolidare la stabilità e rafforzare la prosperità", COM(2006)27 def.

22 V. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 5 marzo 2008, "Rafforzare la prospettiva europea dei Balcani occidentali", COM(2008)127 def.

23 Cfr. COM(99)235 def., cit.

24 In argomento v. C. Pippan, *The Rocky Road to Europe: The EU's Stabilisation and Association Process for the Western Balkans and the Principle of Conditionality*, in *EFA Rev.*, 2004, p. 219 ss.

25 Regolamento (CE) n. 2007/2000 del Consiglio, del 18 settembre 2000, recante misure commerciali eccezionali applicabili ai Paesi e territori che partecipano o sono legati al Processo di stabilizzazione e di associazione dell'Unione europea, e recante modificazione del regolamento (CE) n. 2820/98, nonché abrogazione del regolamento (CE) n. 1763/1999 e del regolamento (CE) n. 6/2000, *GUCE* L 240, 23 settembre 2000, p. 1 ss.

26 Cfr. regolamento 2007/2000, cit., in specie par. 7 del preambolo.

27 L'ammissione di tali Stati al regime preferenziale è subordinato altresì alla loro "disponibilità ad avviare riforme economiche efficaci e una cooperazione regionale con gli altri Paesi che fanno parte del

Consiglio può prendere misure appropriate[28]. Inoltre, in caso di comprovate frodi o di violazione delle condizioni di ammissione al regime preferenziale[29] è prevista la possibilità della sospensione temporanea, integrale o parziale, del regime di preferenze commerciali[30].

Per quanto concerne il programma di assistenza finanziaria IPA (Instrument for Pre-accession Assistance), attualmente destinato a sostenere i Paesi candidati e potenziali candidati all'adesione, il relativo regolamento istitutivo prevede che la concessione dell'assistenza sia specificamente subordinata al rispetto dei principi democratici, dello stato di diritto, dei diritti umani e delle minoranze, delle libertà fondamentali, nonché alle condizioni definite nelle conclusioni del Consiglio del 1997[31], specialmente per quanto riguarda l'attuazione di riforme democratiche, economiche e istituzionali[32]. Qualora un Paese beneficiario non rispetti i principi sui quali è fondata l'Unione, o non realizzi le misure stabilite nel rispettivo partenariato[33] con l'Unione, o qualora i progressi raggiunti in termini di conformità ai criteri di adesione – e specificamente ai criteri di Copenhagen – siano insufficienti, il Consiglio può adottare le misure del caso[34].

Le condizioni richieste dall'Unione sono precisate in modo dettagliato nei partenariati adottati in relazione ai singoli Stati che partecipano al Processo di stabilizzazione e associazione[35]. I partenariati identificano un complesso di riforme che ciascun Paese interessato

---

Processo di stabilizzazione e di associazione dell'Unione europea, in particolare attraverso la creazione di zone di libero scambio (…)". Cfr. regolamento 2007/2000, cit., in specie art. 2, par. 2.

28 Cfr. regolamento 2007/2000, cit., in specie art. 2, ultima parte.

29 Ovvero il rispetto delle norme relative ai "prodotti originari", l'impegno a non applicare nuovi dazi, oneri o restrizioni alle importazioni originarie della Comunità, l'impegno a favore della cooperazione con la Comunità ai fini della prevenzione delle frodi. Cfr. regolamento 2007/2000, cit., in specie art. 2, par. 1.

30 Cfr. regolamento 2007/2000, cit., in specie art. 12.

31 V. *supra*, par. 2.

32 Cfr. regolamento (CE) n. 1085/2006, del Consiglio, del 17 luglio 2006, che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (IPA), *GUUE* L 210, 31 luglio 2006, p. 82 ss., art. 21, par. 1.

33 V. *infra*.

34 Cfr. regolamento 1085/2006, cit., par. 27 del preambolo e art. 21, par. 2.

35 Al fine di rafforzare il Processo di stabilizzazione e associazione, in linea con quanto previsto dall'Agenda di Salonicco, nel 2004 il Consiglio ha stabilito l'istituzione dei partenariati: v. regolamento (CE) n. 533/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004, relativo all'istituzione di partenariati europei nell'ambito del Processo di stabilizzazione e di associazione, *GUUE* L 86, 24 marzo 2004, p. 1 ss. Il Consiglio ha quindi provveduto all'istituzione dei partenariati per i singoli Paesi dei Balcani occidentali. Sulla base della revisione periodica dei progressi compiuti da ciascun Paese, tali partenariati sono stati più volte modificati. Per la disciplina attualmente vigente v. decisione del Consiglio n. 2008/210/CE, del 18 febbraio 2008, relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato europeo con l'Albania e che abroga la decisione 2006/54/CE, *ivi* L 80, 19 marzo 2008, p. 1 ss.; decisione del Consiglio n. 2008/211/CE, del 18 febbraio 2008, relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato europeo con la Bosnia-Erzegovina e che abroga la decisione 2006/55/CE, *ivi*, p. 18 ss.; decisione del Consiglio n. 2008/212/CE, del 18 febbraio 2008, relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato europeo con la ex Repubblica iugoslava di Macedonia e che abroga la decisione 2006/57/CE, *ivi*, p. 32 ss.; decisione del Consiglio n. 2008/213/CE, del 18 febbraio 2008, relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato europeo con la Serbia incluso il Kosovo quale definito dalla risoluzione 1244 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite del 10 giugno 1999 e che abroga la decisione 2006/56/CE, *ivi*, p. 46 ss.; decisione del Consiglio n. 2008/119/CE, del 12 febbraio 2008, relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato per l'adesione con la Croazia e che abroga la decisione 2006/145/CE, *GUUE* L 42, 16

dovrebbe realizzare, con il supporto dei programmi di assistenza finanziaria dell'Unione. Gli interventi e gli obiettivi prioritari sono individuati, sulla base della situazione dei singoli Stati, in relazione ad alcuni ambiti specifici: ovvero, in materia di democrazia e stato di diritto, diritti umani e tutela delle minoranze, questioni regionali e obblighi in campo internazionale, criteri economici, capacità di assumersi gli obblighi che comporta l'adesione. Nelle decisioni istitutive dei partenariati si ribadisce che il Processo di stabilizzazione e di associazione rimane il quadro entro cui si inscrive il percorso europeo dei Paesi dei Balcani occidentali fino alla loro futura adesione. Complessivamente, i partenariati indicano le priorità connesse al soddisfacimento dei criteri politici, economici e del progressivo allineamento alle norme europee – in altre parole le priorità relative ai criteri di Copenhagen – nonché quelle relative alle condizioni stabilite nel quadro del Processo di stabilizzazione e di associazione, segnatamente quelle definite dal Consiglio nelle sue conclusioni del 29 aprile 1997 e del 21-22 giugno 1999, nella dichiarazione finale del Vertice di Zagabria del 2000 e nell'Agenda di Salonicco del 2003. Per ciascuna di tali priorità i partenariati specificano in modo dettagliato le misure necessarie da adottare. Pur non essendo possibile richiamare in questa sede tutte le misure richieste ai singoli Paesi, si può comunque segnalare che, nel complesso, molte di esse riguardano la riforma dei sistemi giudiziari e delle forze di polizia, i processi elettorali, la tutela delle minoranze, le questioni relative al rientro dei profughi, la riforma della pubblica amministrazione, il contrasto della corruzione e della criminalità organizzata, la libertà di informazione, la soluzione delle controversie bilaterali, la cooperazione con il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia.

Sembra opportuno rilevare che, pur in assenza di un approccio strutturato dell'Unione nei confronti del Kosovo, anche quest'ultimo – che, nei documenti ufficiali dell'UE, continua a essere menzionato come "definito dalla risoluzione 1244 adottata dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite il 10 giugno 1999"[36] – è di fatto inserito nel Processo di stabilizzazione e associazione. Il Kosovo, in particolare, usufruisce di alcuni degli strumenti previsti dal Processo di stabilizzazione e associazione (preferenze commerciali e programmi di assistenza finanziaria) ed è assistito dal cosiddetto "SAP Tracking Mechanism" istituito dalla Commissione nel 2002[37]. Le priorità e gli obiettivi di riforma richiesti dall'Unione al Kosovo, nel contesto del Processo di stabilizzazione e associazione, sono precisati nel partenariato adottato in relazione alla Serbia. Al riguardo, vale la pena ricordare che sin dal primo partenariato adottato nel 2004[38] sono sempre state indicate, seppure in unico docu-

febbraio 2008, p. 51 ss.; decisione del Consiglio n. 2007/49/CE, del 22 gennaio 2007, relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato europeo con il Montenegro, *ivi* L 20, 27 gennaio 2007, p. 16 ss.

36 In relazione alla complessa situazione del Kosovo con particolare riferimento alla coesistenza dell'UNMIK e della missione EULEX dell'UE, v. I. Ingravallo, *Il Kosovo tra l'amministrazione delle Nazioni Unite e le prospettive di ammissione all'Unione europea*, in questo fascicolo.

37 Il "SAP Tracking Mechanism", cui partecipano l'UNMIK, le autorità provvisorie di autogoverno del Kosovo e la Commissione europea, è preordinato ad assistere il Kosovo nella realizzazione di riforme dirette al progressivo avvicinamento agli standard dell'UE. In proposito, v. M. Karnitschnig, *The UN and the EU in Kosovo – The Challenges of Joint Nation-Building*, in F. Hoffmeister, J. Wouters, T. Ruys (eds.), *The United Nations and the European Union: An Ever Stronger Partnership*, The Hague, 2006, p. 323 ss., in particolare p. 337 ss.

38 Cfr. decisione n. 2004/520/CE, del 14 giugno 2004, relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato europeo con la Serbia e Montenegro incluso il Kosovo quale definito dalla risoluzione 1244 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, del 10 giugno 1999, *GUUE* L

mento, misure differenziate per la Serbia, per il Montenegro e per il Kosovo[39], testimoniando così la percezione da parte dell'Unione della provvisorietà dello *status quo* della Federazione serbo-montenegrina, che infatti sarebbe poi radicalmente mutato prima, nel 2006, con l'indipendenza del Montenegro e poi, nel 2008, con la dichiarazione unilaterale di indipendenza del Kosovo.

L'insieme delle misure previste nei partenariati costituisce di fatto la specificazione di dettaglio delle condizioni complessivamente poste dall'Unione nel contesto del Processo di stabilizzazione e associazione. L'insufficienza dei progressi nella realizzazione delle misure indicate nei partenariati può comportare, per espressa previsione degli atti istitutivi degli stessi, la sospensione dei programmi di assistenza finanziaria[40]. D'altra parte, i ritardi relativi al conseguimento degli obiettivi specificati nei partenariati hanno di fatto inciso sull'approfondimento delle relazioni politiche tra i Paesi dei Balcani occidentali e l'UE, e in particolare sulla negoziazione degli Accordi di stabilizzazione e associazione.

Questi ultimi, nel contesto del Processo di stabilizzazione e associazione, costituiscono la forma di cooperazione più intensa con l'UE, che almeno in linea di principio prelude alla possibile apertura di una reale prospettiva di adesione. Gli Accordi di stabilizzazione e associazione, attualmente conclusi tra la Comunità europea (e i suoi Stati membri) e tutti gli Stati dei Balcani occidentali[41], contengono clausole di condizionalità composte anzitutto dalla

227, 26 giugno 2004, p. 21 ss. Il partenariato in questione è stato successivamente modificato con la decisione n. 2006/56/CE, del 30 gennaio 2006, relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato europeo con la Serbia e Montenegro incluso il Kosovo quale definito dalla risoluzione 1244 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite del 10 giugno 1999 e che abroga la decisione 2004/520/CE, *GUUE* L 35, 7 febbraio 2006, p. 32 ss. e, da ultimo, con la decisione del Consiglio 2008/213/CE, cit.

39 In relazione al Kosovo, cfr. da ultimo anche la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 17 dicembre 2009, "Realizzare la prospettiva europea del Kosovo", COM(2009)534 def./2.

40 Nelle decisioni istitutive dei partenariati si stabilisce: "L'assistenza ai Paesi dei Balcani occidentali è subordinata ai progressi in materia di conformità ai criteri di Copenhagen e al conseguimento delle specifiche priorità del (…) partenariato europeo. Qualora tali condizioni non dovessero essere rispettate, il Consiglio potrebbe adottare misure adeguate ai sensi dell'articolo 21 del regolamento (CE) n. 1085/2006 o, nel caso dei programmi pre-2007, ai sensi dell'articolo 5 del regolamento (CE) n. 2666/2000. L'assistenza è subordinata altresì alle condizioni definite dal Consiglio nelle conclusioni del 29 aprile 1997, specie per quanto riguarda l'impegno dei beneficiari ad attuare riforme democratiche, economiche e istituzionali (…)". Si ricorda che il regolamento 1085/2006, cit., riguarda lo strumento di assistenza di pre-adesione (IPA); v. *supra*. Il regolamento (CE) n. 2666/2000 del Consiglio, del 5 dicembre 2000, relativo all'assistenza all'Albania, alla Bosnia-Erzegovina, alla Croazia, alla Repubblica federale di Iugoslavia e alla ex Repubblica iugoslava di Macedonia e recante abrogazione del regolamento (CE) n. 1628/96 e modifica dei regolamenti (CEE) n. 3906/89, (CEE) n. 1360/90 e delle decisioni 97/256/CE e 1999/311/CE, *GUCE* L 306, 7 dicembre 2000, p. 1 ss. riguarda invece il programma di assistenza finanziaria CARDS (Community Assistance for Reconstruction Development and Stabilisation). Quest'ultimo – che di fatto è stato sostituito dall'IPA – prevede un meccanismo di condizionalità del tutto simile a quello stabilito nel regolamento istitutivo dell'IPA; cfr. regolamento 2666/2000, cit., art. 5.

41 Più specificamente, gli Accordi di stabilizzazione e associazione sono stati conclusi con la ex Repubblica iugoslava di Macedonia il 9 aprile 2001 (in vigore dal 1° aprile 2004), con la Croazia il 29 ottobre 2001 (in vigore dal 1° febbraio 2005), con l'Albania il 12 giugno 2006 (in vigore dal 1° aprile 2009), con il Montenegro il 15 ottobre 2007, con la Serbia il 29 aprile 2008 e con la Bosnia-Erzegovina il 16 giugno 2008.

cosiddetta "clausola elemento essenziale"[42]. Con quest'ultima si stabilisce che il rispetto dei principi democratici e dei diritti umani proclamati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e sanciti dalla CEDU, dall'Atto finale di Helsinki e dalla Carta di Parigi per una nuova Europa, i principi del diritto internazionale, inclusa la piena cooperazione con il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia, lo stato di diritto, nonché i principi dell'economia di mercato di cui al Documento della Conferenza di Bonn della CSCE sulla cooperazione economica, sono elementi essenziali dell'accordo. La "clausola elemento essenziale" è completata dalla cosiddetta "clausola di inadempienza" con la quale si stabilisce la possibilità di adottare misure appropriate, finanche la sospensione dell'accordo, in caso di violazione di uno degli elementi essenziali[43].

Sembra potersi notare che dal primo Accordo di stabilizzazione e associazione, concluso con la ex Repubblica iugoslava di Macedonia, ai più recenti le clausole di condizionalità hanno subito un progressivo irrigidimento. Per quanto concerne la clausola "elemento essenziale", non solo a partire dall'Accordo di stabilizzazione e associazione concluso con l'Albania è stato inserito il riferimento alla CEDU[44], ma negli ultimi tre accordi conclusi con il Montenegro, la Serbia e la Bosnia-Erzegovina è stato aggiunto anche il riferimento alla piena collaborazione con il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia. Per quanto concerne la "clausola di inadempienza" può notarsi, d'altra parte, un mutamento nella tecnica redazionale che rivela l'intento di conferire alla condizionalità un maggiore grado di incisività. Nel primo Accordo di stabilizzazione e associazione concluso con la ex Repubblica iugoslava di Macedonia la "clausola di inadempienza" è formulata secondo il modello della cosiddetta "clausola bulgara" (o clausola generale di inadempienza). Quest'ultima – così denominata poiché impiegata per la prima volta nell'accordo di associazione con la Bulgaria del 1993 – prevede che in caso di inadempimento degli obblighi pattizi possano essere prese misure appropriate (che possono consistere anche nella sospensione dell'accordo), previo espletamento – salvo in casi di urgenza particolare, che peraltro restano non specificati – di una procedura di consultazione volta alla ricerca di una soluzione accettabile per le parti[45].

Le clausole di inadempienza contenute negli Accordi di stabilizzazione e associazione successivamente conclusi con la Croazia e l'Albania sono, invece, formulate sul modello della clausola standard inserita in numerosi accordi stipulati dalla Comunità con Stati terzi[46]. Quest'ultima è strutturata in tre componenti: la "clausola elemento essenziale", la "clausola di inadempienza", formulata secondo il modello della "clausola bulgara", e la relativa

---

42 Le "clausole elemento essenziale" sono contenute nell'art. 2 di ciascuno degli Accordi di stabilizzazione e associazione conclusi con i Paesi dei Balcani occidentali.

43 In relazione alle "clausole di inadempienza", v. gli Accordi di stabilizzazione e associazione con la ex Repubblica iugoslava di Macedonia (art. 118), con la Croazia (art. 120 e dichiarazione comune relativa a tale disposizione), con l'Albania (art. 126 e dichiarazione comune relativa a tale disposizione), con il Montenegro (art. 133, nonché art. 129, par. 4), con la Serbia (art. 133, nonché art. 129, par. 4), con la Bosnia-Erzegovina (art. 129, nonché art. 125, par. 4).

44 Il riferimento alla CEDU è presente nella "clausola elemento essenziale" di tutti gli Accordi di stabilizzazione e associazione conclusi con i Paesi dei Balcani occidentali, tranne quelli conclusi con la ex Repubblica iugoslava di Macedonia e la Croazia.

45 Cfr. Accordo di stabilizzazione e associazione con la ex Repubblica iugoslava di Macedonia (art. 118).

46 Cfr. comunicazione della Commissione, del 23 maggio 1995, sul richiamo al rispetto dei principi democratici e dei diritti dell'uomo negli accordi tra la Comunità e i Paesi terzi, COM(95)216 def., e in particolare l'Allegato 1, contenente il testo standard delle clausole di condizionalità.

dichiarazione interpretativa che chiarisce che i casi di urgenza particolare, in presenza dei quali può ovviarsi alla procedura di consultazione prima di prendere misure appropriate, ricorrono, tra l'altro, in caso di violazione di uno degli elementi specificati nella "clausola elemento essenziale"[47]. La clausola standard, precisando i presupposti del ricorrere di casi di particolare urgenza, presenta il pregio di eliminare in parte l'ambiguità della "clausola bulgara", potenzialmente idonea ad essere impiegata per sospendere con effetto immediato l'accordo in caso di violazione di una qualsiasi delle sue disposizioni, se la violazione fosse considerata tale da determinare una situazione di particolare urgenza[48].

Le "clausole di inadempienza" contenute nei tre Accordi di stabilizzazione e associazione più recenti, conclusi con il Montenegro, la Serbia e la Bosnia-Erzegovina, si rivelano invece più complesse poiché in esse coesistono la "clausola bulgara"[49] e la più gravosa "clausola baltica" (o clausola di sospensione esplicita). Quest'ultima – così denominata poiché inserita per la prima volta negli accordi di cooperazione economica e commerciale con l'Estonia, la Lettonia e la Lituania del 1992 – prevede la possibilità di sospensione dell'accordo con effetto immediato, senza previa consultazione, in caso di violazione di uno degli elementi essenziali dello stesso[50].

Sembra potersi affermare, dunque, che la clausola di condizionalità utilizzata negli Accordi di stabilizzazione e associazione conclusi con i Paesi dei Balcani occidentali abbia subito una evoluzione, almeno dal punto di vista della tecnica redazionale, giustificabile alla luce del maggior grado di complessità delle situazioni interne dei Paesi (il Montenegro, la Serbia[51] e la Bosnia-Erzegovina[52]) con i quali gli Accordi di stabilizzazione e associazione sono stati da ultimo conclusi. Rispetto a tali Paesi, la necessità di dare un segnale concreto della volontà dell'Unione di procedere nella direzione dell'integrazione degli stessi ha portato alla conclusione degli Accordi di stabilizzazione e associazione, in un certo senso, prematuramente rispetto all'esigenza dell'Unione di veder soddisfatte tutte le condizioni richieste. Questo sembra in particolare il caso della Bosnia-Erzegovina. Infatti, l'apertura del negoziato per la conclusione dell'Accordo di stabilizzazione ed associazione con tale Paese,

---

47 Cfr. gli Accordi di stabilizzazione e associazione con la Croazia (art. 120 e dichiarazione comune relativa a tale disposizione) e con l'Albania (art. 126 e dichiarazione comune relativa a tale disposizione).

48 In proposito, cfr. P. Stangos, *La conditionnalité politique, en termes de protection de droits de l'homme, de démocratie et d'Etat de droit, des relations économiques extérieures de la Communauté et de l'Union européenne*, in H. Ruiz Fabri, L. Sicilianos, J.M. Sorel (dirs.), *L'effectivité des organisations internationales: mécanismes de suivi et de contrôle*, Paris, 2000, pp. 273-321 e in particolare p. 295.
Per una dettagliata analisi delle varie tipologie di clausole di condizionalità inserite negli accordi conclusi dalla Comunità con gli Stati terzi, v. P. Pillitu, *La tutela dei diritti dell'uomo e dei principi democratici nelle relazioni della Comunità e dell'Unione europea con gli Stati ACP*, Torino, 2003.

49 Cfr. gli Accordi di stabilizzazione e associazione con il Montenegro (art. 129, par. 4), con la Serbia (art. 129, par. 4) e con la Bosnia-Erzegovina (art. 125, par. 4).

50 Cfr. gli Accordi di stabilizzazione e associazione con il Montenegro (art. 133), con la Serbia (art. 133) e con la Bosnia-Erzegovina (art. 129).

51 In relazione alle difficoltà che hanno caratterizzato il negoziato per la conclusione dell'Accordo di stabilizzazione e associazione con la Serbia, v. G. Aliberti, *La Serbia e la prospettiva europea: un cammino accidentato*, in *ISPI Policy Brief*, 2007, n. 49 (www.ispionline.it, reperibile *on line*).

52 In relazione alla complessa situazione della Bosnia-Erzegovina, v. J. Woelk, *La lunga transizione della Bosnia ed Erzegovina "da Dayton a Bruxelles"*, in questo fascicolo.

subordinata al raggiungimento di progressi sostanziali in quattro settori chiave[53], è avvenuta solo dopo il raggiungimento di sufficienti progressi nel settore che tra quelli indicati rivestiva per l'Unione una importanza prioritaria – ovvero la riforma delle forze di polizia[54] – ferma restando una situazione interna estremamente difficoltosa.

L'irrigidimento della clausola di condizionalità sembra, pertanto, riflettere un atteggiamento di prudenza da parte della Comunità collegato all'esigenza di sottolineare che, nonostante la conclusione di Accordi di stabilizzazione e associazione, l'approfondimento delle relazioni dell'UE con i Paesi – in particolare, il Montenegro, la Serbia e la Bosnia-Erzegovina – nei quali permangono una forte instabilità o comunque notevoli difficoltà nell'avvicinamento agli standard europei resta sottoposto alla realizzazione di ulteriori sostanziali avanzamenti nel percorso di riforme. Ciò sembra trovare conferma anche nel fatto che l'applicazione dell'accordo interinale concluso con la Serbia – ossia l'accordo che, come avvenuto anche in relazione agli altri Stati balcanici, è adottato insieme all'Accordo di stabilizzazione e associazione essenzialmente allo scopo di consentire la temporanea applicazione di misure commerciali nelle more dell'entrata in vigore di quest'ultimo – è stata rinviata fino al momento in cui il Consiglio avesse constatato la piena cooperazione della Serbia con il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia[55]. Del resto, anche l'entrata in vigore dell'Accordo di stabilizzazione e associazione, che necessita della ratifica da parte di tutti gli Stati membri, risente nel caso della Serbia dell'opposizione dei Paesi Bassi che, come noto, subordinano la propria ratifica alla piena cooperazione di tale Stato con il Tribunale dell'Aja e, più specificamente, alla consegna dell'ex generale serbo-bosniaco Ratko Mladic, accusato di crimini di guerra[56].

---

53 Tali settori erano relativi alla riforma delle forze di polizia, alla riforma dei servizi pubblici di radiodiffusione, alla riforma della pubblica amministrazione per lo sviluppo della capacità amministrativa necessaria per l'attuazione dell'Accordo di stabilizzazione e associazione, e infine alla piena collaborazione con il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia. Cfr. COM(2008)674 def., cit.

54 L'*impasse* politica interna che bloccava la realizzazione della riforma delle forze di polizia in Bosnia-Erzegovina è stata superata in seguito al raggiungimento di un accordo di massima tra i principali partiti politici che ha condotto all'adozione della dichiarazione di Mostar, del 28 ottobre 2007, e del piano d'azione di Sarajevo, del 22 novembre 2007 (www.eusrbih.eu, reperibili *on line*).

55 V. comunicato stampa relativo alle conclusioni della 2864ª e 2865ª sessione del Consiglio Affari generali e relazioni esterne, Lussemburgo, 29 aprile 2008, doc. 8619/08.

56 La ratifica da parte dei Paesi Bassi dell'Accordo di stabilizzazione e associazione con la Serbia era stata subordinata anche alla consegna di Radovan Karadzic al Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia. Nonostante, come noto, nel luglio 2008 Karadzic fosse stato consegnato al Tribunale dell'Aja, l'applicazione dell'accordo interinale è rimasta a lungo sospesa. La possibilità di applicare tale accordo – collegata anche alle valutazioni espresse dal Procuratore del Tribunale dell'Aja, Serge Brammertz, nella sua relazione periodica al Consiglio di sicurezza dell'ONU – pur non implicando necessariamente una imminente entrata in vigore dell'Accordo di stabilizzazione e associazione, era stata indicata dal Commissario per l'allargamento, Olli Rehn, come condizione sufficiente per la presentazione della candidatura della Serbia all'adesione. Alla luce dei progressi nella cooperazione con il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia e del rinnovato impegno della Serbia nei confronti del processo di integrazione con l'Europa, la Commissione si è espressa in favore dell'applicazione dell'accordo interinale nell'ottobre 2009; cfr. COM(2009)533 def., cit. Il 7 dicembre 2009, il Consiglio dell'Unione ha deciso di autorizzare l'applicazione dell'accordo interinale con la Serbia; v. comunicato stampa relativo alla 2984ª sessione del Consiglio Affari generali, Bruxelles, 7 dicembre 2009, doc. 17217/09. Il 22 dicembre 2009, la Serbia ha quindi presentato la propria domanda di adesione.

Complessivamente, l'incremento o l'eventuale sospensione di misure commerciali preferenziali o di assistenza finanziaria, l'avvio o il differimento dei negoziati per la conclusione degli Accordi di stabilizzazione e associazione (come, da ultimo, nei casi del Montenegro, della Serbia e della Bosnia-Erzegovina), l'entrata in vigore e l'applicazione degli stessi (come, attualmente, nel caso della Serbia) o l'eventuale sospensione della loro applicazione, sono determinati dalla rigorosa utilizzazione del principio di condizionalità democratica così come previsto in linea generale dalle conclusioni del Consiglio del 1997 e precisato nei vari strumenti predisposti nel contesto del Processo di stabilizzazione e associazione.

Inoltre, il soddisfacimento delle dettagliate condizioni previste nel contesto del Processo di stabilizzazione e associazione – oltre che dei criteri per l'adesione sanciti dal TUE e, più in generale, dei criteri di Copenhagen – costituisce il presupposto ineludibile per la eventuale futura adesione[57].

Sebbene il Processo di stabilizzazione e associazione non differisca in modo sensibile dal processo di allargamento dell'UE ai Paesi dell'Europa centro-orientale, esso a rigore non definisce formalmente una strategia di pre-adesione. Gli Accordi di stabilizzazione e associazione, in particolare, a differenza degli Accordi europei conclusi con i Paesi dell'Europa centro-orientale, non contengono un impegno formale da parte dell'UE a procedere verso l'adesione[58]; essi si limitano a richiamare nel loro preambolo l'intento dell'UE di integrare pienamente i Paesi associati potenziali candidati una volta soddisfatti i requisiti stabiliti dal TUE e dai criteri di Copenhagen e a condizione che l'Accordo di stabilizzazione e associazione sia pienamente applicato.

Ciononostante, il pieno rispetto della condizionalità è di fatto indispensabile ai fini del riconoscimento dello *status* di Paese candidato che, finora è stato conferito solo alla Croazia e alla ex Repubblica iugoslava di Macedonia[59] e che prossimamente potrebbe essere attribuito anche al Montenegro e all'Albania[60]. L'adempimento delle condizioni richieste

---

57 Al riguardo v. A. Lang, *Le procedure per l'allargamento dell'Unione europea: anno 2008*, in *DPCE*, 2009, p. 122 ss.; Id., *La politica di allargamento dell'Unione europea*, in questo fascicolo.

58 Al riguardo, v. J. Marko, J. Wilhelm, *Stabilisation and Association Agreements*, in A. Ott, K. Inglis (eds.), *Handbook on European Enlargement – A Commentary on the Enlargement Process*, The Hague, 2002, pp. 165-174; D. Phinnemore, *Stabilisation and Association Agreements: Europe Agreements for the Western Balkans?*, in *EFA Rev.*, 2003, pp. 77-103.

59 In relazione alla Croazia, v. la comunicazione della Commissione, del 20 aprile 2004, relativa al parere sulla domanda di adesione all'UE della Croazia, COM(2004)257 def., e le conclusioni della Presidenza del Consiglio del 17 e 18 giugno 2004. In relazione alla ex Repubblica iugoslava di Macedonia, v. la comunicazione della Commissione, del 9 novembre 2005, relativa al parere sulla domanda di adesione all'UE della ex Repubblica iugoslava di Macedonia, COM(2005)562 def., e le conclusioni della Presidenza del Consiglio del 15 e 16 dicembre 2005.

60 Il Montenegro ha presentato richiesta di adesione il 15 dicembre 2008 e il 23 aprile 2009 il Consiglio ha richiesto il parere della Commissione al riguardo (cfr. il comunicato stampa del 23 aprile 2009, doc. 9055/09). L'Albania ha presentato richiesta di adesione il 28 aprile 2009 e il 16 novembre 2009 il Consiglio – che aveva precedentemente precisato che la richiesta dell'Albania sarebbe stata discussa dopo il completamento della procedura elettorale albanese (cfr. il comunicato stampa della 2957ª sessione del Consiglio Affari generali e relazioni esterne, Bruxelles, del 27 luglio 2009, doc. 12353/09) – ha richiesto il parere della Commissione; cfr. il comunicato stampa relativo alle conclusioni della 2973ª sessione del Consiglio Affari generali e relazioni esterne, Bruxelles, del 16 novembre 2009, doc. 15913/09. Al momento in cui si scrive, il Consiglio non ha invece ancora richiesto il parere della Commissione in relazione alla domanda di adesione presentata dalla Serbia il 22 dicembre 2009.

dall'Unione è, inoltre, determinante ai fini dell'avvio del negoziato di adesione. Proprio in considerazione dei progressi nella realizzazione delle riforme e delle priorità fondamentali del partenariato, nonché del sufficiente soddisfacimento dei criteri di Copenhagen, la Commissione ha recentemente raccomandato l'apertura dei negoziati di adesione con la ex Repubblica iugoslava di Macedonia[61]. L'applicazione del principio di condizionalità democratica incide del resto anche sullo svolgimento del negoziato di adesione. Le "direttive" di negoziazione[62] relative alla Croazia – l'unico Paese dei Balcani occidentali con il quale, come noto, il negoziato di adesione è stato avviato[63] – stabiliscono espressamente che in caso di grave e persistente violazione da parte della Croazia dei principi di libertà, democrazia, dei diritti umani e delle libertà fondamentali, nonché dello stato di diritto, la Commissione potrà raccomandare la sospensione dei negoziati di adesione e proporre le condizioni cui subordinarne la ripresa. Inoltre, lo svolgimento del negoziato di adesione è subordinato al rispetto dei criteri di Copenhagen, all'adempimento delle condizioni stabilite nel quadro del Processo di stabilizzazione e associazione e all'applicazione dell'Accordo di stabilizzazione e associazione e del partenariato di adesione. Il negoziato di adesione con la Croazia, che per molto tempo ha risentito della controversia con la Slovenia in ordine alla questione dei confini, ha ricevuto nuovo slancio proprio in seguito all'accordo politico raggiunto tra i due Stati su tale questione nel settembre 2009. Conseguentemente, come rilevato dalla Commissione[64], il negoziato di adesione con la Croazia si sta avvicinando alle sue fasi conclusive, ferma restando la necessità che tale Stato soddisfi le ulteriori condizioni relative, in particolare, al riordino del sistema giudiziario e della pubblica amministrazione, alla lotta contro la corruzione e la criminalità organizzata, ai diritti delle minoranze, compreso il rientro dei profughi, e ai processi per crimini di guerra, inclusa la soluzione del problema dell'accesso ai documenti da parte del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia.

4. La condizionalità democratica è uno strumento che ha suscitato e suscita perplessità, a livello sia giuridico sia politico, e che da tempo è al centro di un acceso dibattito.

L'inserimento di clausole di condizionalità in materia di diritti umani e democrazia negli accordi con Stati terzi non è stato esente da analisi critica nemmeno in seno alla stessa UE, più specificamente con riferimento alla competenza della Comunità a condizionare le proprie relazioni politiche ed economiche al rispetto dei diritti umani e dei principi democratici[65].

---

61 Cfr. COM(2009)533 def., cit.

62 V. *Negotiating Framework*, del 3 ottobre 2005 (ec.europa.eu, reperibile *on line*).

63 In proposito, v. R. Yakemtchouk, *La Croatie: deviendra-t-elle membre de l'Union européenne?*, in *RMCUE*, 2005, p. 317 ss. e T. Cerruti, *L'apertura dei negoziati di adesione all'Unione europea della Turchia e della Croazia*, in *Q. cost.*, 2007, p. 93 ss.

64 Cfr. COM(2009)533 def., cit.

65 I possibili problemi di legittimità "interna" in relazione all'inserimento di tali clausole sono stati, come noto, risolti dalla Corte di giustizia con la sentenza del 1996 relativa al caso *Portogallo* c. *Consiglio*. In tale pronuncia, la Corte riconosceva la competenza della Comunità a concludere accordi di cooperazione contenenti clausole di condizionalità in materia di diritti umani e democrazia, confermando che il fondamento giuridico di tali accordi fosse rintracciabile nelle disposizioni del TCE relative alla cooperazione per lo sviluppo (in particolare art. 177 e art. 181), che espressamente richiamano tra gli obiettivi perseguiti dalla Comunità il rispetto dei diritti umani e dei principi democratici. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 1996, causa C-268/94, *Portogallo* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. I-6177.

Problematica appare, inoltre, la *querelle* teorica riguardante la portata giuridica delle clausole di condizionalità, in altre parole la loro idoneità a creare obblighi in capo agli Stati cui si riferiscono e conseguentemente giustificare in caso di inadempienza il ricorso a misure restrittive[66]. Riguardo quest'ultimo aspetto, è evidente che l'applicazione del principio di condizionalità democratica possiede una "dimensione negativa", consistente nella possibilità di reagire al mancato adempimento delle condizioni richieste con misure restrittive. Peraltro, non può trascurarsi il fatto che nella prassi applicativa del principio di condizionalità democratica dell'UE è sempre prevalso un "approccio positivo", con il quale la concessione di determinati incentivi economici o politici scaturisce dal soddisfacimento delle condizioni richieste.

La condizionalità è del resto ampiamente contestata sul piano politico, in primo luogo poiché essa, in quanto strumento di pressione utilizzato essenzialmente in relazioni di tipo asimmetrico, deriva la sua forza principalmente dal limitatissimo "potere contrattuale" degli Stati nei confronti dei quali è applicata. Inoltre, le caratteristiche intrinseche e le modalità di applicazione di tale strumento non hanno mancato di suscitare delle perplessità in relazione alla possibile compressione della sovranità degli Stati, in particolare per l'ingerenza in questioni tipicamente rientranti nella sfera della *domestic jurisdiction* (organizzazione dei poteri, scelta del sistema politico ed economico).

Al di là di tali questioni di carattere generale, sulle quali non è possibile soffermarsi adeguatamente in questa sede, sembra opportuno interrogarsi piuttosto sulla capacità della condizionalità di produrre i risultati che ci si attende dalla sua applicazione. In particolare, alla luce dell'analisi qui condotta in relazione ai paesi dei Balcani occidentali, il principio di condizionalità democratica si conferma indubbiamente come un potente strumento di pressione attraverso il quale l'Unione europea sostiene e guida il processo di transizione politico-economica dei Paesi terzi con i quali stabilisce relazioni privilegiate. D'altra parte, la realizzazione di tale processo poggia anzitutto sulle attività legislative, esecutive e giudiziarie i cui artefici ultimi restano gli Stati. La situazione dei Paesi dei Balcani occidentali rivela che, nonostante i progressi indubbiamente conseguiti, la traduzione sul piano sostanziale dei modelli giuridici acquisiti sul piano formale (anche per effetto della pressione esercitata dalla condizionalità), in altre parole l'attuazione concreta delle riforme e l'adeguamento agli standard europei appaiono ancora non pienamente soddisfacenti[67].

La prospettiva della piena integrazione nell'Unione europea e della possibile futura adesione – pur nelle sue fasi alterne di accelerazione e rallentamento, e ferma restando la sua

---

L'interpretazione della Corte di giustizia offre un importante punto di riferimento per individuare la base giuridica delle clausole di condizionalità inserite non solo negli accordi di cooperazione per lo sviluppo *ex* art. 181 TCE, ma anche in altre tipologie di accordi (come gli accordi di associazione, fondati sull'art. 310 TCE, e gli accordi commerciali, fondati sull'art. 133 TCE) e negli altri strumenti unilaterali per la cooperazione commerciale ed economica. La questione relativa al fondamento giuridico delle clausole di condizionalità è stata ampiamente analizzata in dottrina; in particolare, v. V. Cannizzaro, *The Scope of the EU Foreign Power. Is the EC Competent to Conclude Agreements with Third States Including Human Rights Clauses?*, in V. Cannizzaro (ed.), *The European Union as An Actor in International Relations*, The Hague, 2002, p. 297 ss.; L. Bartels, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford, 2005, p. 169 ss.

66 In argomento, mi permetto di rinviare a L. Appicciafuoco, *Integrazione dei Balcani occidentali nell'Unione europea e principio di condizionalità*, in *DPCE*, 2007, p. 547 ss., in particolare p. 579 ss.

67 Cfr. COM(2009)533 def., cit.

vaghezza e incertezza in relazione ai tempi di realizzazione[68] – costituisce un incentivo fondamentale per il completamento del processo di transizione dei Paesi dei Balcani occidentali. In tale contesto, l'applicazione del principio di condizionalità democratica resta uno strumento ineludibile. L'eventuale adesione di tali Paesi sarà subordinata non solo al soddisfacimento delle condizioni per l'adesione sancite dal TUE e dai criteri di Copenhagen, ma anche delle condizioni delineate nel contesto del Processo di stabilizzazione e associazione. Del resto, come ribadito dalla Commissione nei più recenti documenti concernenti la strategia di allargamento[69], l'equa e rigorosa applicazione della condizionalità è uno dei principi basilari su cui poggia la politica di allargamento dell'UE, come delineata dal consenso rinnovato su tale questione, raggiunto in occasione del Consiglio europeo del dicembre 2006[70].

La possibilità della futura adesione dei Paesi dei Balcani occidentali, d'altra parte, non risente solo degli sviluppi politici, istituzionali, sociali ed economici all'interno di tali Paesi e, pertanto, della loro capacità di soddisfare pienamente le condizioni richieste dall'Unione. La piena integrazione dei Balcani occidentali nell'Unione europea appare fortemente influenzata dalla crisi finanziaria globale che, soprattutto a partire dal secondo semestre del 2008, ha colpito sia l'Unione sia i Paesi interessati dall'allargamento[71]. La prospettiva di realizzare ulteriori allargamenti ha d'altra parte risentito, soprattutto negli ultimi anni, anche della crisi politica interna all'Unione europea – palesata dalle vicende relative al Trattato costituzionale e al successivo Trattato di Lisbona – e del dibattito relativo alla cosiddetta "capacità di assorbimento".

I più recenti sviluppi politici interni all'Unione europea, e specificamente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, potrebbero imprimere un nuovo slancio alla prospettiva europea per i Balcani occidentali. Le modifiche dell'assetto istituzionale dell'Unione introdotte da tale Trattato potrebbero, infatti, almeno in linea teorica, incrementare la capacità della stessa di integrare nuovi Stati membri.

A tal fine, tuttavia, sarebbe comunque opportuno che la strategia politica per i Paesi dei Balcani occidentali – che per alcuni sarebbe finalizzata non già alla piena integrazione, ma esclusivamente alla "europeizzazione" degli ordinamenti giuridici di tali Paesi, ovvero alla loro trasformazione in vista di renderli omogenei all'ordinamento dell'UE[72] – fosse ulteriormente rafforzata[73]. Sviluppi significativi verso la piena integrazione e futura adesione dei Balcani occidentali sembrano per giunta richiedere un rafforzamento degli impegni reciproci: a un rinnovato impegno da parte dell'UE a rafforzare la prospettiva europea per tali Stati dovrebbe, cioè, corrispondere un rinnovato e rigoroso impegno degli Stati balcanici a soddisfare le condizioni richieste[74].

---

68 In relazione all'incertezza relativa alla prospettiva di adesione dei Balcani occidentali, cfr. F. Nelli Feroci, *Il cammino dell'integrazione europea a 50 anni dai Trattati di Roma. Dalla pausa di riflessione all'occasione di un nuovo rilancio*, in *CI*, 2007, p. 9 ss., e in particolare p. 20 s.

69 Cfr.COM(2008)674 def., cit., e, da ultimo, COM(2009)533 def., cit..

70 Cfr. le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, del 14 e 15 dicembre 2006.

71 Cfr. COM(2009)533 def., cit.

72 In argomento v. E. T. Fakiolas, N. Tzifakis, *Transformation or Accession? Reflecting on the EU's Strategy Towards the Western Balkans*, in *EFA Rev.*, 2008, p. 377 ss.

73 Cfr. J. Teokarevic, *È tempo di "Salonicco II"*, giugno 2009, (www.osservatoriobalcani.org, reperibile *on line*).

74 Cfr. O. Anastasakis, *The EU's Political Conditionality in the Western Balkans: Towards a More Pragmatic Approach*, in *Southeast European and Black Sea Studies*, 2008, p. 365 ss.

Abstract

The EU and Democratic Conditionality in the Relationships with the Western Balkans

This article focuses on the application of the EU's principle of democratic conditionality *vis-à-vis* the Western Balkans. The pace of the Stabilisation and Association Process is deeply affected by the rigorous application of this principle. Compliance with the required conditions and the full implementation of reforms – which in many cases are still challenged by lasting political, economic and social difficulties – is fundamental to keep political and economic relationships with the EU, as well as in order to achieve full integration into the EU's economic, political and legal order. The European perspective of possible future membership is the main incentive for completing the Western Balkans' transition process. In this context, the EU's conditionality still is a powerful and unavoidable instrument which confirms the transformative impact of the EU's external relations as a great catalyst for change.

Jens Woelk

La lunga transizione della Bosnia ed Erzegovina "da Dayton a Bruxelles"

Sommario: 1. Introduzione: la Bosnia prigioniera di Dayton. – 2. La transizione costituzionale: dall'Accordo di pace alla fase delle "correzioni costituzionali". – 3. L'Alto rappresentante: da moderatore e garante del processo a attore e parte costitutiva dell'ordinamento. – 4. Transizione verso la "*local ownership*"? Le critiche al "protettorato internazionale" e il dibattito sulla chiusura dell'OHR. – 5. Il dilemma delle riforme costituzionali. – 6. Riforme costituzionali limitate come inizio di un ri-equilibrio – 7. L'europeizzazione: condizionalità al posto dell'imposizione. – 8. La riforma della polizia: un esempio di avvicinamento "zoppicante". – 9. Alla ricerca di un minimo denominatore comune sostenibile. – 10. Lo Stato "assistito" come fase finale della transizione.

1. La situazione della Bosnia ed Erzegovina (BiH) a quasi 15 anni dalla fine della guerra e dalla conclusione dell'Accordo di Pace di Dayton continua a essere difficile[1]. Il Paese rimane profondamente diviso al suo interno, fra le due Entità – la Republika Srpska (RS) e la Federazione di Bosnia-Erzegovina (FBH) –, i 10 Cantoni all'interno di quest'ultima e perfino i tanti Comuni. Nonostante i progressi in alcuni settori e il successo della conclusione dell'Accordo di stabilizzazione e di associazione (SAA) nel mese di giugno 2008, anche le ultime relazioni della Commissione europea mettono in evidenza le disfunzionalità istituzionali e amministrative del livello statale e il deterioramento della situazione nei rapporti etnici, caratterizzata dalla "retorica infiammatoria" e nazionalista dei politici[2].

---

[1] GFAP (General Framework Agreement on Peace) oppure DPA (Dayton Peace Agreement): i testi dell'Accordo di pace e dei suoi undici allegati sono reperibili *on line* sul sito dell'Alto rappresentante (www.ohr.int). La Conferenza a Dayton si svolse dal 1° al 21 novembre 1995; l'Accordo di pace venne firmato a Parigi, il 14 dicembre 1995.

[2] Cfr. la parte dedicata alla Bosnia ed Erzegovina della comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 14 ottobre 2009, "Strategia di allargamento e sfide principali per il periodo 2009-2010, COM(2009)533 def.

Attualmente il rischio maggiore non è tanto il pericolo concreto di nuove ostilità e di violenze fra i gruppi etnici principali (bosgnacchi, croati e serbi)[3], ma – meno drammatica e più pericolosa nella prospettiva di medio e lungo termine – la stagnazione permanente del Paese, in un contesto regionale di forte cambiamento, e la sua dipendenza economica dai vicini. Il problema principale è quindi che la prospettiva dell'adesione futura all'Unione europea e la condizionalità non sembrano[4], nel caso bosniaco, sufficienti come incentivi per avviare riforme necessarie, in particolare sembra proprio che da sole non bastino per superare le divisioni etniche e per creare uno Stato funzionante, presupposto per la stessa adesione. Infatti, dal 2006 ad oggi, sono falliti tutti i tentativi, sia quelli eterodotti sia quelli endogeni, di arrivare ad una riforma costituzionale che da tanti è vista come prova necessaria della maturità politica della Bosnia ed Erzegovina e della responsabilità per gli affari propri (la c.d. *local ownership*).

Cercando di dare alcune risposte sulle ragioni dello stallo attuale e sulle opzioni degli attori bosniaci e internazionali, si parte da un breve riassunto delle fasi della transizione costituzionale della Bosnia per focalizzare poi sul ruolo importante della comunità internazionale (in particolare sull'istituzione di vertice, l'Alto rappresentante e il Rappresentante speciale dell'UE) e, infine, analizzare i vari tentativi di riforme costituzionali, sia per quanto riguarda i loro contenuti principali al fine di individuare i punti più importanti sia per valutare le future opzioni e prospettive.

2. Dalla prospettiva giuridica il fenomeno delle transizioni politico-costituzionali riguarda prevalentemente l'atto di rottura e di fondazione della legittimità del nuovo ordinamento[5], tuttavia, in alcuni ordinamenti dell'area balcanica proprio la determinazione di tale momento non risulta facilmente individuabile nei processi di transizione relativamente lunghi e articolati in più fasi. Da questa osservazione prende spunto l'analisi del processo di transizione costituzionale nel caso bosniaco, per il quale si possono distinguere, a partire dall'Accordo di Dayton, tre fasi principali[6]: ad una prima fase di attuazione dell'Accordo segue una fase "correttiva", caratterizzata dalla passività e dall'ostruzione dei politici nelle

---

3 Com'è noto, nel contesto bosniaco i tre gruppi principali, fra i quali è stata combattuta la guerra civile fra il 1992 e il 1995, vengono definiti dalla stessa Costituzione "popoli costitutivi"; gli altri gruppi di consistenza demografica inferiore sono, di conseguenza, le "minoranze".

4 Cfr., per la condizionalità, l'analisi approfondita di L. Appicciafuoco, *Integrazione dei Balcani occidentali nell'Unione europea e principio di condizionalità*, in *DPCE*, 2007, p. 547 ss.; Id., *L'Unione europea e la condizionalità democratica nelle relazioni con i Paesi dei Balcani occidentali*, in questo fascicolo.

5 Cfr., sul fenomeno e sul concetto delle transizioni costituzionali, in generale, G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998, p. 45 ss.; L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento costituzionale*, Padova, 2003; con riferimento all'Europa centro-orientale, in particolare, S. Bartole, P. Grilli di Cortona (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale. Elites, istituzioni e partiti*, Torino, 1998; S. Gambino (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni costituzionali*, Milano, 2003; G. De Vergottini, *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, in M. Calamo Specchia, M. Carli, G. Di Plinio, R. Toniatti (a cura di), *I Balcani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Torino, 2008, p. 3, e, nello stesso volume, S. Gambino, *Potere costituente e transizioni democratiche nell'area balcano-occidentale*, p. 17 s.

6 Cfr., per una ricostruzione e un'analisi delle tre fasi, J. Woelk, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina: dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile*?, Padova, 2008.

istituzioni e, in reazione, dagli interventi della Corte costituzionale e dell'Alto rappresentante della comunità internazionale. Successivamente, è soprattutto l'obiettivo dell'integrazione europea a determinare il passaggio ad una maggiore responsabilità bosniaca e a richiedere l'aggiustamento dei delicati equilibri dell'ordinamento imposto.

L'azione di attori esterni diversi – varie organizzazioni internazionali, Stati, e sempre di più l'Unione europea – continua a caratterizzare e a condizionare fortemente i processi di transizione nell'intera area balcanica: il caso bosniaco può essere considerato paradigmatico sia a causa della durata e dell'intensità dell'intervento sia per il significato costitutivo che esso ha per l'ordinamento imposto con l'Accordo di Pace di Dayton.

L'attuale ordinamento costituzionale è stato imposto nel 1995, da parte della comunità internazionale, per mettere fine alla guerra e allo stesso tempo creare le basi per una certa stabilità nel dopoguerra; la principale preoccupazione era quindi quella per la sicurezza: dopo tre anni di guerra con più di 100.000 vittime e più di un milione di rifugiati e sfollati, l'ordinamento doveva soprattutto garantire stabilità e impedire nuova violenza. La Costituzione bosniaca è, nella sola lingua inglese, conenuta nell'allegato IV all'Accordo di pace di Dayton. Il *deficit* di legittimazione interna di tale Costituzione non è tuttavia solo di carattere linguistico (va ricordato che non esiste nessuna traduzione ufficiale nelle lingue bosniache)[7], ma anche democratico in quanto l'Accordo di pace – e quindi anche la Costituzione – è stato siglato con tre firme che rappresentano sì i tre popoli costitutivi, ma rappresentati attraverso il Presidente della Bosnia, A. Izetbegović, e i due capi di Stato della Croazia e dell'allora Repubblica federale di Iugoslavia, F. Tudjman e S. Milošević, come madrepatrie di due dei gruppi presenti in Bosnia.

L'analisi delle principali caratteristiche dell'ordinamento costituzionale deve focalizzare soprattutto il peculiare sistema federale, e in particolare il rapporto fra il debole "Stato" e le sue due unità costitutive, le "Entità", nonché le diverse forme e garanzie dell'istituzionalizzazione del fattore etnico. Tale interpretazione bosniaca del modello di democrazia consociativa o di *power sharing* ha portato ad un sistema istituzionale asimmetrico, estremamente complesso e spesso disfunzionale, con un centro debole, tanti/troppi governi (quattordici fra Stato, Entità, Cantoni e distretto di Brčko) e costi enormi.

Nell'ordinamento federale è omnipresente la logica del cessate il fuoco, a partire dalla divisione del territorio fra le parti belligeranti rappresentate in due "Entità": con il 49% del territorio alla Repubblica serba (RS) dichiaratasi indipendente nel 1991, dopo un referendum, e il 51% all'alleanza fra bosgnacchi-musulmani e croati, che, su forte pressione americana, avevano fondato la Federazione di Bosnia-Erzegovina (FBH) a Washington nel 1994[8]. Mentre la prima, nonostante la sua divisione geografica in due parti si presenta come uno Stato unitario, la seconda è un sistema federale costituito da 10 Cantoni (a maggioranza croata o bosgnacca; con solo due Cantoni misti). Oltre a questi "gemelli" molto diversi fra loro c'è il distretto di Brčko posto sotto amministrazione internazionale diretta, in seguito ad

[7] Per le questioni linguistiche e la – nuova – problematica linguistica causata dalla politica dell'affermazione di tre lingue ufficiali: accanto al croato e al serbo è riconosciuto anche il bosgnacco ("b-c-s"), cfr. anche H. J. Peters, *Bosnien-Herzegowina und seine Sprache(n)*, in W. Graf Vitzthum, I. Winkelmann (Hrsg.), *Bosnien-Herzegowina im Horizont Europas*, Berlin, 2003, p. 51 ss.

[8] I confini tra le due Entità sono infatti quelle della linea del cessate il fuoco, denominata "interentity boundary line" (all. 2), evitando il termine "confine" e ogni riferimento al carattere statuale delle due "Entità".

un lodo internazionale[9], a causa della sua importanza strategica trovandosi la città proprio sul punto che collega le due parti della RS.

Mentre le due Entità sono considerate territori dei gruppi "titolari" e dotate di tutti i poteri importanti, inclusi i rapporti speciali con Stati confinanti, il livello federale è – volutamente – debole. Le "istituzioni statali" dispongono soltanto di poche competenze e risultano spesso bloccate dagli ampi strumenti di garanzia dei gruppi. Nella logica della stabilizzazione post-conflittuale, gli elementi principali delle garanzie sono l'elezione diretta (e separata) della Presidenza tripartita, la rappresentanza paritetica di tutti i gruppi nel Consiglio dei Ministri e in altre istituzioni a livello statale, la divisione in due elettorati corrispondenti alle Entità, la garanzia di un'ampia autonomia delle due Entità nonché diversi diritti di veto per motivi etnici; questi ultimi sono stati frequentemente utilizzati, soprattutto a livello statale, per bloccare decisioni e l'adozione di leggi[10]. L'uso frequente e ostruzionista di tali strumenti è espressione di un "federalismo etnico" basato sull'identificazione di un territorio con un gruppo dominante.

Alla risultante staticità e tendenziale segregazione dei gruppi si contrappone, tuttavia, come elemento dinamico l'obiettivo (politico e internazionale) della ricostruzione della società multietnica bosniaca che doveva essere raggiunto attraverso la effettiva realizzazione del diritto al ritorno dei rifugiati e degli sfollati garantito dall'allegato VII dell'Accordo di pace. Il contrasto fra tale elemento dinamico e l'obiettivo della sicurezza che premia lo *status quo*, ha posto la domanda come superare la situazione di stallo e di blocco e fare funzionare la Costituzione, anche al fine di garantire il diritto al ritorno volontario e alla reintegrazione armoniosa, senza privilegio di alcun gruppo.

Le politiche di ostruzionismo e le disfunzionalità nell'attuazione dell'Accordo di Dayton rendevano necessari degli interventi correttivi da parte delle due istituzioni di garanzia: la Corte costituzionale come istituzione costituzionale e interna, e l'Alto rappresentante della comunità internazionale come garante esterno. Nei loro interventi correttivi per la piena attuazione e per rendere più funzionale l'assetto istituzionale e competenziale complessivo può essere individuata una seconda fase della transizione costituzionale.

L'impulso più forte per lo sviluppo dell'ordinamento costituzionale è arrivato dalla Corte costituzionale. Basandosi sull'uguaglianza dei tre popoli costitutivi risultante soprattutto dal preambolo della Costituzione di Dayton, nella sua sentenza del 1° luglio 2000[11] la Corte costituzionale sottolinea il carattere multinazionale di tutto l'ordinamento e a tutti i livelli traendone delle conseguenze per le Costituzioni e per le istituzioni delle Entità, che non possono essere considerate "territori di un gruppo soltanto". La leva argomentativa usata dai giudici costituzionali è soprattutto la garanzia del ritorno dei rifugiati e degli espulsi (prevista dal già menzionato allegato VII), difficilmente realizzabile nella prassi a causa della frequente combinazione fra un contesto istituzionale di fatto monoetnico e discriminazioni.

---

9 Brčko Arbitration Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brčko Area, *Final Award* (5 March 1999), paragrafi 1 e 11, che attribuiva a Brčko uno *status* paragonabile a quello del District of Columbia negli USA.

10 Sia da parte dei partiti nazionalistici nella procedura legislativa sia da parte dei membri della Presidenza collettiva e tripartita, che serve più alla rappresentanza degli interessi dei popoli costitutivi che al governo del Paese.

11 Corte cost. BiH, caso U 5/98-III. In proposito, cfr. F. Palermo, *Bosnia-Erzegovina: la Corte costituzionale fissa i confini della (nuova) società multietnica*, in *DPCE*, 2000, p. 1479 ss.

Per la Corte "i costituenti di Dayton non avrebbero indicato bosgnacchi, croati e serbi quali popoli costitutivi in palese contrasto con la categoria costituzionale delle minoranze nazionali, se essi avessero avuto l'intenzione di lasciare tali popoli nelle condizioni minoritarie in cui all'epoca di fatto si trovavano nelle rispettive entità"[12]. Pertanto le Entità sono costituzionalmente obbligate a non discriminare quei popoli costitutivi dello Stato che vengono di fatto a trovarsi in posizione di minoranza numerica all'interno dei rispettivi territori (dunque i serbi nella Federazione, i bosniaci e i croati nella Repubblica serba).

Per questi motivi sono state dichiarate incostituzionali tutte le disposizioni costituzionali delle Entità che conferivano soltanto ad uno o due dei tre gruppi principali lo *status* formale di "popolo costitutivo" dell'Entità rispettiva[13], con la conseguente attribuzione di un ruolo privilegiato nei suoi organi di governo: il principio affermato è pertanto l'uguaglianza collettiva e istituzionale, in parole semplici, "tre popoli, uno Stato", e non, come sembravano ritenere implicitamente le Costituzioni delle Entità, "un popolo, un'Entità"[14]. Inoltre, con il riconoscimento di una competenza legislativa quadro (implicita) dello Stato, la sentenza rafforza i poteri delle istituzioni statali.

Tuttavia, la sentenza sui "popoli costitutivi" non sarebbe stata possibile senza la composizione "mista" della Corte costituzionale. Infatti, oltre ad una componente bosniaca, comprendente – pariteticamente – due giudici costituzionali per popolo costitutivo, è prevista una componente internazionale, con tre giudici stranieri nominati dal Presidente della Corte europea per i diritti dell'uomo. Nel caso dei "popoli costitutivi", la necessaria maggioranza è stata garantita dai giudici bosgnacchi e "internazionali".

La decisione della Corte è stata fortemente criticata dalla maggior parte dei partiti serbi e da parte di quelli croati, e salutata positivamente dai partiti bosgnacchi e dalla comunità internazionale. Alla fine, dopo il decorso di varie scadenze non rispettate, nel mese di aprile 2002 le riforme delle Costituzioni delle Entità sono state imposte con decreto dell'Alto rappresentante. Proprio l'uso dei poteri straordinari per intervenire a livello costituzionale ha tuttavia sollevato la domanda della sostenibilità di tali interventi.

3. Nominato dalla Peace Implementation Conference internazionale di sostegno per il processo di pace, tenutasi a Londra nel mese di dicembre 1995 e confermato dal Consiglio di sicurezza dell'ONU[15], giuridicamente l'Alto rappresentante è uno strano ibrido perché non è chiaro chi rappresenti veramente, se le Nazioni Unite o (più probabilmente) la comunità internazionale in quanto tale[16].

---

12 Par. 54.

13 Le Costituzioni delle Entità erano state adottate – come Costituzioni di Stati sovrani – prima dell'Accordo di Dayton: il 28 febbraio 1992 la Repubblica serba dichiarò la propria indipendenza dalla Bosnia Erzegovina e la sua Costituzione è stata adottata il 7 aprile 1992; la Federazione trovò la sua origine nell'Accordo di Washington tra croati e bosgnacchi del 18 marzo 1994 che concluse la guerra croato-musulmana; tre mesi dopo, il 24 giugno 1994, un'assemblea costituente adottò la Costituzione federale.

14 F. Palermo, *op. cit.*, p. 1479 ss.

15 L'allegato 10 dell'Accordo di Dayton fornisce la base giuridica delle attività dell'Alto rappresentante, istituito direttamente per forza dell'Accordo tra le parti, mentre la Risoluzione può essere considerata piuttosto come un atto di approvazione e di conferma da parte del Consiglio di Sicurezza (S/RES/1031 del 15.12.1995).

16 Per una descrizione delle attività, G. La Ferrara, *Experimenting Internationally Managed Conflict Resolution in a Divided Society*, in European Commission for Democracy through Law (ed.), *Societies in Conflict: The Contribution of Law and Democracy in Conflict Resolution*, Strasbourg, 2000, p. 191 ss.

Con il mandato di fungere da moderatore del processo di attuazione dell'Accordo di Dayton e di sostenere le parti nelle questioni riguardanti il *power sharing*, l'istituzione è investita del potere finale sull'interpretazione dell'Accordo di pace (allegato X del DPA). Tuttavia, per poter affrontare l'ostruzionismo nelle istituzioni e superare la forte resistenza di alcuni partiti, il ruolo dell'Alto rappresentante è stato trasformato: dall'originaria funzione di moderatore esterno è progressivamente diventato componente integrale e determinante dell'attuale sistema di governo dello Stato[17], dotato di poteri straordinari e di una propria struttura[18].

Due anni dopo la fine delle ostilità, nel dicembre 1997, a Bonn, l'Alto rappresentante è stato formalmente investito di poteri legislativi e esecutivi "sostitutivi" particolarmente ampi da parte del Consiglio per l'attuazione della pace (Peace Implementation Council – PIC)[19]; questo organo, che si riunisce almeno una volta all'anno, funge da organo di supervisione delle attività e impartisce le direttive per il lavoro concreto dell'ufficio dell'Alto rappresentante. Gli ampi poteri di intervento conferiti all'Alto rappresentante in occasione della stessa riunione di Bonn (e perciò successivamente conosciuti come "*Bonn powers*") comprendono in particolare la destituzione di funzionari che violano l'Accordo di Dayton oppure la "decretazione" di leggi, al posto degli organi legislativi bosniaci eletti che paiono riluttanti, sono inerti oppure incapaci di varare delle leggi ritenute necessarie per l'attuazione dell'Accordo di pace[20].

In seguito al conferimento di tali poteri speciali, un numero impressionante di leggi e di altre decisioni è stato "imposto" per decreto dall'Alto rappresentante, di propria iniziativa, al fine di creare i presupposti necessari per l'attuazione dell'Accordo di Dayton, soprattutto attraverso una maggiore integrazione a livello statale[21]. Tali decreti hanno riguardato, ad esempio, la disciplina legislativa necessaria del diritto della proprietà, dei passaporti e delle carte d'identità, la legge sulla cittadinanza, l'introduzione della nuova moneta[22], dei nuovi simboli dello Stato (bandiera e inno nuovi), delle targhe automobilistiche neutrali[23] ecc. Per

---

17 F. Bieber, *Governing Post-War Bosnia and Herzegovina*, in K. Gál (ed.), *Minority Governance in Europe*, Budapest, 2002, p. 330; Id., *Recent Trends in Complex Power-Sharing in Bosnia and Herzegovina*, in *European Yearbook of Minority Issues*, 2001/2, p. 276 ss. Cfr. anche i numerosi contributi della European Stability Initiative – ESI al dibattito, tra cui, soprattutto, *Reshaping International Priorities in Bosnia and Herzegovina. Part Two. International Power in Bosnia* (2000) nonché *In Search of Politics: The Evolving International Role in Bosnia and Herzegovina* (2001) (esiweb.org, reperibili *on line*).

18 Nel 2000, lo *staff* dell'Ufficio dell'Alto rappresentante (OHR) contava circa 250 membri internazionali e 450 dipendenti bosniaci; nel 2008, dopo una forte riduzione, sono rimasti soltanto 38 internazionali e 200 dipendenti bosniaci.

19 Per mobilitare il supporto internazionale per l'attuazione dell'Accordo di pace, è stata organizzata una Peace Implementation Conference a Londra (8 e 9 dicembre 2005) alla quale è stata accordata l'istituzione del Peace Implementation Council, composto da 55 Stati e agenzie impegnati in varie forme nella Bosnia; v. G. La Ferrara, *op. cit.*, p. 188 ss.; O. Dörr, *Die Vereinbarungen von Dayton/Ohio*, in *AdV*, 1997, p. 137.

20 Bonn Peace Implementation Conference, del 10 dicembre 1997 (par. XI.2); il testo è reperibile *on line* sul sito dell'OHR (www.ohr.int).

21 Tutte le decisioni dell'Alto rappresentante, la legislazione imposta e le destituzioni sono reperibili *on line* sul sito dell'OHR.

22 KM-*Konvertibla Marka*, valuta legata al Marco tedesco (DM) e mantenuta anche dopo l'introduzione dell'Euro.

23 Neutrali, cioè senza indicazione del luogo di registrazione in quanto le targhe erano state il primo indicatore per l'appartenenza etnica del conducente e avevano quindi ostacolato dal punto di vista pratico, ma in modo molto efficace, la libera circolazione dei cittadini in tutto il territorio statale.

tutte si trattava di leggi che erano state bloccate nell'assemblea parlamentare a causa del disaccordo fra i partiti nazionalistici. Inoltre sono stati destituiti dalle loro funzioni più di sessanta funzionari o titolari di cariche pubbliche; i casi più clamorosi hanno riguardato il Presidente della RS e un membro croato della Presidenza statale[24].

Dall'istituzione della carica nel novembre 1995, fino ad oggi, e quindi in appena 14 anni, sono passati ben sette Alti Rappresentanti[25]. Anche se il numero degli interventi straordinari è dovuto al contesto generale nel rispettivo periodo, è utile un breve confronto nell'uso, più o meno frequente, dei *Bonn powers* per caratterizzare le più importanti differenze nei rispettivi mandati[26]. Durante il loro mandato sia Petritsch che Ashdown hanno cercato di imporre, con stili personali molto diversi, i cambiamenti della cui necessità erano fortemente convinti. Tuttavia, nel quinquennio 2000-2005, sia per la loro intensità che per la loro quantità, l'uso dei *Bonn powers*, concepiti come temporanei e straordinari, è diventato un fattore normale nella politica bosniaca: l'imposizione frequente di misure giuridicamente "ad interim", ma di fatto durature, contro la volontà delle autorità elette e l'assenza di controlli, ha sollevato, col tempo, non poche critiche[27].

4. Nel contempo, è stato continuamente ridotto negli ultimi anni l'esercizio, previsto nell'Accordo di Dayton, di alcune funzioni sovrane della Bosnia ed Erzegovina da parte di

---

[24] Decisioni e "decreti" imposti in cifre, suddivise per anno: 1997: 1, 1998: 31, 1999: 92, 2000: 86, 2001: 54 e 2002: 153, 2003: 96, 2004: 158, 2005: 91, 2006: 57, 2007: 37.

[25] Il primo fu il diplomatico svedese Carl Bildt, da dicembre 1995 a giugno 1997, prima dell'investitura con i poteri sostitutivi. I due anni successivi, da giugno 1997 a luglio 1999, costituirono il mandato del diplomatico spagnolo Carlos Westendorp, che cercò di superare le divisioni più visibili creando la moneta unica, il passaporto, le targhe uniche, iniziò il ritorno dei profughi ed usò per primo i nuovi *Bonn powers*. Seguì l'austriaco Wolfgang Petritsch, tra il 1999 e il 2002, molto impegnato nel combattere la corruzione e a rafforzare le istituzioni dello Stato promuovendo cambiamenti all'Accordo di Dayton e sottolineando la necessità per la Bosnia di decidere da sola le proprie faccende; tuttavia, dopo una breve primavera di politica interetnica dovette anche lui contrastare, con l'uso dei poteri straordinari, l'ostruzionismo dei partiti etnici. Il mandato più lungo finora è rappresentato dai quattro anni dell'ex leader dei liberaldemocratici britannici, Lord Paddy Ashdown (2002-2006), il quale ha, con un approccio molto pragmatico, cambiato e riformato tanti settori; spesso imponendo la legislazione di riforma con decreto. Ashdown puntava molto sulla presenza nei media, con risultati misti fra approvazione e forte critica (da qui l'attribuzione dell'epiteto "vice-Re"). Per caratterizzare il suo approccio pragmatico e paternalistico si cita spesso la frase a lui attribuita: "better doing things soon then doing them perfectly". Dopo Ashdown, l'ex Ministro tedesco e mediatore Christian Schwarz Schilling ha cercato di muovere i politici bosniaci con un atteggiamento opposto: poche pressioni, raro uso dei *Bonn powers* e tanto dialogo, ma alla fine dei suoi 18 mesi in Bosnia ed Erzegovina, Schwarz Schilling sarà ricordato per troppo lassismo e passività. Il suo successore, il giovane diplomatico slovacco, mediatore nel referendum di indipendenza del Montenegro, Miroslav Lajčak ha annunciato, al suo arrivo nel mese di luglio 2007, l'intenzione di essere l'ultimo Alto rappresentante. Tuttavia, la sua nomina a Ministro per gli affari esteri della Slovacchia ha reso necessario, nel gennaio 2009, la sua sostituzione da parte dell'Ambasciatore Valentin Inzko, il secondo austriaco in questa funzione.

[26] Gli Alti Rappresentanti che li hanno più utilizzati sono Ashdown (più di 350 decisioni) e Petritsch (250), mentre Westendorp, ad esempio, li ha utilizzato "soltanto" 60 volte, e anche Schwarz Schilling e Lajčak ne hanno fatto un uso più parsimonioso. Senza ulteriori informazioni sulla qualità degli interventi, il confronto basato sulla quantità delle decisioni è soltanto un indicatore fra tanti che può rendere una prima idea sulla tendenza e sull'atteggiamento degli Alti Rapresentanti succedutisi.

[27] Per il dibattito sul "protettorato internazionale" v., per tutti, G. Knaus, H. Martin, *Travails of the European Raj, Lessons from Bosnia and Herzegovina*, in *Journal of Democracy*, 2003, n. 3, p. 60.

organi internazionali: alcune istituzioni avevano raggiunto il loro scopo e sono state sciolte[28], altre funzioni internazionalizzate sono state integrate nelle istituzioni statali[29], e, infine, sono state notevolmente ridotte o terminate alcune missioni internazionali[30]. La stessa tendenza è da registrare perfino con la diminuzione dei componenti internazionali di alcune istituzioni, prima composte parzialmente o per intero da personale internazionale. Un ulteriore passo importante, anche sotto il profilo simbolico, è stato il trasferimento della competenza in materia di giustizia sui crimini di guerra.

Trovandosi l'Alto rappresentante sempre più isolato come attore internazionale in un contesto istituzionale che si sta normalizzando, sono state sempre più fortemente criticati i suoi poteri amplissimi che hanno, di fatto, trasformato la Bosnia in un "protettorato internazionale": sia sotto il profilo della loro legittimità – l'atteggiamento paternalistico dei "vice-Re" internazionali è stato efficacemente paragonato con il dominio dei britannici in India – sia sotto il profilo dell'assenza quasi totale di controlli sull'operato dell'Alto rappresentante. Infatti, solo il PIC esercita un controllo generico (politico), mentre non è previsto nessun rimedio giuridico contro singoli atti o decreti internazionali. Agendo l'Alto rappresentante allo stesso tempo come garante e attore, esso era diventato parte del sistema – la comunità internazionale come "quarta parte costitutiva"[31] – senza tuttavia essere sottoposta alle regole di tale sistema. Col tempo, questo dibattito ha avuto l'effetto, da parte dell'Alto rappresentante, di fare meno uso dei poteri straordinari e, da parte dei politici bosniaci e della politica internazionale, di discutere l'ipotesi della chiusura dell'ufficio dell'Alto rappresentante.

Infatti, con la prospettiva della futura adesione all'Unione europea diventa evidente la necessità sia di varare riforme istituzionali e strutturali, in particolare per adempiere al criterio della capacità amministrativa per garantire l'attuazione dell'*acquis communautaire*, sia di una gestione endogena di tale processo di riforma. Tuttavia, riforme costituzionali non sono mai espressamente comprese tra le condizioni poste dall'UE. Questo è probabilmente dovuto al rispetto di un processo che, per essere sostenibile, dovrebbe essere autenticamente endogeno, ma anche al fatto che proprio in ambito costituzionale e istituzionale gli stessi Stati membri dell'UE si distinguono fortemente l'uno dall'altro; non meraviglia pertanto che manchi tuttora un disegno chiaro e condiviso, da parte dell'UE, riguardo ai contenuti di tali riforme per la Bosnia.

Tuttavia, come sintesi dei problemi da affrontare e utile punto di partenza per le riforme si offre l'analisi chiara della Commissione di Venezia e il bilancio molto critico espresso in

---

28 Ad esempio gli organi per la gestione di elezioni democratiche (allegato 3 DPA) oppure per l'attuazione della restituzione della proprietà immobiliare (Commission for Real Property Claims, allegato 7 DPA).

29 Dal 1° gennaio 2004, la Camera per i diritti dmani è stata sostituita, sulla base di un accordo fra le parti (previsto dall'art. XIV dell'allegato 6 DPA), da una Commissione per i diritti dmani all'interno della Corte costituzionale della Bosnia.

30 La missione SFOR disponeva di circa 32.000 soldati; il suo successore dal 2 dicembre 2004, l'EUFOR di soltanto 7.000 soldati, poi ulteriormente ridotti. Cfr. International Crisis Group – ICG, *EUFOR: Changing Bosnia's Security Arrangements*, Europe Briefing No. 31, 29 June 2004 (www.crisisgroup.prg, reperibile *on line*).

31 "Fourth constituent part", così S. Bose, *Bosnia after Dayton: Nationalist Partition and International Intervention*, Oxford, 2002, p. 267. Tuttavia, questa sintetica ed efficace descrizione tralascia il fatto che la "comunità internazionale" stessa è composta di una moltitudine di attori con interessi diversi, rappresentata dall'istituzione dell'Alto rappresentante, ma non sempre sufficientemente coordinata.

un parere del 2005[32]. A 10 anni dall'Accordo di Dayton tale Commissione constata, infatti, che l'assetto costituzionale della Bosnia ed Erzegovina non può essere considerato né razionale né efficiente e neanche sostenibile; l'attuale Costituzione non sarà pertanto in grado di permettere dei progressi verso l'integrazione europea[33]. Nel parere vengono identificati quattro settori e problemi fondamentali su cui intervenire con riforme: (1) la debolezza dello Stato come livello di governo e delle sue limitate capacità nei confronti delle Entità; (2) la definizione e la limitazione delle circostanze in cui si possono invocare "vitali interessi nazionali" per giustificare un veto; (3) il nesso fra struttura territoriale delle Entità e etnicità (con l'obiettivo di un loro districamento); (4) la composizione e il metodo dell'elezione della Presidenza e della Casa dei Popoli (per l'esclusione di tutti i cittadini che non appartengono ad uno dei popoli costitutivi).

Inoltre la Commissione di Venezia sottolinea che "non si tratta certo di una situazione normale, quando uno straniero non eletto [sic!] esercita tali poteri [straordinari] in uno Stato membro del Consiglio d'Europa"[34] e che i poteri straordinari e sostitutivi dovrebbero essere gradualmente estinti per non creare "una cultura di dipendenza"[35]. La Commissione affronta anche il problema dell'assenza di controllo effettivo sulle azioni e decisioni dell'Alto rappresentante: esercitando il PIC un controllo meramente politico, non esiste nessuna responsabilità (giuridica) nei confronti della popolazione bosniaca. La Commissione ritiene pertanto necessarie maggiori garanzie procedurali e una trasformazione del mandato dell'Alto rappresentante "da decisore a mediatore"[36].

Successivamente, il dibattito sulla legittimità dell'esercizio dei poteri internazionali si trasforma sempre di più in un dibattito sulla chiusura dell'ufficio dell'Alto rappresentante e sulla questione se la situazione in Bosnia ed Erzegovina permette tale ipotesi. In realtà, da anni è già in atto un abbandono strisciante del Paese da parte della comunità internazionale, sia in termini di una forte riduzione del personale nelle istituzioni e organizzazioni internazionali, sia soprattutto nella poca attenzione che esso riceve a livello internazionale. Dal giugno 2007 è stata più volte prospettata la chiusura definitiva dell'ufficio e la sua sostituzione da un Rappresentante speciale dell'UE (EUSR) con il passaggio definitivo della responsabilità politica piena e propria alla Bosnia.

In reazione al dibattito sulla chiusura dell'ufficio dell'Alto rappresentante e la sua piena sostituzione da parte dell'Unione europea, nella sua riunione del 27 febbraio 2008, il Peace Implementation Council, auspica la fine del mandato ponendo cinque obiettivi chiari affinché questa possa accadere[37], alcuni dei quali sono nel frattempo raggiunti: (1) soluzione sostenibile della questione della ripartizione della proprietà fra i vari livelli di governo (punto ancora controverso); (2) soluzione sostenibile della proprietà connessa con la

---

32 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on the Constitutional Situation of Bosnia and Herzegovina and the Powers of the High Representative*, CDL-AD (2005)004, 11 March 2005 (www.venice.coe.int, reperibile *on line*); cfr. anche la risoluzione 1513 adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 29 giugno 2006, dedicata alla riforma costituzionale in Bosnia ed Erzegovina.

33 J. Woelk, *op. cit.*, p. 164.

34 Par. 86.

35 Par. 90 ss.

36 Par. 100.

37 Cfr. il comunicato stampa del 27 febbraio 2008 sulla riunione dei direttori politici dello Steering Board del PIC (www.ohr.int, reperibile *on line*).

difesa[38]; (3) completamento del lodo finale di Brčko[39]; (4) sostenibilità dal punto di vista fiscale; (5) radicamento della rule of law (da dimostrare dall'adozione di una strategia nazionale riguardanti i crimini di guerra, di una legge sugli stranieri e l'asilo politico nonché di una strategia nazionale di riforma del sistema giudiziario).

Oltre a questi cinque obiettivi da raggiungere, ci sono due condizioni da soddisfare "prima di una transizione" endogena e sostenibile soltanto assistita dal Rappresentante speciale dell'UE (EUSR): (a) la firma dell'Accordo di stabilizzazione e associazione (SAA) – nel frattempo intervenuto – e (b) una valutazione positiva della situazione in Bosnia da parte dello Steering Board del PIC basata sulla piena conformità con l'Accordo di pace di Dayton.

Anche se la riforma costituzionale non viene nominata esplicitamente e non fa parte, né dei cinque obiettivi né delle due condizioni, si potrebbe ipotizzare che essa rientri, almeno indirettamente, nel contenuto generico e aperto dell'ultima condizione in quanto un'approvazione di una riforma costituzionale è sicuramente un forte segnale di emancipazione della politica bosniaca influenzando positivamente la valutazione della situazione politica.

5. La procedura per modificare la Costituzione prevede l'approvazione delle modifiche da parte di tutta l'assemblea parlamentare, con l'ulteriore requisito di una maggioranza dei due terzi nella Camera dei Deputati (art. X). È espressamente previsto il limite materiale a qualsiasi revisione costituzionale, costituito dai diritti e dalle libertà fondamentali elencati all'art. II della stessa Costituzione[40]. Anche i principi stabiliti nell'Accordo di Dayton erano da considerarsi limite implicito ad una revisione costituzionale che era prevista essenzialmente come ipotesi formale; almeno nei primi anni del dopoguerra una modifica costituzionale volta a cambiare tali principi sarebbe stata politicamente impensabile.

Coerentemente con la formula compromissoria di Dayton, nel 1995 non si fece ricorso all'approvazione della Costituzione da parte del popolo. Ciò si deve non solo alla controversa valenza simbolica dell'uso del referendum all'inizio del conflitto, ma anche al fatto che la Costituzione era parte integrante del "pacchetto" per la pace, dei cui dettagli non si poteva più discutere, senza rischiare di compromettere l'accordo (di pace) difficilmente raggiunto[41]. Lo Stato che ne è emerso, a differenza delle Entità da cui è composto, non è quindi espressione immediata della sovranità popolare, esercitata attraverso un'assemblea costituente, ma il risultato di un compromesso imposto dalla comunità internazionale e basato soprattutto su valori e garanzie internazionali[42].

---

38 Recentemente, nel mese di marzo 2008, è stato raggiunto un accordo fra Stato e Entità sul trasferimento dei beni mobili di difesa (Accordo di Doboj).

39 Nel marzo 2009 è stata approvata un riforma costituzionale per consolidare lo *status* del distretto.

40 Come ricordato precedentemente, la CEDU con i relativi protocolli aggiuntivi è direttamente applicabile e gode di supremazia nei confronti di tutte le altre fonti giuridiche in Bosnia ed Erzegovina (art. II.2 Costituzione bosniaca). Cfr., per le singole garanzie e il sistema di tutela dei diritti fondamentali, L. Montanari, *La tutela dei diritti nelle nuove Costituzioni dei Balcani occidentali*, in M. Calamo Specchia, M. Carli, G. di Plinio, R. Toniatti (a cura di), *op. cit.*, p. 183 ss.

41 Sarebbe stato, di fatto, pressoché impossibile, appena raggiunto un difficile cessate il fuoco, organizzare una consultazione popolare, a parte il fatto che una tale consultazione avrebbe significato consultare – almeno – tre diversi popoli: i popoli costitutivi.

42 L'espressione più visibile è l'incorporazione di ben 11 cataloghi internazionali di diritti umani, la loro immodificabilità attraverso riforme costituzionali e la garanzia della loro tutela da numerosi organi in gran parte internazionali, cfr. L. Montanari, *op. cit.*, p. 161 ss.

L'assenza dell'approvazione popolare è pertanto anche dovuta al riconoscimento del fatto che il popolo dello Stato non esiste e non si voleva (e ancora non si vuole) che esistesse; esistevano e esistono i tre popoli costitutivi (e gli "altri") che, in prospettiva, dovrebbero diventare un popolo costituente composto. Il *deficit* democratico nella legittimazione dello Stato nato da Dayton è stato quindi "compensato" non solo dalle pressioni internazionali, ma soprattutto dall'importanza attribuita all'istituziona-lizzazione del fattore etnico, con la giustificazione delle garanzie necessarie per mettere fine al conflitto; il fondamento dello Stato è quindi stato efficacemente rinvenuto nella "sovranità etnica"[43], al posto di quella popolare. Tuttavia, la stessa durata del modello così costituito, con i conflitti permanenti tra elementi di democrazia "civica" e democrazia "etnica", e il successivo ribilanciamento tra i relativi valori costituzionali, operato dalla Corte costituzionale e imposto dall'Alto rappresentante attraverso le "correzioni" costituzionali, hanno continuamente provocato domande sulla sua sostenibilità.

Con l'obiettivo dell'integrazione europea si è ora aggiunto un ulteriore fattore dinamico: non solo è necessario, per fare progressi verso tale obiettivo, rendere più efficaci le strutture istituzionali, soprattutto quelle a livello statale come interlocutore principale delle istituzioni comunitarie, ma anche raggiungere più unità e uniformità all'interno per attuare le riforme necessarie. Infatti, la risposta alle numerose e articolate richieste provenienti dalle istituzioni comunitarie per realizzare l'*acquis communautaire* richiede lo sviluppo di una visione comune benché minima.

L'adozione condivisa di un'ampia modifica costituzionale oppure di una nuova Costituzione da parte dei bosniaci rappresenterebbe pertanto una vera e reale cesura nel processo di transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Ciò darebbe prova di una *ownership* che comprende anche le stesse fondamenta della convivenza all'interno di uno Stato e sarebbe quindi espressione del comune denominatore necessario per portare questo Stato più vicino all'adesione all'Unione europea.[44]

Il dibattito sulla necessità di trasformare il sistema di Dayton come presupposto per qualsiasi riforma politica, economica e culturale importante, si intensificò notevolmente nel 2005, anche per il significato simbolico del decimo anniversario dell'Accordo di Dayton[45]. Nonostante i politici bosniaci non si dimostrassero realmente interessati a cambiamenti sostanziali e a nuove riforme, soprattutto gli Stati Uniti hanno messo sotto considerevole pressione i leader dei sei principali partiti bosniaci arrivando, alla fine e dopo lunghe trattative a porte chiuse, ad un pacchetto con quattro proposte di modifiche[46], tutte incentrate intorno al rafforzamento dello Stato come livello di governo e alla normalizzazione e alla funzionalità delle istituzioni[47]:

---

43 S. Yee, *The New Constitution of Bosnia and Herzegovina*, in *EJIL*, 1996, p. 179 ss.

44 Si tratta, infatti, del paradosso dell'integrazione europea che richiede di diventare prima uno Stato a tutti gli effetti, per poi trasferire parti considerevoli della sovranità statale alle istituzioni europee e quindi superare – almeno in parte – la stessa statualità faticosamente raggiunta.

45 Il dibattito era iniziato in seguito alle riforme costituzionali nelle Entità imposte dall'Alto rappresentante nel 2002.

46 L'iniziativa venne presa dall'allora vice dell'Alto rappresentante, Donald Hayes, all'interno di un "Dayton Project" con l'Institute for Peace, fortemente sostenuta dall'ambasciata americana di Sarajevo; successivamente, ottenne anche il supporto dei rappresentanti dell'Unione europea.

47 Documenti e commenti sono reperibili *on line* (www.daytonproject.org); cfr. anche i commenti della European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Preliminary Opinion on the Draft Amendments to the Constitution of Bosnia and Herzegovina*, CDL-AD (2006)027,

(a) esso prevede nuove competenze per le istituzioni statali, confermando nel testo costituzionale le competenze che erano state trasferite a livello statale da parte dell'Alto rappresentante nonché la competenza-quadro statale riconosciuta nella giurisprudenza della Corte costituzionale; viene inoltre introdotta una clausola d'integrazione europea a favore dello Stato, rafforzando così il suo ruolo di coordinamento;

(b) esso contiene modifiche nella composizione e nelle procedure degli organi legislativi con l'abolizione del bicameralismo perfetto e una definizione dei "vitali interessi nazionali" come presupposto per l'esercizio del veto;

(c) è inoltre prevista la sostituzione della Presidenza collettiva e tripartita da un Presidente con due vice-Presidenti;

(d) infine, le modifiche al Consiglio dei Ministri, riguardanti la sua composizione, la sua elezione e le procedure decisionali, dovevano ulteriormente rafforzare le capacità di governo a livello statale.

Il fatto che la struttura territoriale con le due Entità non fosse oggetto delle proposte sembrava aumentare le *chances* di approvazione del pacchetto. Dopo l'accordo con i leader dei partiti il pacchetto venne presentato nel Parlamento nel mese di aprile 2006; il dibattito parlamentare durò soltanto una giornata! Tuttavia, all'approvazione del c.d. "pacchetto di aprile" sono mancati nella votazione parlamentare due voti alla maggioranza necessaria dei due terzi[48], e quindi il pacchetto di riforme costituzionali non è stato approvato. Tuttavia, per la prima volta è stata utilizzata la procedura formale di revisione costituzionale pervenuta fino alla votazione sulla proposta e preceduta da un dibattito più aperto rispetto al passato in quanto vedeva coinvolte, oltre alla cerchia ristretta delle *élites* dei partiti politici, anche varie ONG[49].

Subito dopo, con l'inizio della campagna elettorale per le elezioni del 1° ottobre 2006 si è nuovamente interrotto il processo di riforma costituzionale: i due partiti più votati rappresentano posizioni diametralmente opposte e tutti i partiti nella RS difendono ad ogni costo la loro Entità da eventuali cambiamenti[50]. Così, nell'estate 2007 è fallito un ulteriore tenta-

---

7 April 2006 (www.venice.coe.int, reperibile *on line*); J. Marko, *Constitutional Reforms in Bosnia and Herzegovina 2005-06*, in *European Yearbook on Minority Issues*, 2007, p. 207 ss., e di J. Woelk, *op. cit.*, p. 238 ss.

48 Nella votazione nella Camera dei deputati, 26 deputati votarono a favore, 16 contro la proposta (cinque dal gruppo dei deputati croati, per la maggior parte dal partito di recente fondazione HDZ 1990; sei deputati del SBiH, due deputati indipendenti, e un deputato, rispettivamente, dei partiti BOSS, SDA e dei radicali); successivamente, la Casa dei Popoli non ha più votato sulla proposta. Tuttavia, calcolando anche quei deputati che avevano votato contro il pacchetto di modifiche ritenendole insufficienti, è da ritenere che la maggioranza dei due terzi sarebbe stata raggiunta, cfr. J. Marko, *op. cit.*, p. 213.

49 Tuttavia, nel contesto balcanico, le ONG possono essere solo in parte equiparate alla "società civile" dell'Europa occidentale, in quanto troppo spesso costituite *ad hoc* al fine di partecipare a progetti e fondi internazionali. Tra le osservazioni più critiche, O. Luchterhandt, *Die Verfassungsdebatte. Zwischenbilanz und Herausforderungen für Bosnien und Herzegowina*, Sarajevo, 2006, p. 28 ss., ricorda il ruolo troppo passivo della Commissione parlamentare, la rappresentatività non sufficiente delle ONG, il disinteresse al dibattito da parte della popolazione nonostante l'indubbio significato per un miglioramento delle condizioni economiche. D'altronde, sia nel dibattito sia nella votazione per la prima volta sostenitori e oppositori della proposta di riforma non erano schierati nettamente secondo le consuete linee etniche.

50 Il partito del Primo ministro della RS, Milorad Dodik, difende sostanzialmente le posizioni "acquisite" con il sistema di Dayton, per quanto riguarda il nome, il territorio e le competenze dell'Entità nonché i meccanismi garantistici del *power sharing* a livello statale, mentre il Partito per la Bosnia ed

tivo dell'Alto rappresentante Schwarz-Schilling di arrivare ad un compromesso sulla base del pacchetto di aprile[51].

Di conseguenza, sembra abbandonato, almeno per ora, il tentativo di arrivare ad una riforma con una procedura trasparente, pubblica e parlamentare; infatti, tutti gli attori, incluso l'Alto rappresentante, sono tornati a confronti e negoziati diretti al di fuori delle istituzioni parlamentari. Il rischio di tale strategia del confronto diretto, oltre ad indebolire ulteriormente le istituzioni bosniache già deboli a causa della loro complessità, consiste nel contribuire ad indebolire anche l'autorevolezza della figura dell'Alto rappresentante rispetto ai vari leader bosniaci, con la conseguenza di uscire politicamente perdenti da questo confronto[52]. Questa conseguenza rende sempre meno autorevole, nel senso di indipendente e imparziale, l'istituzione dell'Alto rappresentante riducendo ulteriormente le sue effettive capacità di intervento[53].

6. Il già menzionato parere della Commissione di Venezia dell'11 marzo 2005 aveva messo in evidenza il deficit nella garanzia dei diritti di partecipazione delle minoranze in Bosnia ed Erzegovina[54], e quindi di quei gruppi e cittadini che non appartengono ad uno dei tre popoli costitutivi, ad esempio ebrei[55], Rom ed altri gruppi numericamente piccoli compresi i cittadini dichiarati "altri"[56]. Tuttavia, il parere non ha avuto alcun seguito in termini di modifiche costituzionali e delle leggi elettorali: dopo il fallimento delle riforme costituzionali nella primavera del 2006, infatti, le elezioni presidenziali e parlamentari dell'ottobre 2006 si sono svolte sulla base delle disposizioni contestate.

Erzegovina di Haris Silajdzić ambisce ad uno Stato "civico" e "unitario"; così la sintesi di J. Marko, *op. cit.*, p. 218.

51 Per mancanza di un sostegno determinato da parte degli Stati Uniti e di un approccio coordinato e univoco da parte degli Stati membri dell'Unione europea.

52 Nella percezione pubblica, con la sua insistenza e intransigenza in tanti punti, il Primo ministro Milorad Dodik ha "vinto" ripetutamente "contro" l'Alto rappresentante, non ultimo a causa dell'assenza di sanzioni per il suo comportamento.

53 Da qualche tempo è in atto uno scontro fra l'Alto rappresentante e la RS: nel mese di settembre 2009, quest'ultima respinse una serie di decisioni imposte dall'Alto rappresentante, di cui alcune di carattere tecnico, altre invece molto controverse (in particolare riguardo il controllo sul monopolio dell'elettricità). Questa crisi, non ancora risolta, dimostra quanto la potestà di imporre e far rispettare decisioni è oramai messa in discussione.

54 Anche l'approvazione e l'attuazione della legislazione in materia di tutela delle minoranze erano caratterizzate soprattutto di ritardi: una legge statale è stata adottata nel 2003, ma non è ancora del tutto attuata; nel 2005 la RS ha adottato una legge di tutela delle minoranze, mentre non è ancora successo niente nella FBH.

55 Mentre gli ebrei sono, nell'Europa occidentale, considerati una minoranza religiosa, essi costituiscono, nella tradizione radicata dell'Europa (sud)orientale – e anche in Bosnia ed Erzegovina – una minoranza nazionale.

56 Ci sono ben 17 gruppi minoritari riconosciuti in Bosnia ed Erzegovina che ha ratificato la Convenzione quadro per le minoranze nazionali del Consiglio d'Europa, ma non ancora la Carta Europea della lingue regionali e minoritarie. Tante delle disposizioni della Legge statale sulle minoranze nazionali (2003) non sono ancora attuate. Nonostante le modifiche alla legge elettorale comunale nel mese di aprile, la candidatura degli appartenenti alle minoranze nelle elezioni amministrative del 2008 non sembra garantita. La legge statale sulle minoranze prevede anche un Consiglio delle minoranze nazionali come organo consultivo a livello statale, che è stato istituito soltanto nel maggio 2008 (con soltanto 10 dei 17 membri previsti); organi analoghi sono previsti nelle Entità: a fronte alla sua istituzione nel 2003 nella RS, un tale Consiglio manca tuttora nella FBH.

Ritenendo di essere discriminati in base alla loro appartenenza etnica, considerato che la rappresentanza nelle istituzioni è limitata a cittadini appartenenti ad uno dei popoli costitutivi (bosgnacchi, croati e serbi), nel 2006 e nel 2007 tre cittadini bosniaci hanno presentato ricorso alla Corte europea per i diritti dell'uomo di Strasburgo[57]: oltre alla discriminazione, i ricorrenti lamentarono di essere privati del diritto elettorale passivo, visto che è costituzionalmente impossibile che vengano eletti in quanto, ad esempio, la Presidenza tripartita è riservata ad un bosgnacco, un croato e un serbo (analogamente, la riserva si applica al Presidente e ai due vice-Presidenti nelle Entità e a tutte le cariche importanti in quanto deve essere garantita l'uguaglianza istituzionale dei popoli costitutivi)[58]. Tuttavia, la Costituzione della Bosnia ed Erzegovina obbliga al rispetto della CEDU; inoltre, la Bosnia ha ratificato il Protocollo 12 della CEDU secondo il quale deve essere garantita l'uguaglianza di tutti i cittadini nelle procedure elettorali per le cariche pubbliche permettendo ai cittadini sia il diritto di voto sia quello di potersi candidare[59].

Questa contraddizione di Dayton – la soluzione del conflitto fra i tre gruppi maggiori, a spese degli altri cittadini, e quindi una supremazia del fattore etnico e della dimensione collettiva rispetto ai diritti individuali – è stata già messa in evidenza dalla Commissione di Venezia. Il 22 dicembre 2009, la Corte europea per i diritti umani si è pronunciata a favore dei ricorrenti sottolineando l'impossibilità di trovare una giustificazione oggettiva, in una società democratica contemporanea fondata sui principi del pluralismo e del rispetto di culture diverse, per il trattamento diverso fra persone basato esclusivamente sull'origine etnica di tali persone[60]. Nonostante la Corte riconosca che l'obiettivo legittimo della disciplina sia stato il mantenimento della pace fra i gruppi dopo una guerra, essa valuta sia i progressi fatti dal Paese nel dopoguerra – un indicatore è proprio il dibattito sulla chiusura dell'ufficio dell'Alto rappresentante – sia il fatto che nel 2009, per la prima volta, la Costituzione è stata cambiata. Anche se i tempi non sembrano ancora maturi per una completa sostituzione del sistema di *power sharing* con un sistema di democrazia maggioritaria, la Bosnia ed Erzegovina deve adempiere agli obblighi assunti di modificare la propria legislazione elettorale[61].

Le istituzioni bosniache saranno pertanto costrette a modificare le disposizioni, costituzionali e elettorali, in modo da aprire l'accesso alle alte cariche istituzionali anche agli "altri"

---

57 Il primo ricorso è stato presentato nel giugno 2006 da Dervo Sejdić, appartenente alla comunità Rom; seguirono, nel gennaio 2007, Jakob Finci, un noto membro della comunità ebraica, e nel settembre 2007, Ilijaz Pilav, un bosgnacco residente nella RS (appl. n. 27996/06 e n. 34836/06).

58 Così i cittadini bosniaci Sejdić e Finci non possono candidarsi per le più alte cariche nelle Entità e a livello statale, in quanto appartenenti ad un gruppo minoritario, mentre Pilav appartiene ad un popolo costitutivo, ma risiede in un'Entità dalla quale il "suo" popolo costitutivo non è rappresentato nella Presidenza dello Stato.

59 Prima, la Corte costituzionale aveva dichiarato inammissibili i ricorsi individuali contro le disposizioni costituzionali (caso U 5/04, sentenza del 27 gennaio 2006) e conformi alla Costituzione le relative disposizioni della legge elettorale (caso U 13/05, sentenza del 26 maggio 2006). Cfr. anche il commento della Commissione di Venezia: European Commission for Democracy through Law, Opinion no. 483/2008, 22 October 2008, *Amicus Curiae Brief in the cases of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (www.venice.coe.int, reperibile *on line*).

60 Grande camera, sentenza nel caso *Sejdic and Finci* v. *Bosnia and Herzegovina* (www.echr.coe.int, reperibile *on line*).

61 In occasione dell'adesione al Consiglio d'Europa, nel 2002, per conformità con la CEDU, e nel 2008, con la firma del Accordo di stabilizzazione e associazione con l'UE.

cittadini. Giudicando il dibattito politico in attesa della pronuncia, un'apertura (limitata) nel senso di una cauta de-etnicizzazione, nel senso di un bilanciamento diverso fra garanzie etniche e elementi civici, sembra riscontrare consensi, anche se tale cambiamento nell'opinione politica e pubblica non si è ancora concretizzato in una (proposta di) riforma concreta.

7. Il processo di avvicinamento della Bosnia ed Erzegovina all'Unione europea vede nel 1999 l'inclusione della Bosnia ed Erzegovina nel nuovo Processo di stabilizzazione e di associazione per l'Europa sudorientale (SAP) e, nel mese di novembre 2003, la pubblicazione dello studio di fattibilità sulla preparazione e capacità della Bosnia di attuare un futuro Accordo di stabilizzazione e associazione (SAA), seguita dalla stipula dell'accordo sulla *european partnership* nel mese di giugno 2004. Nell'ottobre 2005 la Commissione europea consiglia l'inizio dei negoziati per un SAA, nel mese successivo ottiene l'autorizzazione da parte del Consiglio. Dopo l'approvazione della riforma della polizia, l'Accordo di stabilizzazione e di associazione è stato finalmente siglato nel maggio 2008.

Sotto il profilo istituzionale, la riduzione del grado di internazionalizzazione e di attori con poteri di intervento diretto viene – in parte – compensata da una graduale europeizzazione nella forma prevalente di strumenti indiretti e tipicamente con funzioni di supporto, di consulenza e assistenza o di monitoraggio[62].

Varie riforme sono state varate nell'aspettativa di progredire sulla via dell'adesione all'Unione europea; esse sono state promosse e sostenute da un'assistenza finanziaria considerevole e condizionata[63]. Con il 50% dello scambio commerciale totale, l'Unione europea è il partner commerciale più importante della Bosnia; nel 2000 un regime commerciale preferenziale autonomo è stato adottato dall'UE permettendo alle esportazioni provenienti dalla Bosnia di entrare nell'UE senza tasse doganali[64].

Un forte indicatore istituzionale del rafforzamento dei rapporti con l'Unione europea è il cambiamento nell'istituzione dell'Alto rappresentante, il quale, dal 2002[65], funge allo stesso tempo da Rappresentante speciale dell'Unione europea (EUSR)[66], espressione visibile della crescente importanza dell'integrazione europea per la Bosnia ed Erzegovina. Il mandato dell'EUSR consiste nel perseguire gli obiettivi dell'Unione europea, in particolare

---

62 Così nel passaggio dalla missione di polizia delle Nazioni Unite (IPTF) a quella dell'UE, EUPM.

63 Tra 1991 e 2000, l'UE ha speso più di 2 miliardi di Euro per l'assistenza alla BiH nell'ambito dei programmi ECHO, PHARE e OBNOVA, ai quali si aggiungono i fondi del programma CARDS con 312 milioni di Euro (periodo 2001-2004) e 100 milioni di Euro (allocati per il periodo 2005-2006); per il periodo tra 2007-2010 sono previsti 322 milioni di Euro nell'ambito del programma IPA (Instrument for Pre-Accession) che sostituisce il programma CARDS.

64 Per ulteriori dati sulla transizione economica della Bosnia ed Erzegovina cfr. E. Gadjanova, *The State of Local Democracy in the Western Balkans*, Committee of the Regions, European Communities, 2006, p. 97 ss.

65 Dall'11 marzo 2002; il 12 luglio 2004 il Consiglio adottò l'azione comune 2004/569/PESC riguardo il mandato del Rappresentante speciale dell'UE in BiH revocando l'Azione comune precedente (2002/211/PESC); i documenti sulla base giuridica sono reperibili *on line* (www.eusrbih.org).

66 L'EUSR esiste dal 1999 e attualmente sono nove gli EUSRs che "in regioni diverse del mondo promuovono le politiche e gli interessi dell'UE in aree di crisi assumendo un ruolo attivo nell'impegno per consolidare la pace, la stabilità e la *rule of law*". Un EUSR viene nominato dal Consiglio, su proposta dell'Alto rappresentante PESC dell'UE, nella forma giuridica dell'azione comune (art. 18 TUE, ora, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, art. 33 TUE).

sostenendo il processo di attuazione dell'Accordo di Dayton e il processo di stabilizzazione e di associazione, nonché nel coordinamento politico di tutte le iniziative e missioni[67].

Si deve tuttavia distinguere tra le due funzioni del doppio mandato, Alto rappresentante della comunità internazionale e Rappresentante speciale dell'UE, soprattutto per quanto riguarda il ricorso ai poteri straordinari: questi sono infatti conferiti soltanto per garantire l'attuazione dell'Accordo di Dayton e non possono, dunque, essere utilizzati per facilitare il raggiungimento dell'obiettivo dell'integrazione europea. Per tutte le questioni dell'integrazione europea, è quindi richiesta un'azione affidata alla sola responsabilità bosniaca che non può essere sostituita da un intervento esterno o sostitutivo. Questo fatto si è rivelato problematico proprio in occasione della riforma della polizia che non può essere semplicemente imposta in quanto non prevista nel DPA.

8. In reazione al fallimento delle riforme costituzionali nel mese di aprile 2006, la comunità internazionale e l'Unione europea si sono concentrate su riforme di carattere "tecnico", tra cui quella della polizia, come passaggi importanti per creare quella capacità amministrativa necessaria per l'attuazione dell'*acquis communautaire* che è una delle condizioni fondamentali per l'avanzamento verso la candidatura all'adesione. Tuttavia, esse non risolvono i problemi di fondo e non sono nemmeno sempre di carattere meramente tecnico. Lo dimostra molto chiaramente l'esempio della riforma della polizia che toccava, infatti, il problema di fondo delle strutture etno-segregazionistiche dell'Accordo di Dayton: soprattutto i serbi vedevano la polizia della RS come ultimo bastione del monopolio della forza e quindi come garanzia per l'esistenza stessa della RS, dopo il loro assenso – raggiunto in seguito a pressioni internazionali considerevoli – alla riforma dell'organizzazione della difesa con il trasferimento delle rispettive competenze a livello statale nel 2006[68].

Pur di arrivare al traguardo del varo di questa travagliata riforma, con una dichiarazione dell'Alto rappresentante Lajčak, i tre principi dichiarati "standard europei" di polizia moderna e quindi essenziali e inderogabili per un avvicinamento della Bosnia ed Erzegovina all'Unione europea sono stati "annacquati" nel tentativo di salvare la riforma[69]. Ma nemmeno questa versione "soft" della riforma – la quale introduce peraltro nuove istituzioni senza occuparsi molto del loro coordinamento, a suo tempo dichiarato il principale motivo per la necessità della stessa riforma – è stata subito approvata dal Parlamento statale. Solo il rischio di un ulteriore rinvio della firma dell'Accordo di stabilizzazione e associazione ha portato il Parlamento bosniaco, nel mese di aprile 2008, ad approvare due leggi sulla riforma

[67] Così l'EUSR offre consulenza politica al comandante dell'EUFOR, il contingente militare dell'Unione europea che dal 1° gennaio 2005 è subentrato nella missione SFOR della NATO garantendo la sicurezza in BiH ("Operazione Althea"); inoltre l'UE è impegnata con la missione di polizia EUPM che assiste le forze dell'ordine bosniache, soprattutto nella lotta contro il crimine organizzato.

[68] Contro ulteriori riforme costituzionali "striscianti", da tempo i leader politici serbi nella RS minacciano, infatti, la revisione di tali trasferimenti di competenze allo Stato e perfino un referendum sull'indipendenza della RS.

[69] Le tre condizioni poste erano: (a) allocare a livello statale (e non più a quello delle Entità) le competenze esclusive per la legislazione sulla polizia nonché per le sue risorse finanziarie; (b) riorganizzare le aree territoriali creando delle aree regionali di polizia sulla base di criteri funzionali; (c) garantire l'azione della polizia contro interferenze improprie da parte della politica. La documentazione è reperibile *on line* (www.ohr.int).

della polizia contenenti il compromesso elaborato e proposto dall'Alto rappresentante[70]. Le due leggi istituiscono nuove autorità di coordinamento e di supervisione, ma non prevedono un maggiore accentramento delle forze di polizia, distribuite a livello dello Stato, delle Entità e locale, rimandando invece a riforme future in seguito a eventuali e future modifiche costituzionali[71].

L'analisi della riforma della polizia[72], caso emblematico e rappresentativo di tante altre riforme (attuate e non), pone la domanda della condivisione e della responsabilità locale come elemento – necessariamente – complementare della condizionalità (e presupposto per l'integrazione europea): qui sta la maggiore differenza rispetto al potere sostitutivo di imposizione unilaterale straordinariamente conferito all'Alto rappresentante al fine di garantire l'attuazione dell'Accordo di pace. C'è da chiedersi, alla luce delle esperienze del dibattito sulla riforma, durato mesi e mesi e di fronte ad un risultato piuttosto modesto, se non si tratti, in realtà, di una sconfitta per la condizionalità, anche se – formalmente – con l'approvazione da parte dei rappresentanti locali è stata rafforzata l'immagine della *local ownership*. Il dilemma della condizionalità nella situazione bosniaca si dimostra con tutta chiarezza: è più importante la sostanza delle condizioni (allora la riforma è un fallimento, a meno che le richieste iniziali – ora non soddisfatte – non fossero soltanto un bluff politico) oppure il fatto che si sia riusciti a sbloccare la situazione (nonostante qualche perdita nella sostanza) e ad intervenire, localmente e senza imposizione, con una modifica che tocca – pur se soltanto in superficie – la sostanza del quadro di Dayton.

La sostituzione definitiva dell'OHR con una missione ridotta dell'UE sembra ormai solo questione di tempo e si discute pertanto se tale missione possa essere dotata di poteri di intervento pur molto limitati[73]: se tali poteri possono, da una parte, garantire la stabilità della situazione e la sicurezza di tutti i cittadini, dall'altra, proprio per il loro carattere sostitutivo e straordinario si pongono in netto contrasto con la sostenibilità della preparazione all'adesione e con la sua natura volontaria e endogena.

Sembra pertanto soprattutto necessaria una concentrazione delle varie istituzioni dell'UE per una visibilità maggiore e per garantire una voce uniforme: infatti, oltre all'EUSR, l'UE è presente in Bosnia con la delegazione della Commissione e le ambasciate degli Stati membri che non sempre agiscono in maniera coordinata. Altrettanto fondamentale sarà uno stretto e continuo coordinamento con gli USA, come insegna la lezione del menzionato fallimento del "pacchetto di aprile"[74].

Un ulteriore problema serio riguarda la stessa Unione europea, indebolita da anni di crisi costituzionale e dalla "fatica di allargamento": dopo gli allargamenti del 2004 e del 2007, infatti, la capacità di "assorbimento" della stessa Unione appare come nuovo criterio (e

---

70 La Camera dei Deputati le ha approvate l'11 aprile 2008, con 22 voti a favore, 19 contro e una astensione; la votazione nella Casa dei Popoli, il 16 aprile 2008, ha portato all'adozione delle leggi con 10 voti a favore e quattro contro.

71 Mettendo in evidenza lo stretto legame fra la riforma di polizia e l'assetto costituzionale e quindi confermando che per questo motivo la riforma della polizia non può (e non poteva) essere considerata di carattere meramente tecnico e funzionale.

72 Cfr., per un'analisi approfondita, J. Woelk, *op. cit.*, p. 217 ss., con ulteriori riferimenti.

73 In questo senso già l'International Commission for the Balkans, *The Balkans in Europe's Future*, Sofia, 2005, pp. 18, 25 e 37.

74 La nuova attenzione dimostrata con la visita del vice-Presidente americano, Joe Biden, nei Balcani occidentali, insieme a Javier Solana, all'epoca Alto rappresentante UE per la politica estera, nel mese di maggio 2009, può dar luogo a qualche speranza nel miglioramento del coordinamento fra USA e UE.

ostacolo) per futuri allargamenti, allontanando di non poco la prospettiva dell'adesione per gli Stati dei Balcani occidentali e per la Turchia.

9. La principale contraddizione del paradosso multiplo della situazione in cui si trova la Bosnia ed Erzegovina sta nel dover ricostituire, dopo un conflitto violento caratterizzato sia da spinte secessionistiche sia da "pulizie etniche" per creare delle aree etnicamente omogenee, una società multietnica oltre ad uno Stato democratico funzionante; in un contesto regionale che vede per la prima volta realizzata l'idea della formazione di Stati-Nazione (con rivendicazioni territoriali che erano una delle molteplici cause della dissoluzione dell'assetto pregresso della Iugoslavia e della guerra civile)! Dopo il tragico triennio della guerra civile, la transizione democratica per la Bosnia ed Erzegovina riparte sulla base del compromesso dell'Accordo di Dayton e sotto la garanzia da parte di forze esterne sia dell'esistenza stessa della BiH come Stato sia della diversità interna dello Stato senza nazione.

Per uscire dalla transizione, in cui le garanzie di una democrazia "etnica" sono strumentali alla mera stabilizzazione della situazione postbellica, si deve arrivare ad una qualche "normalità" come requisito che permetta alla Bosnia ed Erzegovina la piena integrazione europea. Finora soltanto Stati-Nazione sono riusciti nel progetto d'integrazione europea, in quanto l'adesione all'Unione europea presuppone sia un consenso nazionale sia uno Stato funzionante con autorità indiscussa all'interno di confini sicuri[75]: tutti e tre i presupposti non possono essere dati per scontati nel caso della Bosnia ed Erzegovina. Relativizzando molte delle questioni controverse della sovranità statale[76], l'integrazione comporterebbe, allo stesso tempo, un ridimensionamento dell'importanza primaria della questione etnica, facilitando in questo modo il raggiungimento effettivo della ricostituzione della società multietnica in un ordinamento multinazionale condiviso.

Confrontando la posizione di partenza – rappresentata dalla conclusione dell'Accordo di Dayton – con i risultati del percorso di transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, si possono individuare pertanto tre conclusioni per l'evoluzione futura del Paese: in primo luogo, sarà necessario il depotenziamento del principio etnico fino ad arrivare a una misura ragionevole ed adeguata[77]. In secondo luogo, e in corrispondenza, dovranno essere valorizzati gli interessi sovra- ed internazionali ed etnicamente neutrali come riferimento principale nell'attività delle istituzioni e nel processo decisionale sia degli organi costituzionali, sia più in generale, di tutte le autorità. Infine, sarà inevitabile il rafforzamento delle competenze dello Stato Bosnia ed Erzegovina, attraverso riforme costituzionali[78].

---

75 Così I. Krastev, *Bringing the State back up*, conference paper, September 2003 (www.suedosteuropa-gesellschaft.com, reperibile *on line*). Nei casi del Belgio e della Spagna il problema non si è posto a causa del loro consolidamento come Stati prima di diventare Stati membri; nel caso di Cipro il problema rimane irrisolto e sospeso: nel 2004, infatti, l'isola è diventata Stato membro dell'UE nonostante la divisione lungo la "linea verde" e il fatto che il governo (greco-cipriota) non controlli la parte settentrionale occupata dalla Turchia nel 1974.

76 Soprattutto, se l'integrazione europea avvenisse, nello stesso momento, anche per la Croazia e la Serbia.

77 Sarebbe, infatti, seguire un'utopia (e almeno controproducente, se non perfino pericoloso) chiedere l'abolizione delle garanzie collettive in un contesto ancora altamente caratterizzato dalle divisioni etniche, ma rafforzare i contrappesi, come i diritti individuali, potrebbe favorire una relativizzazione del fattore etnico, come un dato (importante) tra tanti altri.

78 Così la conclusione condivisibile di O. Luchterhandt, *op. cit.*, p. 23.

Dopo l'esperienza delle riforme costituzionali imposte nel 2002 e delle proposte di riforma costituzionale fallite nel 2006, sono due le posizioni fondamentali riguardo alla strada che può portare a delle riforme costituzionali nel futuro:

a) continuare con il processo di riforma graduale, anche a livello sub-costituzionale, perché la realizzazione effettiva di un mercato comune oppure la riforma della Pubblica Amministrazione (in particolare dei livelli intermedi troppo costosi) non necessariamente richiedono una riforma costituzionale comprensiva, ma sarebbero sufficienti dei limiti posti al bilancio delle Entità e adattamenti costituzionali minori[79];

b) procedere ad una revisione totale dell'intera cornice istituzionale di Dayton ("Dayton II"), perché la stabilità delle istituzioni politiche è considerata il presupposto necessario per ogni riforma economica che non è realizzabile o sostenibile in una situazione politica di permanenti controversie politiche sulla giusta distribuzione delle competenze fra i livelli di governo[80].

Considerando la recente esperienza sembra che il problema più serio riguardi proprio la mancanza di una visione comune dello Stato Bosnia ed Erzegovina. In una tale situazione, insistere sulla revisione totale del sistema di Dayton sembra quindi poco promettente perché significa creare una situazione politicamente instabile e giuridicamente incerta togliendo le (già scarse) basi di legittimazione alle attuali istituzioni. Nel novembre 2008, i leader dei tre principali partiti bosniaci hanno firmato una posizione comune cercando di avviare una serie dei colloqui per arrivare a riforme costituzionali graduali (c.d. processo di Prud)[81]; tuttavia, i colloqui si sono arenati nei mesi successivi.

Se l'opzione "endogena" di riforme costituzionali sembra per ora fallita, nonostante la mediazione da parte della comunità internazionale, si deve ricorrere all'altro estremo, ad una riforma "eterodotta", e quindi ad un "Dayton II" (costringendo tutti i leader politici bosniaci a riunirsi dietro porte chiuse e negoziare fino all'esaurimento)? Anche questo è stato recentemente tentato: nell'ottobre 2009, i leader dei principali partiti sono stati convocati al quartiere generale dell'EUFOR (Camp Butmir, vicino a Sarajevo) e posti di fronte ad un pacchetto di riforme – senza successo.[82]

In entrambi i casi ci si trova davanti allo stesso problema: quali sono gli incentivi per muovere i politici dalle loro posizioni attuali e per farli cooperare in un progetto comune? E quali sono le possibili sanzioni, se non lo fanno? Mentre è difficile trovare una risposta alla prima domanda, è facile rispondere alla seconda: in verità, non esiste (più) alcuna sanzione seria. Soprattutto è esclusa l'opzione di un ritiro (più o meno) totale della comunità internazionale, già per il forte rischio che ciò comporterebbe per la sicurezza regionale oltre all'ammissione del fallimento totale che questa uscita significherebbe. Ma anche il congelamento delle relazioni bilaterali rischierebbe soltanto di rafforzare le posizioni politiche più radicali e interromperebbe il dialogo.

---

79 Secondo la sintesi di J. Marko, *op. cit.*, p. 218, tale approccio è favorito soprattutto da economisti della Banca mondiale e dalla ripartizione Economia dell'Ufficio dell'Alto rappresentante.

80 Questo secondo approccio è quello preferito invece da analisti politici e da tanti esperti bosniaci; J. Marko, *op. cit.*, p. 218.

81 Joint Statement of the Presidents of HDZ Party Dragan Čović, SNSD Party Milorad Dodik and SDA Party Sulejman Tihić, Prud, 8th November 2008 (anche conosciuta come Dichiarazione congiunta di Odžak).

82 Il Ministro degli esteri svedese, Carl Bildt, per l'allora Presidenza di turno dell'UE, e il vice-Segretario di Stato USA James Steinberg cercarono, in due incontri il 9 e il 20/21 ottobre 2009, di convincere i leader politici ad accettare un pacchetto di riforme costituzionali predisposti da esperti. Le differenze sembrano tuttavia insormontabili.

Per sostituire la Costituzione "internazionale" di Dayton, non legittimata democraticamente dalla popolazione bosniaca, con una nuova carta, interamente oppure almeno in parte condivisa, che garantisca i diritti di tutti i cittadini e un minimo di buon funzionamento delle istituzioni, non esistono quindi delle vie facili. Si tratta di un ulteriore paradosso: prevale l'impressione che non c'è tempo da perdere per l'integrazione europea, ma c'è anche bisogno di tempo per attuare e assorbire le numerose riforme e per cambiare atteggiamenti troppo consolidati[83]. Non sembra esserci alternativa per la Bosnia ed Erzegovina alla necessità di trovare la propria strada rispettando le proprie esigenze.

10. Questa "terza via" significa pertanto la continuazione della transizione: nella ricerca di soluzioni endogene e sostenibili (rette quindi da una condivisione interna) e nel proseguimento verso l'integrazione come uno Stato "assistito" dall'Unione europea, dai suoi parametri e dall'assistenza finanziaria, almeno nel breve e medio termine.

Il fatto che in Europa sia ancora predominante l'assunzione implicita dell'identità fra Stato e comunità costitutiva, secondo il tradizionale modello dello Stato-Nazione, comporta per la Bosnia ed Erzegovina delle difficoltà quasi insormontabili al momento definitorio della propria forma di Stato creando un paradosso riguardo al momento della relativizzazione della sovranità statale: mentre essa, per gli altri Stati (-Nazione), è una conseguenza dell'essere membro dell'Unione europea, per la Bosnia ed Erzegovina essa dovrebbe piuttosto essere il contrario e quindi il suo presupposto, come suggerisce la centralità trasversale del comune denominatore europeo, anche come fattore di identificazione[84].

Per superare lo stallo attuale e per creare una base sostenibile alla preparazione per l'adesione, l'Unione europea deve quindi occuparsi (e preoccuparsi) della mancanza di una visione comune dello Stato. Una tale visione potrebbe essere considerata l'elemento soggettivo che deve aggiungersi, in una società democratica, ai tre elementi tradizionali oggettivi che definiscono uno Stato[85]. Finora, la comunità internazionale tratta la Bosnia ed Erzegovina come se fosse uno Stato, presupponendo l'esistenza di tutti e quattro gli elementi, ma lamentando allo stesso tempo la sua inefficienza e la poca funzionalità. Per quanto tempo potrà durare tale finzione e qual è il suo obiettivo?

L'Unione europea, subentrata nel ruolo della comunità internazionale, ha un forte interesse ad un processo costituente endogeno che sostituisca la Costituzione di Dayton con una Costituzione nuova, condivisa e approvata democraticamente. Il suo ruolo oggi è diverso da quello della comunità internazionale nel dopoguerra, ma la sua posizione deve essere univoca, ferma e generosa allo stesso tempo. Come successore della comunità internazionale nella fase della transizione "guidata", l'Unione europea dovrebbe subentrare anche nel suo ruolo di "quarta parte costitutiva", con le dovute modifiche di tale ruolo e quindi senza imporre o pre-

---

83 In analogia al dibattito europeo sull'allargamento e sulla capacità (limitata) di assorbimento dei vecchi Stati membri, si potrebbe parlare di una capacità altrettanto limitata di assorbimento di riforme istituzionali, oltre alla quale le riforme adottate non possono più essere adeguatamente attuate e si rivelano pertanto poco sostenibili.

84 L'integrazione in unità più ampie sembra proprio una delle costanti nella storia bosniaca, con la conseguenza che, a differenza del caso polacco, spesso simile sotto questo profilo, dal medioevo fino ad oggi non solo non si è potuto sviluppare un governo indipendente, ma la stessa comunità territoriale – la Bosnia ed Erzegovina – è stata definita, garantita e spesso anche governata da poteri esterni piuttosto che dall'interno e quindi dall'integrazione e interazione delle sue comunità sociali.

85 Com'è noto, infatti, tali tre elementi sono: la popolazione, il territorio e l'esercizio di un controllo effettivo su entrambi.

disporre i risultati (non può pertanto esserci alcun "Dayton II"). Nello spirito di una transizione "assistita", l'Unione europea dovrebbe invece facilitare e sostenere l'elaborazione della visione comune, tanto necessaria per l'*ownership* e per la legittimazione bosniaca, nell'interesse della Bosnia ed Erzegovina e nel proprio interesse: "It is in Sarajevo in the summer of 2014 that Europe should demonstrate that a new European century has arrived"[86].

Abstract

Constitutional Transition of Bosnia-Herzegovina: from Dayton to Bruxelles

In 1995 the International Community imposed the Dayton Peace Agreement ending the war in Bosnia-Herzegovina. 14 years after, Bosnia – a "State without a Nation" – is still far from being a sustainable multinational system. The consequences of the "international protectorate" and the extensive use of the High Representative's far-reaching coercive measures have given rise to widespread criticism, as the so-called *Bonn powers* are neither matched by any significant limits nor subject to effective control. In the last few years, European integration has clearly become the central goal. By contrast with the previous phase of Bosnia's transition, when the reception of the principles and the related reforms have predominantly been determined by outside forces and actors, in the current phase of the Stabilization and Association Process, authentic and convinced adherence is required as summarized in the concept of local ownership. The transition from an externally imposed to a generally accepted constitutional system can therefore be considered as the true moment of definition for Bosnia-Herzegovina. Also the EU will have to adapt its strategy and instruments to the specific situation of a multinational State as well as to actively promote and facilitate the process of constitutional reform.

Ivan Ingravallo

Il Kosovo tra l'amministrazione delle Nazioni Unite e le prospettive di ammissione all'Unione europea

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il Kosovo sotto l'amministrazione delle Nazioni Unite (1999-2008). – 3. *Segue*: l'ampiezza dei poteri dell'UNMIK e l'esclusione della RFI dall'amministrazione del Kosovo. – 4. Il dissenso sullo *status* finale e le proposte contenute nel "piano Ahtisaari".– 5. L'evoluzione del ruolo dell'Unione europea in Kosovo: da "pilastro" dell'UNMIK all'istituzione dell'EULEX Kosovo. – 6. La dichiarazione di indipendenza del Kosovo del 17 febbraio 2008. – 7. *Segue*: la riconfigurazione dell'UNMIK a seguito della dichiarazione di indipendenza e dell'istituzione dell'EULEX Kosovo. – 8. Conclusioni. Le prospettive di ammissione all'UE di Serbia e Kosovo quale elemento di stabilizzazione dell'area.

1. Il Kosovo, provincia meridionale della Serbia abitata in maggioranza da persone di origine albanese, è stato oggetto nell'ultimo decennio di numerosi eventi rilevanti e controversi. A partire dal 1998, infatti, la Repubblica federale di Iugoslavia (RFI) governata da Slobodan Milosevic fu accusata da numerosi Stati occidentali di violare i diritti umani della

[86] International Commission on the Balkans, *op. cit.*, p. 6.

minoranza albanese del Kosovo, che da tempo aveva manifestato l'intenzione di rendersi indipendente. Tra il marzo e il giugno 1999 numerosi Stati appartenenti alla NATO effettuarono intensi bombardamenti contro la RFI. Il 10 giugno 1999 il Consiglio di sicurezza dell'ONU adottò la risoluzione 1244[1], con la quale decise che il Kosovo sarebbe stato amministrato da una operazione di pace delle Nazioni Unite (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, UNMIK). La risoluzione 1244 fu adottata dopo che Milosevic accettò il piano di mediazione proposto dal G8 e incorporato nella stessa risoluzione[2] e dopo la conclusione, avvenuta il 9 giugno, di un accordo militare-tecnico tra la forza militare denominata KFOR (Kosovo force, a guida NATO) e la RFI (c.d. Accordo di Kumanovo)[3].

L'UNMIK ha amministrato quel territorio per quasi nove anni, finché il 17 febbraio 2008 l'Assemblea del Kosovo ne ha proclamato l'indipendenza dalla Serbia. Tale dichiarazione ha incontrato il favore solo di una parte della comunità internazionale e la ferma opposizione della Serbia e di numerosi altri Stati; è al centro di una complessa questione politica e giuridica, della quale si sta occupando anche la Corte internazionale di giustizia; l'8 ottobre 2008, infatti, l'Assemblea generale dell'ONU ha adottato la risoluzione 63/3[4] con cui ha chiesto alla Corte un parere sulla seguente questione: "Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?".

Di seguito, dopo aver considerato sinteticamente le caratteristiche dell'amministrazione delle Nazioni Unite in Kosovo e la questione dello *status* finale del territorio, ci occuperemo del ruolo che l'Unione europea ha svolto e svolge in quel territorio, cercando di verificare la praticabilità dell'ipotesi che si sta progressivamente consolidando: superare l'attuale fase di aspro confronto attraverso la prospettiva di integrazione dei Balcani occidentali nell'Unione europea.

2. La risoluzione 1244 è stata approvata sulla base del compromesso raggiunto tra gli Stati del G8 (quattro dei quali sono anche membri permanenti del Consiglio di sicurezza) e contiene più di un'ambiguità. A causa delle divisioni tra i membri permanenti, dopo la risoluzione 1244 il Consiglio non è stato in grado di adottare alcuna altra risoluzione relativa al Kosovo, in merito al quale vi sono state solo alcune dichiarazioni della Presidenza di turno del Consiglio.

Il primo elemento di ambiguità è dovuto alla scelta del Consiglio di istituire l'UNMIK e autorizzare il dispiegamento di una forza militare abilitata anche ad usare la forza (la menzionata KFOR)[5], lasciando queste due presenze internazionali tra loro autonome e indipen-

---

1 La risoluzione 1244 è stata adottata con l'astensione della Cina.

2 Il piano di mediazione per il Kosovo fu definito in occasione del G8 svoltosi a Petersberg il 6 maggio 1999 e fu presentato a Milosevic da due mediatori internazionali: Martti Ahtisaari (all'epoca Presidente della Finlandia, in rappresentanza dell'Unione europea) e Viktor Chernomyrdin (all'epoca Rappresentante speciale del Presidente russo). Cfr. anche il par. 6 delle conclusioni adottate il 10 giugno 1999 dai Ministri degli esteri degli Stati del G8, al termine dell'incontro svoltosi a Colonia.

3 Il *Military-technical agreement*, contenuto in UN Doc. S/1999/682 del 15 giugno 1999, si occupa della cessazione delle ostilità e prevede il ritiro temporaneo delle forze militari e paramilitari iugoslave dal Kosovo e la loro sostituzione con la KFOR.

4 La risoluzione 63/3 è stata adottata con 77 voti a favore, 6 contrari e 74 astenuti.

5 Cfr. il par. 5 della risoluzione 1244. La KFOR è incaricata, tra l'altro, di creare un ambiente pacifico in Kosovo e di favorire il ritorno dei rifugiati. Cfr. i paragrafi 7 e 9 della risoluzione 1244 e il par. 4

denti; l'apparato di amministrazione civile e quello militare non sono integrati in un'unica operazione e hanno un mero obbligo di coordinare le rispettive attività.

In secondo luogo, la risoluzione 1244 non ha definito lo *status* futuro del Kosovo, limitandosi a rinviare ad una "soluzione politica" da raggiungere tra le parti interessate. Essa riconosce tanto la sovranità e l'integrità territoriale della RFI, quanto il diritto del Kosovo ad un'autonomia sostanziale. In Kosovo è mancato sin dall'inizio un qualsiasi accordo di riconciliazione nazionale tra i serbi e gli albanesi; la mancanza di una opinione condivisa sullo *status* finale del Kosovo, dovuta alle menzionate divisioni in seno al Consiglio di sicurezza, ha impedito di indirizzare il lavoro dell'UNMIK verso una chiara direzione e ne ha reso assai difficile il compito, come vedremo.

Infine, il terzo elemento di ambiguità risiede nella circostanza che la risoluzione 1244 prevede per le due presenze internazionali una durata potenzialmente illimitata, in quanto dispone che le stesse, passato un anno dalla loro istituzione, possano continuare "thereafter unless the Security Council decides otherwise"[6]. Questa scelta inusuale[7], dettata da motivi politici e dall'obiettivo di giungere ad un compromesso tra i membri permanenti[8], ha prodotto una assai rilevante limitazione della sovranità della RFI sul Kosovo[9], ha reso meno "centrale" il ruolo del Consiglio di sicurezza nell'amministrazione del territorio e comporta delle conseguenze giuridiche significative sulla sua durata. L'UNMIK e la KFOR, infatti, sono legittimate a proseguire finché il Consiglio, con il voto favorevole (o almeno l'astensione) dei cinque membri permanenti, deciderà che sono venute meno le ragioni della loro permanenza in Kosovo[10].

3. Come accennato, la RFI accettò il ritiro temporaneo del proprio personale militare, paramilitare e di polizia dal Kosovo, condizione indispensabile per la cessazione dei bombardamenti, l'inizio dell'amministrazione dell'UNMIK e il dispiegamento della KFOR. In

---

dell'allegato 2 alla medesima. In tema v. M. Guillaume, G. Marhic, G. Etienne, *Le cadre juridique de l'action de la KFOR au Kosovo*, in *AFDI*, 1999, p. 308 ss.

6 Cfr. il par. 19 della risoluzione 1244.

7 In tema v. M.-J. Domestici-Met, *La mission d'administration provisoire du Kosovo: les limites d'une gestion de substitution*, in R. Mehdi (dir.), *La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l'État*, Paris, 2002, p. 127, secondo cui il rinnovo tacito dell'UNMIK "n'était pas jusque-là dans les habitudes des Nations Unies". V. anche A. de Guttry, *The European Union Rule of Law Mission in Kosovo: Remarks on Its Legality and Its Relations with UNMIK*, in *Diritto e politiche dell'Unione europea*, 2007, p. 169.

8 R. Caplan, *A New Trusteeship? The International Administration of War-Torn Territories*, Oxford-New York, 2002, p. 83; Y. Daudet, *L'action des Nations Unies en matière d'administration territoriale*, in *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, VI, 2002, p. 510.

9 Cfr. in tal senso l'intervento del rappresentante della RFI dinanzi al Consiglio di sicurezza, convocato il 10 giugno 1999 per deliberare in merito all'istituzione dell'UNMIK (UN Doc. S/PV.4011, p. 6).

10 Ma v. E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford-Portland, 2004, p. 316 s., secondo cui, qualora uno dei membri permanenti si opponesse all'adozione di una tale delibera, l'UNMIK sarebbe legittima solo finché un'ampia maggioranza del Consiglio di sicurezza, compresa la maggioranza dei membri permanenti, fosse a favore della sua prosecuzione. Tale ricostruzione, oltre che non conforme al testo dell'art. 27, par. 3, della Carta, appare imprecisa poiché parla genericamente di maggioranze all'interno del Consiglio e tra i membri permanenti. Sembra, quindi, porsi in una prospettiva di "equilibri" e di opportunità politica, piuttosto che giuridica.

effetti, fu l'intero apparato amministrativo iugoslavo a lasciare il Kosovo, anche per il timore di ritorsioni da parte dei kosovari albanesi.

Il vuoto di potere che si venne a creare fu colmato dall'UNMIK. Il Segretario generale dell'ONU, infatti, in un rapporto del 12 luglio 1999[11], affermò che in Kosovo "all legislative and executive powers, including the administration of the judiciary, will, therefore, be vested in UNMIK"[12]. In questo modo l'UNMIK è divenuto il soggetto incaricato dell'intera amministrazione civile del Kosovo[13]. Una tale ampiezza di poteri, peraltro, non era stata prevista dalla risoluzione 1244, in base alla quale l'UNMIK avrebbe dovuto "performing *basic civilian administrative functions* where and as lons as required"[14].

L'UNMIK è stata articolata attraverso una quadripartizione dei compiti, affidati a distinte componenti: amministrazione civile transitoria, questioni umanitarie (che ha poi avuto termine una volta cessata l'iniziale emergenza, mentre nel maggio 2001 è stato creato un pilastro dedicato a giustizia e affari interni), creazione e rafforzamento delle istituzioni, ricostruzione economica. L'UNMIK è guidata da un Rappresentante speciale del Segretario generale e, come accennato, la risoluzione 1244 le ha assegnato il compito di amministrare il Kosovo per garantirne l'autonomia sostanziale nell'ambito della RFI e di creare le istituzioni provvisorie democratiche di autogoverno che assicurino le condizioni per una convivenza pacifica e per una vita normale per tutti gli abitanti del Kosovo[15]. La risoluzione non parla di autodeterminazione del Kosovo, il che appare peraltro condivisibile, in quanto alla situazione in questione non sembra applicabile quel diritto[16].

---

11 UN Doc. S/1999/779.

12 Lo stesso dispone il primo regolamento adottato dall'UNMIK (1999/1, del 25 luglio 1999, On the Authority of the Interim Administration in Kosovo). La sezione 1.1 di questo regolamento dispone: "All legislative and executive authority with respect to Kosovo, including the administration of the judiciary, is vested in UNMIK and is exercised by the Special Representative of the Secretary-General".

13 Sul più ampio tema delle amministrazioni territoriali dell'ONU sia consentito il rinvio, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a I. Ingravallo, *Il Consiglio di sicurezza e l'amministrazione diretta di territori*, Napoli, 2008, *passim*. *Adde*, con riferimento all'amministrazione del Kosovo, G. Serra, *The International Civil Administration in Kosovo: A Commentary on Some Major Legal Issues*, in *IYIL*, 2008, p. 63 ss.

14 Cfr. par. 11, lett. b), risoluzione 1244 (corsivo aggiunto). Nella versione in francese della risoluzione 1244 si parla di: "Exercer les fonctions d'administration civile de base là où cela sera nécessaire et tant qu'il y aura lieu de le faire".

15 Cfr. i paragrafi 6, 10 e 11 della risoluzione 1244.

16 Il tema è assai controverso e non è possibile approfondirlo in quesa sede. Si rinvia all'analisi condotta da H. Quane, *A Right to Self-Determination for the Kosovo Albanians?*, in *Leiden JIL*, 2000, p. 219 ss., che nega il diritto all'autodeterminazione (interna e esterna) agli albanesi del Kosovo, non considerati un popolo, e ritiene esservi piuttosto una questione di tutela delle minoranze (p. 227). V. anche le osservazioni di U. Villani, *Un'indipendenza senza giustificazione giuridica: il Kosovo resta sotto "controllo" internazionale*, in *Guida al diritto – Diritto comunitario e internazionale*, 2008, n. 3, p. 7 ss. Parzialmente diversa è la posizione di M. Bothe, T. Marauhn, *UN Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council-Mandated Trusteeship Administration*, in C. Tomuschat (ed.), *Kosovo and the International Community. A Legal Assessment*, The Hague-London-New York, 2001, p. 238 s., che non riconoscono i kosovari come popolo, ma postulano il loro diritto all'autodeterminazione interna (così anche L. von Carlowitz, *UNMIK Lawmaking between Effective Peace Support and Internal Self-determination*, in *AdV*, 2003, p. 365; per un cenno v. anche J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford, 2006, II ed., p. 126). Di un "'mitigated' right of self-determination" riconosciuto dalla risoluzione 1244, inteso quale diritto all'au-

Il par. 10 della risoluzione 1244 ha autorizzato il Segretario generale ad istituire l'UNMIK con l'assistenza di altre organizzazioni internazionali (non aventi un carattere militare). In particolare, l'OSCE e l'UE hanno assunto la responsabilità, rispettivamente, del pilastro relativo alle istituzioni democratiche[17] e di quello per gli affari economici dell'UNMIK[18], hanno svolto le loro attività sotto la direzione complessiva del Rappresentante speciale del Segretario generale[19], contribuendo così ad uno sviluppo integrato delle rispettive funzioni. La direzione delle Nazioni Unite è resa necessaria da un punto di vista pratico e operativo[20] e lo stesso Segretario generale, nel proporre la suddivisione dell'UNMIK in pilastri e l'assegnazione del ruolo-guida di due tra questi all'OSCE e all'UE, sottolineò che l'Amministrazione si sarebbe svolta sotto l'egida dell'ONU e in collaborazione con altre organizzazioni internazionali[21].

---

todeterminazione interna, parla C. Tomuschat, *Yugoslavia's Damaged Sovereignty over the Province of Kosovo*, in G. Kreijen et al. (eds.), *State, Sovereignty, and International Governance (Essays Kooijmans)*, Oxford, 2002, p. 345. A. Zimmermann, C. Stahn, *Yugoslav Territory, United Nations Trusteeship or Sovereign State? Reflections on the Current and Future Legal Status of Kosovo*, in *Nordic JIL*, 2001, p. 453 ss., invece, riconoscono ai kosovari albanesi la qualifica di popolo e affermano che, anche se il diritto all'autodeterminazione interna può comportare un diritto alla secessione di un popolo soggetto a violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani, ciò non ha più riguardato il Kosovo in seguito all'intervento armato dei Paesi della NATO, all'istituzione dell'UNMIK e al mutato atteggiamento del Governo iugoslavo; in tal senso v. anche l'opinione di J. Friedrich, *UNMIK in Kosovo: Struggling with Uncertainty*, in *Max Pl. YUNL*, 2005, p. 245 ss. In senso contrario v. N. Ronzitti, *Options for Kosovo's Final Status*, in *Int. Sp.*., 2000, n. 2, p. 105, che, richiamando la fomulazione utilizzata dal Consiglio di sicurezza, parla di "popolo" del Kosovo e riconosce il suo diritto all'autodeterminazione (p. 112 s.). Affermano il diritto del Kosovo ad essere indipendente, con argomentazioni non convincenti, T. Baggett, *Human Rights Abuses in Yugoslavia: To Bring an End to Political Oppression, the International Community Should Assist in Establishing an Independent Kosovo*, in *Georgia JICL*, 1998, p. 457 ss.; T. D. Grant, *Extending Decolonization: How the United Nations Might Have Addressed Kosovo*, *ivi*, 1999, p. 9 ss.; H. J. Richardson, *A Critical Thought on Self Determination for East Timor and Kosovo*, in *Temple ICLJ*, 2000, p. 101 ss.; J. I. Charney, *Self-Determination: Chechnya, Kosovo, and East Timor*, in *Vanderbilt JTL*, 2001, p. 455 ss. Un interessante studio del concetto di autodeterminazione deei popoli alla luce della dichiarazione di indipendenza del Kosovo del 17 febbraio 2008 è condotto da Z. Oklopcic, Populus Interruptus*: Self-Determination, the Independence of Kosovo, and the Vocabulary of Peoplehood*, in *Leiden JIL*, 2009, p. 677 ss.

17 La missione dell'OSCE in Kosovo è stata istituita dal Consiglio permanente di quell'Organizzazione con la decisione 305 adottata il 1° luglio 1999.

18 Cfr. l'azione comune 1999/522/PESC del Consiglio, del 29 luglio 1999, relativa all'insediamento delle strutture della Missione delle Nazioni Unite nel Kosovo (UNMIK), *GUCE* L 201, 31 luglio 1999, p. 1.

19 I capi delle missioni dell'OSCE e dell'UE sono stati nominati vice-Rappresentanti speciali.

20 Y. Daudet, *op. cit*., p. 507; P. Daillier, *Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix*, in *RCADI*, 314, 2005, p. 294.

21 Cfr. il rapporto del Segretario generale del 12 giugno 1999 (UN Doc. S/1999/672), paragrafi 2 e 15. Cfr. anche il par. 3: "The Special Representative of the Secretary-General will have overall authority to manage the Mission and coordinate the activities of all United Nations agencies and other international organizations operating as part of UNMIK". M. Ruffert, *The Administration of Kosovo and East-Timor by the International Community*, in *ICLQ*, 2001, p. 619, rileva: "There is no hierarchy of organisations beyond powers conferred under Chapter VIII of the Charter, the application of which is quite limited in this context. Conflicts of competence that might arise between the organisations must

Come accennato, dopo il giugno 1999 il Consiglio di sicurezza non è stato in grado di adottare alcuna altra risoluzione sul Kosovo. Di conseguenza, la gestione dell'operazione civile e di quella militare è stata svolta in piena autonomia da parte, rispettivamente, del Segretario generale dell'ONU (per l'UNMIK) e degli Stati partecipanti alla KFOR (per quest'ultima). Il Kosovo è stato amministrato dall'UNMIK senza possibilità di intervento da parte della RFI, che pure manteneva la sovranità formale sulla sua provincia meridionale; inoltre, nonostante la risoluzione 1244 prevedesse che, dopo il ritiro, "an agreed number of Yugoslav and Serbian personnel will be permitted to return" in Kosovo[22], ciò non è avvenuto.

Il Segretario generale ha proposto, nel citato rapporto del 12 luglio 1999, e in seguito sviluppato una strategia in cinque fasi progressive e integrate: a) creazione e rafforzamento dell'UNMIK; b) rafforzamento dello stato di diritto e parziale trasferimento dei poteri alla popolazione; c) svolgimento di elezioni; d) creazione di istituzioni provvisorie rappresentative della popolazione kosovara; e) determinazione dello *status* finale e trasferimento dei restanti poteri dall'UNMIK alle istituzioni definitive di governo del Kosovo. Tra i numerosi atti adottati dall'UNMIK negli anni in cui ha amministrato il Kosovo presenta un rilievo particolare il Constitutional framework for provisional self-government in Kosovo, approvato il 15 maggio 2001, che rappresenta il principale atto per l'autogoverno di quel territorio[23], in base al quale sono state create le istituzioni provvisorie kosovare: l'Assemblea, il Presidente e il Primo ministro. L'UNMIK, con il Constitutional framework, si è anche autoconferita ampi poteri di amministrazione del Kosovo in alcuni importanti settori, come gli affari esteri[24].

4. Un elemento costante nei nove anni di amministrazione dell'UNMIK è rappresentato dalla profonda divergenza di fondo sullo *status* finale del territorio. Da un lato, la RFI (in seguito divenuta Serbia-Montenegro e nel 2006 solo Serbia) e i kosovari serbi, decisi nel difendere la sovranità serba sul Kosovo, consapevoli degli errori commessi dal regime di Milosevic (che ha avuto fine nel settembre 2000) e pronti a riconoscere a quella provincia un ampio statuto di autonomia amministrativa; dall'altro lato, i kosovari albanesi, intenzionati ad ottenere una piena indipendenza dalla Serbia e a costituire lo Stato kosovaro.

Di fronte a queste volontà contrapposte neppure il Consiglio di sicurezza è riuscito a trovare una posizione condivisa, a causa delle divergenze di opinione tra i membri permanenti. Alcuni tentativi sono stati portati avanti dai diversi Rappresentanti o Inviati speciali del Segretario generale che si sono occupati del Kosovo, ma senza successo. Nell'aprile

be solved on a more or less consensual basis". Cfr. anche i paragrafi 43, 53, 118 e 124 del citato rapporto S/1999/779.

22 Cfr. il punto 6 dell'allegato 2 alla risoluzione 1244 (contenente il già menzionato piano deciso dal G8 e approvato dalle autorità iugoslave).

23 C. Stahn, *Constitution Without a State? Kosovo under the United Nations Constitutional Framework for Self-Government*, in *Leiden JIL*, 2001, p. 531 ss., ritiene che il Constitutional framework non sia concettualmente legato ad alcuno Stato e lo qualifica come "a 'constitutional framework' for an internationalised territory", non come una costituzione in senso formale, anche se non esclude tale evoluzione in futuro (p. 543 ss.).

24 Una condivisibile critica al Constitutional framework sotto il profilo del mancato rispetto della sovranità iugoslava è formulata da V. Santori, *The United Nations* Interim *Administration Mission in Kosovo and the Sovereignity and Territorial Integrity of the Federal Republic of Yugoslavia*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 2004, p. 1706 s.

2002 fu lanciata dall'allora Rappresentante speciale dell'UNMIK, il tedesco Michael Steiner, l'idea degli "standards before status", incentrata sull'esigenza di garantire in Kosovo il raggiungimento di taluni standard minimi in otto settori cruciali per la convivenza civile in quel territorio prima di intavolare una discussione approfondita sullo *status* futuro del Kosovo[25], anzi proprio al fine di rendere tale discussione meno importante rispetto al raggiungimento e all'affermazione di taluni standard nella vita di tutti i giorni. La proposta degli standards before status ebbe anche il sostegno del Consiglio di sicurezza, manifestato in alcune dichiarazioni del suo Presidente di turno[26].

Nell'ottobre 2005 vi è stato un cambio di strategia; il norvegese Kai Eide, nominato dal Segretario generale quale Inviato speciale con il compito di svolgere una "comprehensive review" della situazione del Kosovo, ha proposto di abbandonare la via degli "standard" per concentrarsi sullo *status*[27]. Il Consiglio di sicurezza ha accolto tale proposta attraverso una dichiarazione del suo Presidente di turno, con la quale ha anche invitato il Segretario generale a nominare un proprio Inviato speciale per la questione dello *status* del Kosovo[28]. Nel novembre 2005 Kofi Annan ha nominato per tale incarico Martti Ahtisaari, compiendo una scelta quanto meno discutibile, in quanto era stato uno dei due mediatori che nel 1999 convinsero Milosevic ad accettare un'amministrazione internazionale per il Kosovo, rappresentando sostanzialmente gli interessi di un gruppo di Stati, quelli occidentali.

Dopo aver tentato per un anno e mezzo di trovare una soluzione di compromesso tra le parti attraverso intensi negoziati, il 10 marzo 2007 Ahtisaari ha presentato il proprio "piano" per risolvere la questione dello *status* del Kosovo, proponendo un'indipendenza sotto iniziale supervisione internazionale per quel territorio[29]. Tale proposta poggia sulla premessa che il passare del tempo sta acuendo le tensioni interetniche, anche in altri Stati della regione; essa vede l'indipendenza come unica possibilità e parla del Kosovo come di un caso unico nel suo genere, lasciando intendere che tale soluzione non dovrebbe costituire un precedente per situazioni simili[30]. Il 26 marzo 2007 il nuovo Segretario generale dell'ONU Ban Ki-moon ha trasmesso il "piano Ahtisaari" al Consiglio di sicurezza, manifestando il proprio "full support" per le raccomandazioni in esso contenute[31]. Il piano non è stato però fatto proprio dal Consiglio, a causa della diversità di opinioni tra i suoi membri permanenti, ed è stato rigettato con forza dalla Serbia.

5. Come accennato, l'Unione europea è stata impegnata in Kosovo sin dall'inizio dell'amministrazione dell'UNMIK, della quale ha gestito il pilastro dedicato alla ricostru-

---

25 Gli otto settori individuati nel documento "Standards for Kosovo" (www.unmikonline.org, reperibile *on line*) sono: funzionamento delle istituzioni democratiche; stato di diritto; libertà di movimento; ritorno sostenibile dei rifugiati e diritti delle comunità e di coloro che vi appartengono; economia di mercato sostenibile e competitiva; dialogo tra istituzioni provvisorie kosovare e Governo serbo; diritti di proprietà; Kosovo protection corps.

26 UN Docs. S/PRST/2002/11 del 24 aprile 2002, S/PRST/2003/1 del 6 febbraio 2003 e S/PRST/26 del 12 dicembre 2003.

27 Cfr. UN Doc. S/2005/635 del 7 ottobre 2005.

28 Cfr. UN Doc. S/PRST/2005/51 del 24 ottobre 2005.

29 La Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement è contenuta in UN Doc. S/2007/168/Add. 1 del 26 marzo 2007.

30 V., in senso critico, J. D'Aspremont, *Regulating Statehood: The Kosovo Status Settlement*, in *Leiden JIL*, 2007, p. 649 ss.

31 Cfr. UN Doc. S/2007/168 del 26 marzo 2007.

zione economica. Nel momento in cui si è passati a discutere dello *status* finale del Kosovo l'UE ha adottato un approccio differente, caratterizzato dall'aspirazione a svolgere in prima persona compiti di amministrazione diretta del territorio; nel 2006 il Consiglio dell'Unione ha istituito un gruppo di pianificazione di una possibile operazione nel settore dello stato di diritto in Kosovo (denominato EUPT Kosovo)[32]. In seguito, l'Unione europea ha manifestato il proprio sostegno per il "piano Ahtisaari" e, in linea con quanto in esso previsto[33], il 4 febbraio 2008 il Consiglio dell'UE ha istituito una missione, denominata EULEX Kosovo, con il mandato di svolgere attività di monitoraggio, tutoraggio e consulenza a favore delle istituzioni kosovare e di assumere talune responsabilità esecutive per rafforzare lo stato di diritto in Kosovo (in particolare, nei settori della polizia, del sistema giudiziario e delle dogane)[34].

L'iniziativa assunta dall'UE fa emergere un problema sostanziale, relativo al fondamento giuridico internazionale della competenza dell'EULEX Kosovo a svolgere il mandato che le assegna l'azione comune 2008/124/PESC, considerato che l'amministrazione del Kosovo poggia sulla risoluzione 1244; il legame tra l'EULEX Kosovo e questa risoluzione è generalmente ritenuto forzato, se non del tutto inappropriato[35]. Infatti, il testo dell'azione comune del 4 febbraio 2008 richiama, nel preambolo, i paragrafi 10 e 11 della risoluzione 1244. Il primo prevede che sia il Segretario generale dell'ONU ad organizzare la presenza civile in Kosovo, anche con l'ausilio di altre organizzazioni internazionali[36], mettendo in luce, quindi, la necessità di un ruolo centrale dell'ONU nell'amministrazione di quel territo-

---

32 Cfr. azione comune 2006/304/PESC del Consiglio, del 10 aprile 2006, relativa all'istituzione di un gruppo di pianificazione dell'UE (EUPT Kosovo) per quanto riguarda una possibile operazione dell'UE di gestione delle crisi nel settore dello Stato di diritto ed eventuali altri settori in Kosovo, *GUUE* L 112, 26 aprile 2006, p. 19 ss.

33 Cfr. il punto 12 dell'allegato al "piano" Ahtisaari: "The European Security and Defence Policy Mission shall *monitor*, *mentor* and *advise* on all areas related to the rule of law in Kosovo. It shall have the right to investigate and prosecute independently sensitive crimes, such as organized crime, inter-ethnic crime, financial crime, and war crimes. In addition, it shall have limited executive authority to ensure Kosovo's rule of law institutions are effective and functional, such as in the areas of border control and crowd and riot control" (corsivo aggiunto).

34 Cfr. azione comune 2008/124/PESC del Consiglio, del 4 febbraio 2008, *GUUE* L 42, 16 febbraio 2008, p. 92 ss.

35 In tema v. E. Milano, *Il trasferimento di funzioni da UNMIK a EULEX in Kosovo*, in *RDI*, 2008, p. 967 ss.; M. A. Acosta Sánchez, *Kosovo:¿Una (nueva) piedra en el zapato de la política exterior de la UE?*, in *RDCE*, 2008, p. 773 ss.; E. de Wet, *The Governance of Kosovo: Security Council Resolution 1244 and the Establishment and Functioning of EULEX*, in *AJIL*, 2009, p. 83 ss.; Editorial Comment, *And in the meantime... Kosovo...*, in *CML Rev*., 2009, p. 377 ss.; U. Villani, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*, in questa *Rivista*, 2009, p. 556 ss. V. anche A. de Guttry, *op. cit.*, p. 164 ss., che segnala criticamente le differenze tra l'azione comune relativa all'EULEX Kosovo e la precedente prassi seguita dall'Unione europea nel momento in cui ha istituito delle missioni di gestione delle crisi internazionali.

36 In base al par. 10 della risoluzione 1244 il Consiglio di sicurezza: "Authorizes the Secretary-General, *with the assistance of relevant international organizations*, to establish an international civil presence in Kosovo in order to provide an interim administration for Kosovo under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia, and which will provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants of Kosovo" (corsivo aggiunto).

rio. Il par. 11, inoltre, prefigura il raggiungimento di una "soluzione politica" al fine di trasferire il potere ad istituzioni kosovare permanenti, e tale soluzione, come più volte segnalato, non è stata finora raggiunta tra le parti interessate[37].

Nei fatti, però, con l'approvazione dell'azione comune 2008/124/PESC, l'UE ha inteso assumere l'autorità dell'UNMIK in Kosovo, in linea con quanto proposto da Ahtisaari. In primo luogo, la Commissione europea ha comunicato al Segretario generale dell'ONU di non voler proseguire la funzione di pilastro di ricostruzione economica dell'UNMIK a partire dal giugno 2008. In secondo luogo, l'art. 3, lett. b), dell'azione comune afferma che l'EULEX Kosovo "mantiene e promuove lo stato di diritto e l'ordine e la sicurezza (...) ribaltando o annullando decisioni operative assunte dalle competenti autorità kosovare", un potere che in precedenza era detenuto dall'UNMIK. Con riferimento a quest'ultima, il successivo art. 5 dell'azione comune prevede "il trasferimento [all'EULEX Kosovo] dell'autorità dalla missione delle Nazioni Unite in Kosovo", mentre l'art. 8, par. 9, affida al capomissione il compito di assicurare che l'EULEX Kosovo "lavori a stretto contatto e in coordinamento" con le autorità kosovare e con gli attori internazionali interessati, comprese la KFOR, l'UNMIK e l'OSCE.

Un'ulteriore conferma della scelta dell'UE di muoversi secondo la linea indicata da Ahtisaari deriva dalla circostanza che, contestualmente all'istituzione dell'EULEX Kosovo, il Consiglio dell'UE ha istituito la figura del Rappresentante speciale dell'UE in Kosovo[38], il quale, secondo quanto prefigurato già nell'annesso al "piano Ahtisaari", dovrebbe svolgere anche la funzione di Rappresentante civile internazionale in Kosovo. Questo, nominato da un organo internazionale istituito *ad hoc* e denominato International steering group[39], è quindi concepito quale autorità suprema di supervisione sulla corretta esecuzione di quanto proposto da Ahtisaari; non ha compiti di amministrazione diretta, ma "strong corrective powers" al fine di assicurare il rispetto del "piano"[40]. Sotto il profilo pratico, lascia perplessi la circostanza che il Rappresentante speciale dell'UE in Kosovo risulti essere separato e

---

37 Ai sensi del par. 11 della risoluzione 1244 il Consiglio di sicurezza: "Decides that the main responsibilities of the international civil presence will include: (...) f. In a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo's provisional institutions to institutions *established under a political settlement*; (...) i. Maintaining civil law and order, including establishing local police forces and meanwhile through the deployment of international police personnel to serve in Kosovo" (corsivo aggiunto). Nel par. 8 dell'allegato 2 alla medesima risoluzione si legge: "A political process towards the establishment of an interim political framework agreement providing for substantial self-government for Kosovo, taking full account of the Rambouillet accords and the principles of sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other countries of the region, and the demilitarization of UCK. *Negotiations between the parties* for a settlement should not delay or disrupt the establishment of democratic self-governing institutions" (corsivo aggiunto).

38 Cfr. azione comune 2008/123/PESC del Consiglio, del 4 febbraio 2008, *GUUE* L 42, 16 febbraio 2008, p. 88 ss.

39 L'International steering group è costituito da alcuni degli Stati che sostengono la soluzione proposta da Ahtisaari; comprende i 22 Stati dell'UE che hanno riconosciuto il Kosovo (ad esclusione di Cipro, Grecia, Romania, Slovacchia e Spagna), gli USA, la Svizzera e la Turchia.

40 In tema v. E. Milano, *op. cit.*, p. 980 ss. La costituzione di un International steering group, la nomina di un Rappresentante civile internazionale in Kosovo ed i poteri allo stesso riconosciuti dal "piano Ahtisaari" sembrano caratterizzare la situazione del Kosovo dopo la dichiarazione di indipendenza in senso assai simile a quella della Bosnia-Erzegovina a seguito degli Accordi di Dayton. In tema v. S. Oeter, *The Dismemberment of Yugoslavia: An Update on Bosnia and Herzegovina, Kosovo and Montenegro*, in *GYIL*, 2007, p. 457 ss.

distinto dall'EULEX Kosovo, con la quale ha un legame assai tenue: l'art. 7, par. 6, dell'azione comune 2008/124/PESC prevede che il capomissione dell'EULEX Kosovo e il Rappresentante speciale si consultano "se necessario"; mentre, secondo gli articoli 3, lett. c), e 12, par. 2, dell'azione comune 123/2008/PESC, il Rappresentante speciale fornisce al capomissione dell'EULEX Kosovo "consulenza politica a livello locale, anche per quanto riguarda gli aspetti politici di questioni connesse a responsabilità esecutive".

6. Come accennato, gli eventi in Kosovo hanno subito un brusco mutamento – preafigurato peraltro dal "piano" Ahtisaari e dalle scelte del Consiglio dell'UE – il 17 febbraio 2008, quando l'Assemblea del Kosovo, una delle istituzioni provvisorie di autogoverno create con il Constitutional framework, si è riunita in seduta straordinaria per adottare la dichiarazione di indipendenza del Kosovo, "in full accordance" con il "piano Ahtisaari"[41]. Nella dichiarazione di indipendenza è formulato un invito all'EULEX Kosovo e alla NATO a svolgere in Kosovo compiti di amministrazione civile e militare[42]. Si realizza così lo scenario dell'indipendenza sotto supervisione internazionale prefigurato nel "piano Ahtisaari", le cui proposte sono richiamate a più riprese e accettate[43]; nella dichiarazione di indipendenza si conferma inoltre che la soluzione per la questione del Kosovo rappresenta un caso unico e non ha il valore di precedente per situazioni simili. Il 15 giugno 2008 è entrata in vigore la "Costituzione" del Kosovo, adottata il 9 aprile precedente dall'Assemblea del Kosovo, che priva l'UNMIK di buona parte dei suoi poteri di amministrazione di quel territorio, mentre accoglie il "piano" Ahtisaari e riconosce un ruolo significativo al Rappresentante civile internazionale[44].

La dichiarazione di indipendenza ha trovato la netta opposizione della Serbia e dei serbi del Kosovo, che ritengono loro legittimo interlocutore solo l'UNMIK[45]. Essa ha diviso la comunità internazionale, il Consiglio di sicurezza e la stessa Unione europea. A due anni dalla dichiarazione di indipendenza il Kosovo è stato riconosciuto da poco più di sessanta Stati, tra cui i principali Stati occidentali ed europei (Stati Uniti, Francia, Regno Unito, Australia, Germania, Italia[46], Canada), ma incontra la forte opposizione della Russia e quella della Cina. È interessante notare come tra gli Stati che hanno riconosciuto il Kosovo indipendente figurino quasi tutte le ex-repubbliche iugoslave (Croazia, Slovenia, Montenegro, FYROM), oltre a numerosi Stati confinanti con la Serbia (Albania, Bulgaria e Ungheria).

La dichiarazione di indipendenza sembra essere in contrasto con la risoluzione 1244, nonostante la circostanza che l'Assemblea del Kosovo affermi di voler agire "consistent with" tale risoluzione[47], e non conforme alle consolidate regole di diritto internazionale che

41 Cfr. il par. 1 della dichiarazione di indipendenza.

42 Cfr. il par. 5 della dichiarazione di indipendenza.

43 Cfr. il par. 3 della dichiarazione di indipendenza.

44 In tema v. A. de Guttry, *op. cit.*, p. 162 ss.

45 Cfr., *ex multis*, l'intervento del Ministro degli Esteri serbo Jeremić alla seduta del Consiglio di sicurezza dell'11 marzo 2008 (UN Doc. S/PV.5850).

46 Per l'Italia cfr. la decisione assunta dal Consiglio dei ministri il 21 febbraio 2008 e l'intervento dell'allora Ministro degli esteri D'Alema alle Commissioni parlamentari riunite Esteri-Emigrazione del 20 febbraio 2008, nel quale si definisce quella del Kosovo come un'indipendenza *sui generis*, in quanto "a sovranità limitata sotto la supervisione internazionale".

47 Cfr. par. 12 della dichiarazione di indipendenza.

tutelano la sovranità e l'integrità territoriale della Serbia[48]. Al Kosovo mancano entrambi i requisiti che il diritto internazionale richiede affinché uno Stato possa essere soggetto internazionale, ossia l'effettività e l'indipendenza[49]. Allo stesso modo, non appare legittimo il riconoscimento dell'indipendenza del Kosovo operato da numerosi Stati[50], poiché se è vero che si tratta di un atto politico, nondimeno riconoscere l'indipendenza di un territorio presuppone la volontà di instaurare con il medesimo relazioni giuridiche internazionali, il che, stante l'illegittimità di quella dichiarazione unilaterale, rappresenta una violazione della sovranità della Serbia e della sua integrità territoriale[51].

Perplessità, sotto il profilo della legittimità, suscita anche la scelta di alcune organizzazioni internazionali di ammettere il Kosovo tra i loro membri. Tale scelta è stata compiuta dal Fondo monetario internazionale e dal gruppo della Banca mondiale nel giugno 2009, grazie soprattutto al meccanismo del voto ponderato, che consente agli Stati economicamente più forti di far prevalere la loro posizione.

Non è neppure convincente l'affermazione, contenuta nel "piano Ahtisaari" e nella dichiarazione di indipendenza e riproposta in molti degli atti con cui gli Stati hanno riconosciuto il Kosovo indipendente, che si tratterebbe di "una soluzione unica per un caso unico", poiché per quasi un decennio il Kosovo è stato amministrato dalle Nazioni Unite in piena

---

48 In senso critico v. U. Villani, *Un'indipendenza senza giustificazione giuridica*, cit., p. 7 ss.; E. Greppi, *La proclamazione di indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale*, in *ISPI Policy Brief*, n. 80, aprile 2008 (www.ispionline.it, reperibile *on line*); A. Orakhelashvili, *Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo*, in *Max Planck YUNL*, 2008, p. 1 ss.; A. Tancredi, *Neither Authorized nor Prohibited? Secession and International Law after Kosovo, South Ossetia and Abkhazia*, in *IYIL*, 2008, p. 37 ss.; C. Warbrick, *Kosovo: The Declaration of Independence*, in *ICLQ*, 2008, p. 675 ss.; A. Gitti, *L'indipendenza del Kosovo tra realtà e finzione*, in *Il Politico*, 2009, p. 115 ss. In senso dubitativo v. invece C. J. Borgen, *Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition*, in *ASIL Insights*, February 29, 2008 (www.asil.org, reperibile *on line*). Per alcune, non condivisibili, opinioni in senso favorevole v. W. Benedek, *Implications of the Independece of Kosovo for International Law*, in *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden-Boston, 2008, p. 391 ss.; D. Fierstein, *Kosovo's Declaration of Independence: An Incident Analysis of Legality, Policy and Future Implications*, in *Boston University International Law Journal*, 2008, p. 417 ss.; J. Vidmar, *International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence*, in *Vanderbilt JTL*, 2009, p. 780 ss.; P. Weckel, *Playdoyer pour le processus d'indépendance du Kosovo: réponse à Olivier Corten*, in *RGDIP*, 2009, p. 257 ss. Per un ampio dibattito sulla questione della legittimità dell'indipendenza del Kosovo si rinvia anche ai numerosi articoli apparsi nel 2009 sul *Chinese Journal of International Law*. Di estremo interesse sono anche i documenti presentati da numeroi Stati e dalle istituzioni provvisorie del Kosovo alla Corte internazionale di giustizia (www.icj-cij.org, reperibili *on line*) che, come già detto, si sta occupando di tale questione nell'esercizio della propria competenza consultiva su richiesta dell'Assemblea generale dell'ONU.

49 In tema v. l'ampia analisi condotta da A. Gioia, *Kosovo's Statehood and the Role of Recognition*, in *IYIL*, 2008, p. 3 ss., partic. p. 12 ss..

50 Per riprendere un'espressione utilizzata da C. Warbrick, *op. cit.*, p. 683: "States are not obliged to recognize other States but States are obliged not to recognize as States things which are not States, certainly where to do so would prejudice the right of another State".

51 Come afferma A. Tancredi, *op. cit.*, p. 46: "(...) by affording premature recognition, a part of the international community intended not to recognize a *fait accompli*, but to contribute to the creation of that fact".

separazione dalla Serbia, il che ha reso tale separazione irreversibile[52]. Ciò, infatti, dovrebbe valere quale critica al modo in cui l'UNMIK ha svolto il suo mandato, piuttosto che quale giustificazione per la violazione della sovranità della Serbia[53]. Una preoccupante "smentita" dell'argomento del "caso unico" si è avuta a distanza di pochi mesi, quando nell'agosto 2008 la Russia ha riconosciuto l'indipendenza di due regioni della Georgia (Abkhazia e Ossezia del sud), abitate da forti minoranze russofone con rivendicazioni separatiste, utilizzando i medesimi argomenti avanzati dagli Stati che hanno riconosciuto l'indipendenza del Kosovo[54].

7. In seguito alla dichiarazione di indipendenza le istituzioni provvisorie di autogoverno kosovare hanno assunto i poteri amministrativi dell'UNMIK e ne hanno contestato l'autorità derivante dalla risoluzione 1244. Stante l'assenza di qualsivoglia decisione da parte del Consiglio di sicurezza, diviso sul da farsi, e la perdurante validità della risoluzione 1244, il Segretario generale dell'ONU, nel primo rapporto sulla situazione in Kosovo successivo alla dichiarazione di indipendenza[55], ha rilevato come quella dichiarazione e i numerosi atti successivi con cui le istituzioni provvisorie kosovare hanno manifestato la volontà di appropriarsi delle funzioni svolte dall'UNMIK abbiano reso sostanzialmente impossibile per quest'ultima svolgere la propria azione e ne abbiano indebolito l'autorità sia nei confronti della popolazione di etnia albanese sia agli occhi dei pochi gruppi di serbi rimasti in Kosovo.

Lo stesso Segretario generale non ha rinnovato il proprio sostegno per il "piano Ahtisaari", ma ha affermato la "stretta neutralità" dell'ONU rispetto alla questione dello *status* del Kosovo[56]. Inoltre, considerata la difficoltà dell'UNMIK di svolgere le funzioni assegnatele dalla risoluzione 1244, ne ha proposto la "riconfigurazione", ad opera del Rappresentante speciale e sulla base delle indicazioni fornitegli dallo stesso Segretario generale[57], in quanto il Consiglio di sicurezza è "unable to provide guidance"[58] a causa delle divisioni tra i membri permanenti. La scelta del Segretario generale di "riconfigurare" l'UNMIK, peraltro, è stata dettata anche dall'esigenza di tener conto delle decisioni assunte dall'UE e del suo mutato atteggiamento con riferimento all'amministrazione del Kosovo (disimpegno dal pilastro di ricostruzione economica e istituzione dell'EULEX Kosovo).

La netta contrarietà alla dichiarazione di indipendenza e all'istituzione dell'EULEX da parte della Serbia e dei serbi del Kosovo, molti dei quali hanno dato vita ad istituzioni di governo parallele finanziate da Belgrado, ha indotto il Segretario generale a presentare al

---

52 Cfr., ad esempio, il già citato intervento del Ministro degli Esteri italiano del 20 febbraio 2008. Per un'analisi di altre possibili soluzioni, diverse dall'indipendenza, per il Kosovo, v. M. Sterio, *The Kosovar Declaration of Independence: "Botching the Balkans" or Respecting International Law?*, in *Georgia JICL*, 2009, p. 267 ss., partic. p. 300 ss.

53 In tale direzione v. anche A. Gitti, *op. cit.*, p. 130 ss.

54 In tema v. O. Corten, *Déclarations unilatérales d'indépendance et reconnaissances prématurées du Kosovo à l'Ossétie du sud et à l'Abkhazie*, in *RGDIP*, 2008, p. 721 ss.; A. Tancredi, *op. cit.*, p. 49 ss. Per riprendere le parole di A. Gioia, *op. cit.*, p. 35: "(...) recognition is still considered by States as a discretionary act which may well be influenced by considerations based on legitimacy but may also be extended, or withheld, on a basis of purely political considerations".

55 Cfr. i paragrafi 29 e 30 del rapporto del 28 marzo 2008 (UN Doc. S/2008/211).

56 In tema v. le osservazioni critiche di E. Milano, *op. cit.*, p. 975 ss.

57 Cfr. i rapporti del 12 giugno e del 15 luglio 2008 (UN Docs. S/2008/354 e S/2008/458) e il dibattito svoltosi in Consiglio di sicurezza il 25 luglio 2008 (cfr. UN Doc. S/PV.5944).

58 Cfr. il par. 3 del citato rapporto S/2008/458.

Consiglio di sicurezza, nel novembre 2008, una soluzione di compromesso. Essa prevede di inquadrare l'EULEX Kosovo sotto l'autorità e lo *status* di neutralità scelto dall'ONU[59], in modo da consentirle di assumere un più incisivo ruolo operativo, rimanendo sotto l'"ombrello" dell'UNMIK e rispettando quindi il mandato che la risoluzione 1244 riconosce a quest'ultima[60]; inoltre, il Segretario generale ha proposto al Consiglio di sicurezza di decidere assieme a Belgardo su sei questioni centrali relative all'amministrazione delle zone a nord del Kosovo, abitate in maggioranza da serbi: polizia, dogane, giustizia, trasporti e infrastrutture, controllo dei confini, tutela del partimonio religioso[61]. Questa intesa è stata accolta dal Consiglio di sicurezza con una dichiarazione del suo Presidente di turno, rilasciata il 26 novembre 2008 al termine di un ampio dibattito[62], ha consentito all'EULEX Kosovo di dispiegarsi in tutto il territorio sostituendo progressivamente l'UNMIK, ma non è stata accettata dai kosovari albanesi[63], ad ulteriore riprova della difficoltà di trovare una qualsivoglia soluzione condivisa in Kosovo[64].

Nel corso del 2009 la situazione non ha conosciuto evoluzioni di rilievo e il Kosovo rimane come sospeso in un clima di tensione costante e di scontro tra le parti. Nei rapporti tra Kosovo e Serbia permane un ostacolo di fondo, pressoché insormontabile: i serbi considerano il Kosovo come una loro provincia, mentre i kosovari albanesi pretendono un riconoscimento come "pari rango" prima di intavolare qualsivoglia discussione. Le istituzioni di autogoverno kosovare mostrano una crescente insofferenza non solo verso l'UNMIK, i cui residui poteri sono assai ridotti e della quale a più riprese hanno chiesto la cessazione del mandato[65], ma anche nei confronti dell'EULEX, che è anche stata vittima di alcuni episodi di violenza nel momento in cui si accingeva a concludere un protocollo con il Ministero degli Interni della Serbia in materia di cooperazione di polizia[66]. D'altro canto, la grande maggioranza dei serbi del Kosovo non riconosce l'autorità delle istituzioni kosovare e dell'EULEX, ma solo quella dell'UNMIK (nelle zone a maggioranza serba del nord del Kosovo sono

---

59 Per una critica alla effettiva neutralità dell'approccio seguito dall'ONU e dall'UE a riguardo dell'indipendenza del Kosovo v. G. Serra, *op. cit.*, p. 77 ss.

60 L'EULEX Kosovo si è impegnata a sottoporre rapporti periodici al Consiglio di sicurezza.

61 Cfr. il rapporto del Segretario generale del 24 novembre 2008 (UN Doc. S/2008/692).

62 Cfr. UN Doc. S/PRST/2008/44: "The Security Council welcomes the Secretary-General's report on UNMIK (S/2008/692) dated 24 November 2008 and, taking into account the positions of Belgrade and Pristina on the report which were reflected in their respective statements, welcomes their intentions to cooperate with the international community". Per il dibattito nel Consiglio di sicurezza del 26 novembre 2008 cfr. UN Doc. S/PV.6025. In tema v. E. Milano, *L'evoluzione della situazione in Kosovo e la dichiarazione presidenziale del Consiglio di sicurezza del 26 novembre 2008*, in *RDI*, 2009, p. 483 ss.

63 Cfr. la dichiarazione del 18 novembre 2008 allegata al citato rapporto del Segretario generale S/2008/692.

64 In tema v. E. de Wet, *The Governance of Kosovo*, cit., p. 83 ss.

65 Cfr. i più recenti rapporti presentati dal Segretario generale dell'ONU: il 17 marzo, il 10 giugno 2009 e il 30 settembre 2009 e il 5 gennaio 2010 (UN Docs. S/2009/149, S/2009/300, S/2009/497 e S/2010/5). Cfr. altresì i conseguenti dibattiti svoltisi in seno al Consiglio di sicurezza il 23 marzo, il 17 giugno e il 15 ottobre 2009 e il 22 gennaio 2010 (UN Docs. S/PV.6097, S/PV.6144, S/PV.6202 e S/PV.6264).

66 Vi sono state diverse critiche da parte della stampa e manifestazioni pubbliche di protesta dei kosovari albanesi contro la firma di un tale protocollo, culminate anche in atti di vandalismo contro autovetture dell'EULEX.

presenti entrambe le missioni), ha partecipato alle elezioni indette dalla Serbia e boicottato quelle per il rinnovo delle amministrazioni locali del Kosovo[67].

In Kosovo rimane intanto anche la KFOR, che a partire dal giugno 2008 ha assunto un nuovo compito, su richiesta delle istituzioni provvisorie kosovare e senza un mandato esplicito del Consiglio di sicurezza: sostenere lo sviluppo di strutture di sicurezza professionali, democratiche e multietniche. Peraltro, l'11 giugno 2009 i Ministri della Difesa dei Paesi della NATO hanno annunciato una progressiva riduzione delle truppe dispiegate in Kosovo (circa 14000 uomini), in ragione del miglioramento della situazione della sicurezza in quel territorio e dell'esigenza di un loro graduale dispiegamento in altre aree di crisi, soprattutto in Afghanistan.

8. Dall'analisi svolta emerge come nelle vicende che hanno riguardato il Kosovo negli ultimi dieci anni vi siano state violazioni di norme internazionali (come quelle che tutelano la sovranità e l'integrità territoriale serba) e del diritto delle Nazioni Unite (in particolare della risoluzione 1244). Di questo portano la responsabilità alcuni Stati forti della comunità internazionale e dell'Unione europea, ma anche il Segretario generale dell'ONU, che non sembra aver svolto il proprio ruolo in maniera conforme alla risoluzione 1244[68]. La gestione del Kosovo dopo il 1999 mostra come le divisioni tra gli Stati più forti, in particolare tra i membri permanenti del Consiglio di sicurezza, abbiano portato ad approvare e mettere in pratica scelte di compromesso e ambigue, che non hanno risolto i problemi di questo territorio.

Quali principali note positive, ad oggi, segnaliamo l'assenza di una *escalation* militare e di episodi di violenza generalizzata in Kosovo e l'affermazione costante – manifestatasi anche in occasione delle numerose riunioni del Consiglio di sicurezza dedicate alla vicenda del Kosovo cui già si è fatto cenno – della prospettiva europea quale "stella polare" del futuro di questi territori e, più in generale, dei Balcani occidentali. Anche nella già richiamata dichiarazione del Presidente di turno del Consiglio di sicurezza, rilasciata il 26 ottobre 2008, si afferma: "The Security Council welcomes the cooperation between the UN and other international actors, within the framework of Security Council Resolution 1244 (1999), and also welcomes the continuing efforts of the European Union to advance the European perspective of the whole of the Western Balkans, thereby making a decisive contribution to regional stability and prosperity".

La prospettiva di integrazione europea è stata più volte affermata sia da parte della Serbia, che il 29 aprile 2008 ha concluso un Accordo di stabilizzazione ed associazione con l'UE e i suoi Stati membri[69], sia da parte dei kosovari albanesi, anche in occasione dell'approvazione della dichiarazione di indipendenza[70]. A fronte di ciò, da tempo numerosi Stati

---

67 Sui rischi di un'ulteriore secessione (della parte settentrionale del Kosovo verso la Serbia) v. la preoccupata analisi di R. Yakemtchouk, *L'indépendance du Kosovo: quelles conséquences pour les Balkans et l'Europe?*, in *RMCUE*, 2008, p. 213 ss.

68 In tal senso v. anche E. Milano, *Il trasferimento di funzioni da UNMIK a EULEX*, cit., p. 985 ss.

69 L'Accordo è stato ratificato dalla Serbia il 22 settembre 2008, mentre il processo di ratifica degli Stati membri dell'UE è condizionato alla piena collaborazione della Serbia con il Tribunale penale per l'ex Iugoslavia. In generale, sul tema, v. E. Slomic, *When Skeletons Come out of the Closet: Implications of the* Bosnian Genocide *Decision for Serbia's Eventual EU Accession*, in *Georgia JICL*, 2009, p. 621 ss.

70 Cfr. par. 6 di tale dichiarazione, in cui si afferma l'intenzione di "take all steps necessary to facilitate full membership in the European Union".

membri dell'Unione europea hanno sostenuto le aspirazioni sia della Serbia, sia del Kosovo, nell'ambito del più generale processo di allargamento dell'Unione agli Stati dei Balcani occidentali[71].

La prospettiva di integrazione di quest'area nell'UE è stata di recente confermata anche dalla Commissione europea. Da ultimo, il 14 ottobre 2009 essa ha presentato al Parlamento e al Consiglio una ulteriore comunicazione in materia, dedicata alla strategia di allargamento e alle sfide principali per il periodo 2009-2010[72], accompagnata da un documento dedicato specificamente al Kosovo[73], nel quale si delinea un possibile percorso al fine di realizzare la prospettiva europea di questo territorio[74]. Dalla lettura di questi documenti emerge in maniera palese che le difficoltà da superare in vista dell'ammissione all'Unione permangono numerose (specie per il Kosovo) e che quindi il percorso da compiere è ancora lungo. Indubbiamente, occorrerà procedere con ulteriori e profonde modifiche dei sistemi economico-politici di questi due territori, ma questi documenti confermano la volontà politica della Commissione a favore della progressiva integrazione di Serbia e Kosovo nell'UE nella prospettiva più ampia dell'ammissione dell'intera area regionale dei Balcani occidentali. Il Consiglio dell'UE, nelle conclusioni adottate al termine della riunione dell'8 dicembre 2009, ha ampiamente condiviso le osservazioni contenute nelle due citate comunicazioni della Commissione; inoltre, ha deciso di avviare l'applicazione dell'Accordo interinale sugli scambi e le questioni commerciali firmato tra la Comunità europea e la Repubblica di Serbia il 29 aprile 2008 e si è impegnato ad occuparsi della ratifica dell'Accordo di stabilizzazione e di associazione nei successivi sei mesi[75].

Da molti anni l'Unione europea è profondamente coinvolta nelle vicende del Kosovo, sotto il profilo economico (quale gestore dell'apposito pilastro dell'UNMIK e, dal giugno 2008, in autonomia), militare (buona parte degli effettivi della KFOR appartengono a Stati dell'UE) e politico/amministrativo (da ultimo, con la missione EULEX). Ci sembra che solo proseguendo in questa direzione sarà possibile evitare un ulteriore acuirsi delle tensioni interetniche e perseguire una progressiva armonizzazione che, attraverso il raggiungimento di comuni standard europei sia in Kosovo, sia in Serbia, renda meno rilevanti gli elementi di divisione, accrescendo invece quelli di integrazione. In definitiva, l'approccio della Commissione sembra condivisibile proprio per il suo profilo pragmatico; piuttosto che soffermarsi sugli elementi di divisione (primo tra tutti lo *status*[76]), il messaggio proposto va nel senso di considerare la prospettiva europea quale elemento di crescita economica, di raffor-

---

71 In tema v. U. Villani, *Le responsabilità dell'Unione europea*, cit., p. 557 ss., che sottolinea sia il ruolo dell'UE quale *normative power* e forza di stabilizzazione nelle aree regionali ad essa vicine, sia la vocazione europeistica che accomuna Serbia e Kosovo.

72 COM(2009)533 def.

73 COM(2009)534 def./2, del 17 dicembre 2009, intitolata "Rafforzare la prospettiva europea del Kosovo".

74 Entrambe le comunicazioni del 14 ottobre 2009 utilizzano quella che è ormai divenuta una formula standard contenuta nei documenti dell'UE, nel momento in cui si riferiscono al Kosovo: "Ai sensi della risoluzione 1244/99 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite".

75 Cfr. le conclusioni sul processo di allargamento/stabilizzazione e associazione, adottate al termine della 2984ª riunione del Consiglio Affari generali (Bruxelles, 7 e 8 dicembre 2009).

76 Cfr., ad esempio, il seguente passaggio tratto dalle conclusioni della citata comunicazione della Commissione COM(2009)534 def./2, p. 14: "Fatte salve le posizioni sullo status del Kosovo, la Commissione propone all'UE di compiere una serie di mosse pratiche che assicurino al Kosovo di continuare a proseguire sulla strada verso l'Europa".

zamento delle strutture democratiche e della tutela dei diritti umani e delle minoranze, nell'auspicio che il "minimo comune denominatore" europeo renda meno "accesi" i nazionalismi oggi prevalenti in quell'area.

Il Consiglio dell'Unione europea, con un'azione comune adottata il 9 giugno 2009, ha fissato al 14 giugno 2010 la scadenza dell'EULEX Kosovo[77]; alla luce della situazione sul terreno, è però ragionevole ipotizzare che, forse anche sotto altra veste, una presenza operativa rilevante dell'UE in Kosovo sarà mantenuta anche dopo tale data. In caso contrario, sarebbe ben difficile giustificare l'investimento, anche economico, fatto in Kosovo negli ultimi dieci anni e, con buona probabilità, i risultati raggiunti sino ad oggi avrebbero vita breve.

Abstract

Kosovo in Trouble: From the UN Administration to a Credible European Perspective?

Kosovo has been administered by the UN since 1999, by virtue of Security Council resolution 1244, while Yugoslavian (and later Serbian) authorities have been prevented from exercising any effective power over Kosovo. UN acted through UNMIK, and EU has lead the economic and financial section/pillar of UNMIK. On 17 February 2008 the Provisional Institutions of Kosovo declared the independence of this territory from Serbia and in the meantime EU decided to constitute an autonomous operation to monitor, mentor and advise Kosovo's Provisional Institutions on all areas related to the rule of law in Kosovo (Joint Action 2008/124/CFSP). This paper examines the problems arising from the declaration of independence, criticizing the UN and the EU for their attitude towards Serbian sovereignty and territorial integrity under international law. Moreover, as the situation in Kosovo is tense and there is a strong confrontation among Serbia and Kosovo (and their respective supporters), the author consider the strategy of the European Commission in relation to the management of this situation, in view of the possible admission of both territories in the EU. The pragmatic approach of the Commission, based on the reaching of common standards by Serbia and Kosovo, instead of continuing their struggle on the "*status* topic", seems to be the only rational way to maintain a peaceful attitude by all the parties.

[77] Cfr. azione comune 2009/445/PESC del Consiglio, del 9 giugno 2009, che modifica l'azione comune 2008/124/PESC relativa alla missione dell'Unione europea sullo stato di diritto in Kosovo, *GUUE* L 148, 11 giugno 2009, p. 33. Cfr. anche l'azione comune 2009/137/PESC del Consiglio, del 16 febbraio 2009, relativa alla proroga del mandato del rappresentante speciale dell'Unione europea in Kosovo (fino al 28 febbraio 2010), *ivi* L 46, 17 febbraio 2009, p. 69 ss.; questo mandato è stato in seguito prorogato fino al 31 agosto 2010 con la decisione 2010/118/PESC del Consiglio, del 25 febbraio 2010, *ivi* L 49, 26 febbraio 2010.

Recensioni

Pieralberto Mengozzi

Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea

Padova, CEDAM, 2010, XII-258 pp.

Con quest'opera l'autore conferma le sue eccellenti doti di studioso già messe ampiamente in evidenza nelle precedenti monografie del 2004, sullo squilibrio delle posizioni contrattuali nel dritto italiano e nel diritto comunitario, e del 2006, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e l'interpretazione delle norme nazionali di attuazione di direttive comunitarie.

In epoca più recente, l'autore ha cominciato a rivolgere la sua attenzione sempre più da vicino a quello che vedeva come un approccio personalista chiaramente emergente nella giustizia comunitaria, approccio che si affiancava al tradizionale perseguimento di un obiettivo di tipo economicistico, costituito dalla garanzia di una competitività del mercato unico e di una sua trasparenza.

L'emergere di un tale approccio ha potuto aver luogo, secondo l'autore, traendo ispirazione da quella vera e propria pietra angolare della costruzione comunitaria costituita dalla sentenza *Van Gend & Loos* del 1963, nel punto in cui tale sentenza afferma, come ampiamente noto, che l'istituzione della Comunità europea ha dato luogo ad un "ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini" e le cui disposizioni sono idonee ad attribuire "ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare".

L'attenzione a questi temi da parte dell'autore è stata alimentata anzitutto dall'esame della giurisprudenza comunitaria relativa alla protezione dei consumatori e si è venuta successivamente allargando ad altri aspetti relativi alla tutela *lato sensu* delle posizioni individuali da parte di tale giurisprudenza. Tale attenzione ha portato l'autore a pubblicare alcuni studi su temi specifici, i quali sono stati propedeutici a questa monografia sul principio personalista nel diritto dell'Unione Europea, in cui ci offre una trattazione sistematica dell'intera materia.

L'emergere di un principio personalista nella giurisprudenza comunitaria è esaminato attraverso un attento esame di tale giurisprudenza, esame che porta l'autore a distinguere due diverse fasi, una precedente l'istituzione della cittadinanza dell'Unione ed una successiva a tale istituzione.

Nella prima di tali due fasi, l'autore vede una prima, a volte timida, apertura della giurisprudenza comunitaria al principio personalista, concretatasi nella sentenza *Wachauf* del 1989 e nella applicazione estensiva ad individui del principio di non discriminazione sulla base della cittadinanza. Tale principio viene, infatti, esteso anche a casi di applicazione di accordi collettivi di lavoro e a regolamenti sportivi internazionali (sentenze *Walrave* del 1974, *Donà* del 1976, *Reed* del 1986 e *Cowan* del 1989).

È solo, però, nella seconda fase, quella successiva all'introduzione della cittadinanza dell'Unione, che il principio personalista si consolida nella giurisprudenza comunitaria, con il relativo (e prevedibile) insorgere di reazioni di segno opposto da chi vedeva la Corte di giustizia assumersi competenze non previste nei Trattati e tali da minacciare la sovranità degli Stati membri. Tali reazioni si sono manifestate attraverso l'affermarsi, in molti Stati membri (Germania ed Italia, in particolare), della c.d. dottrina dei controlimiti, anche a livello legislativo, come è avvenuto in Italia quando si è trattato di dare attuazione alle norme comunitarie sul mandato d'arresto europeo.

È, quindi, il principio delle competenze di attribuzione quello cui l'autore volge la sua attenzione, spiegando come questo abbia potuto conciliarsi con il consolidarsi di una giurisprudenza comunitaria, evolutiva quanto all'interpretazione delle competenze stesse, in aree quali (a) i diritti dei lavoratori, (b) la tutela delle parti deboli nei rapporti contrattuali, (c) la libertà di circolazione ed i diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione, (d) la libertà di circolazione delle imprese comunitarie, (e) la tutela dei diritti fondamentali di persone non provviste della cittadinanza dell'Unione (con particolare riferimento alle note sentenze *Kadi* e *Al Barakaat*). Ad ognuna di queste aree, è dedicato un capitolo della Parte seconda del volume.

Ovviamente, all'autore non sfuggono le possibili implicazioni future sulla giurisprudenza comunitaria della sentenza della Corte costituzionale tedesca, del 30 giugno 2009, relativa alla compatibilità con la Costituzione tedesca dell'atto di approvazione da parte della Germania del Trattato di Lisbona e dell'atto che estende ed incrementa i diritti del *Bundestag* e del *Bundesrat* nelle materie riguardanti l'Unione europea. Su tale sentenza molto è stato scritto, ma anche secondo le più ottimistiche interpretazioni, essa porta ad una interpretazione restrittiva, come l'autore opportunamente rileva, dei poteri trasferiti all'Unione, interpretazione di cui la Corte di giustizia non potrà non tenere conto in futuro, anche se in una misura che non è ancora dato, al momento, valutare con precisione.

Ulteriore motivo di sostegno alle sue tesi è rinvenuto da parte dell'autore nella introduzione del 2° comma dell'art. 6 nel Trattato sull'Unione europea, secondo il testo di Lisbona, il quale dispone che l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Quindi, secondo l'autore, la Corte di giustizia non può in alcun modo sottrarsi dall'andare nella direzione di un'attenta tutela e precisazione dei diritti delle persone.

Al riguardo, però, non v'è unanimità di posizioni nella dottrina, come l'autore stesso riconosce. Lo stesso art. 6, 2° comma, TUE precisa che l'adesione alla CEDU non modificherebbe in alcun modo le competenze dell'Unione come definite dai Trattati. Il principale vantaggio dell'adesione dell'Unione alla CEDU è in genere ravvisato, appunto, nell'assoggettamento dell'Unione stessa ad un controllo "esterno" sul rispetto da parte dell'Unione dei suoi obblighi di natura internazionale derivanti dall'adesione alla CEDU, ciò che rafforzerebbe le garanzie per i singoli. Infatti, con la suddetta adesione, l'Unione verrebbe posta allo stesso livello degli Stati, sottoposti al controllo esterno della Corte CEDU per quanto concerne il rispetto delle norme della CEDU, con il risultato che i singoli, esauriti senza successo i ricorsi interni previsti dai propri ordinamenti, potrebbero agire direttamente contro l'Unione dinanzi alla Corte CEDU, in caso di violazione dei loro diritti fondamentali da parte del diritto dell'Unione, senza dovere necessariamente agire contro lo Stato responsabile della violazione in sede di attuazione del diritto dell'Unione o, peggio ancora, contro tutti gli Stati membri dell'Unione in caso di atti di quest'ultima. Infatti, finora, in caso di contrasto tra norme dell'Unione e norme della CEDU, l'individuo, non essendo l'Unione parte contraente della CEDU, era costretto a ricorrere alla Corte CEDU contro il proprio Stato relativamente a provvedimenti interni di attuazione del diritto dell'Unione (v. la sentenza della Corte CEDU del 18 febbraio 1999, nel caso *Matthews* c. *Regno Unito*), o, trattandosi di atti dell'Unione, contro tutti gli Stati membri (v. le sentenze della Corte CEDU del 4 luglio 2001, nel caso *Guérin Automobiles* c. *i 15 Stati dell'Unione europea*, del 23 maggio 2002, nel caso *SEGI e altri e Gestora pro Amnistía* c. *Germania, Austria, Belgio, Danimarca, Spagna, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito e Svezia* e del 10 marzo 2004 nel caso *Senator Lines* c. *i 15 Stati dell'Unione europea*).

Inoltre, quanto alla prevista adesione dell'Unione alla CEDU, si ricorderà che, con il parere 2/94 del 28 marzo 1996, la Corte di giustizia aveva ritenuto incompatibile con l'allora Trattato CE l'adesione della Comunità europea alla CEDU, che già allora si prospettava. La Corte, richiamandosi appunto al principio delle competenze di attribuzione, concluse che (a) nessuna disposizione dell'allora Trattato CE attribuiva alle istituzioni comunitarie, in termini generali, il potere di dettare norme in materia di diritti dell'uomo o di concludere convenzioni internazionali in materia e (b) l'adesione della CE alla CEDU avrebbe richiesto una modifica del Trattato CE, comportando implicazioni di rilevanza costituzionale (quali l'integrazione della CE in un sistema costituzionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della CEDU nell'ordinamento comunitario), eccedenti l'ambito delle competenze comunitarie. C'è chi osserva, al riguardo, che le principali perplessità in merito all'adesione dell'Unione alla CEDU, ora espressamente contemplata dall'art. 6, 2° comma, TUE, provengono proprio dal fatto che le premesse da cui partiva il suddetto parere della Corte di giustizia non appaiono al momento attuale sostanzialmente mutate.

Non pare, quindi, che il supporto fornito alle tesi dell'autore dal nuovo art. 6, 2° comma, TUE, pur se assolutamente da non trascurare, vada sopravvalutato. Tali tesi, comunque, conservano tutta la loro validità anche nel caso di mancata adesione dell'Unione alla CEDU.

Per concludere, il valore fondamentale del lavoro dell'autore risiede nell'analisi completa ad approfondita della giurisprudenza comunitaria che, per la prima volta, viene compiuta al fine di sottolineare il progressivo affermarsi del principio personalista, nonostante le reazioni suscitate tra i più gelosi custodi della sovranità nazionale. È a tale perseveranza da parte della Corte di giustizia che è dedicato, appunto, l'ultimo e conclusivo capitolo del lavoro.

Ugo Draetta

Libri ricevuti

E. Caterini, *Lineamenti di diritto civile italoeuropeo. Dal mercato alla persona*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 224.

E. Caterini (a cura di), *Profili di educazione alla cittadinanza attiva. Compendio didattico*, Rende, Edizioni Scientifiche Calabresi, 2008, pp. 249.

M. Condinanzi, *Codice del contenzioso dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. XIV-378.

G. Contaldi, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XI-332.

M. Fragola, *Il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. X-393.

G. Gaja, A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. V-248.

F. Galgano, F. Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, CEDAM, 2010, pp. XLVIII-955.

S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. IX-185.

R. Gambini, M. Salvadori (a cura di), *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. VIII-149.

S. Marino, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XI-406.

P. Perlingieri, F. Casucci, *I Trattati dell'integrazione europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. V-339.

S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, Giappichelli, 2009, II ed. rivista e accresciuta, pp. XXI-181.

G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, CEDAM, 2010, VI ed., pp. XXXII-940.

F. P. Traisci (a cura di), *Il «diritto privato europeo» dal mercato interno alla cittadinanza europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. 911.

C. Zanghì, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, V ed., pp. XXIV-456.

C. Zanghì, L. Panella (a cura di), *50 anni di integrazione europea. Riflessioni e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 295.

A. Zanobetti Pagnetti, *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, Bologna, Bononia University Press, 2008, pp. 308.

Elenco delle abbreviazioni

AdV – Archiv des Völkerrechts
AFDI – Annuaire français de droit international
AJIL – The American Journal of International Law
Boll. CE – Bollettino dell'attività delle Comunità europee
Boll. UE – Bollettino dell'attività dell'Unione europea
CI – La Comunità Internazionale
CML Rev. – Common Market Law Review
Columbia HRLR – Columbia Human Rights Law Review
Com. St. – Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale della Università di Milano (già Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano)
Corr. giur. – Il Corriere giuridico
Dir. comm. int. – Diritto del commercio internazionale
Dir. imm. – Diritto, immigrazione e cittadinanza
DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo
DUE – Il Diritto dell'Unione Europea
EDP – Europa e diritto privato
EFA Rev. – European Foreign Affairs Review
EG – Enciclopedia giuridica Treccani
EJIL – European Journal of International Law
EJML – European Journal of Migration and Law
ELF – European Legal Forum: Forum iuris communis Europae
ELJ – European Law Journal: Review of European Law in Context
ELR – European Law Review
EL Reporter – European Law Reporter
Georgia JICL – Georgia Journal of International and Comparative Law
GLJ – German Law Journal
GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GURI – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana
GUUE – Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
GYIL – German Yearbook of International Law

ICJ Reports – International Court of Justice. Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICLQ – The International and Comparative Law Quarterly
IJRL – International Journal of Refugee Law
ILM – International Legal Materials
Int. Sp. – The International Spectator
IYIL – The Italian Yearbook of International Law
JDI – Journal du droit international
JIA – Journal of International Arbitration
JPIL – Journal of Private International Law
J. trib. – Journal des tribunaux
JWT Law – Journal of World Trade Law
Leiden JIL – Leiden Journal of International Law
LIEI – Legal Issues of Economic Integration (già Legal Issues of European Integration)
Max Pl. YUNL – Max Planck Yearbook of United Nations Law
NILR – Netherlands International Law Review
Nord. JIL – Nordic Journal of International Law
Q. cost. – Quaderni costituzionali
RabelsZ – Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale dell'Unione europea
RCADI – Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDCE – Revista de derecho comunitario europeo
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIDC – Revue de droit international et de droit comparé
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale
Rev. cr. DIP – Revue critique de droit international privé
RGDIP – Revue générale de droit international public
RIDPC – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. dir. proc. – Rivista di diritto processuale
RMCUE – Revue du marché commun et de l'Union européenne
RMUE – Revue du marché unique européen
RTDE – Revue trimestrielle de droit européen
Temple ICLJ – Temple International and Comparative Law Journal
Vanderbilt JTL – Vanderbilt Journal of Transnational Law
ZaöRV – Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Indice degli autori

Marc Jaeger
Presidente del Tribunale dell'Unione europea

Sergio M. Carbone
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Genova

Chiara Tuo
ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Genova

Andrea de Guttry
ordinario di Diritto internazionale nella Scuola superiore "Sant'Anna" di Pisa

Francesco Munari
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Genova

Giovanni Cellamare
ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Maria Rosaria Mauro
associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi del Molise

Anna Oriolo
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno

Denise Milizia
ricercatore di Lingua inglese e traduzione nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Alessandra Lang
associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Lara Appicciafuoco
dottore di ricerca in "Organizzazione internazionale" dell'Università degli studi di Teramo

Jens Woelk
ricercatore di Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Trento

Ivan Ingravallo
ricercatore di diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica

La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale.

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di "ponte d'Europa" e di "regione di confine" verso l'Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l'identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l'opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L'altro valore fondamentale è quello dell'accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i "dannati della terra" che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un'epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l'istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l'ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l'informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di "diritto di tribuna" o alla pratica del "mero ascolto". L'intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall'altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova "architettura", quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

Pietro Pepe
Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

L'Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista

TECA DEL MEDITERRANEO

Teca del Mediterraneo, il cui motto è "la conoscenza accresce le capacità", è la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell'Unione Europea.

Teca del Mediterraneo svolge vari progetti, alcuni dei quali di natura internazionale, organizza ogni anno un workshop sulla professione bibliotecaria e un meeting dei bibliotecari dei Paesi del Mediterraneo.

Teca del Mediterraneo svolge cooperazione interbibliotecaria con vari organismi: ACNP, NILDE, ESSPER, MAICR-Meta Opac Azalai Italiano delle Biblioteche dei Consigli delle Regioni, SBN.

Il sito di Teca del Mediterraneo e l'OPAC (catalogo digitale on line) sono consultabili all'indirizzo www.bcr.puglia.it.

L'indirizzo mail è biblioteca@bcr.puglia.it.

Il reference è contattabile al numero telefonico 0039 080 540 27 70. Il fax è 0039 080 540 27 75.

La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

Radicata nel futuro

BANCA POPOLARE DI BARI

www.popolarebari.it

Un palazzo per le imprese

E' terra di commercianti la nostra, ma anche di validi e creativi artigiani, di audaci imprenditori. La storia della Camera di Commercio e la storia di Bari sono una cosa sola, un unico intreccio di simboli, di emblemi, legati non solo alla collocazione fisica di questa grande "casa del mercato" nel cuore murattiano del capoluogo, ma anche alla sua capacità di rappresentare l'anima della città.

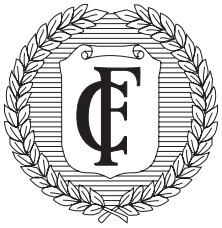
Sono più di 155mila le aziende iscritte al Registro delle Imprese, per lo più imprese commerciali, manifatturiere, di costruzioni, di servizio, trasporti. Ma a formare questo grande numero, che fa dell'ente la quinta Camera di Commercio italiana, contribuiscono anche le aziende che operano nei servizi pubblici e sociali, nel turismo e nell'intermediazione finanziaria.

Attraverso le loro associazioni di categoria, rappresentate nel Consiglio, vere e proprie rappresentanze di interessi economici, i protagonisti dell'economia locale manifestano bisogni ed esigenze.
Alla Camera di Commercio spetta comporle in una visione di sintesi strategica, perché uno sviluppo consapevole può attuarsi solo componendo interessi diversi, siano di imprenditori, artigiani, commercianti, agricoltori, consumatori e lavoratori.

Questa intermediazione, con compiti di garanzia *super partes*, viene attuata anche con le altre amministrazioni locali e con il sistema bancario, dando forte slancio alla collaborazione.

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari

PIÙ VALORE AL TERRITORIO



CACUCCI EDITORE
BARI

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
http://www.cacucci.it e-mail: info@cacucci.it

Rivista di diritto privato

1 anno XV - gennaio/marzo 2010

Pubblicazione trimestrale
diretta da Giorgio De Nova

160 Pagine
prezzo: 35,00 €

Sommario:
EDITORIALE – La giustizia come servizio pubblico essenziale *di Giorgio Floridia.* SAGGI E PARERI – Impianti fotovoltaici e garanzie sui beni dell'azienda *di Giuseppe Tucci;* La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie *di Aurelio Gentili;* Crisi della donazione pura ed evoluzione degli interessi del donante *di Giuseppe Palazzolo.* DIFESE E DECISIONI – Il dovere del garante di sollevare l'*exceptio doli* nel caso di richiesta abusiva o fraudolenta del creditore (Trib. Milano, G.U. Raineri, 10 luglio 2008) *Nota di Luca Renna.* PROBLEMI DELLE PROFESSIONI – La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura *di Francesco Delfini.*

Le nuove prove scientifiche nella revisione del processo penale

VENTURA Nicoletta

316 Pagine
prezzo: 25,00 €

Sommario:
Revisione penale e scientific evidence. La scientific law nell'ottica rescissoria. Il fulcro dommatico. Problematiche esegetiche. Il giudice della revisione penale "scientifica". Sez. I. Profilo logico. Sez. II. Profilo procedurale

Sistema istituzionale del diritto tributario

D'AMATI Nicola

400 Pagine
prezzo: 38,00 €

Sommario:

CAPITOLO PRIMO – Norme; CAPITOLO SECONDO – Istituti; CAPITOLO TERZO – Fattispecie e situazioni; CAPITOLO QUARTO – Imposta sul reddito; CAPITOLO QUINTO – Imposta sul reddito delle società; CAPITOLO SESTO – Disposizioni varie; CAPITOLO SETTIMO – Irap; CAPITOLO OTTAVO – Imposta sul valore aggiunto; CAPITOLO NONO – Dichiarazione unificata; CAPITOLO DECIMO – Libri di commercio e scritture contabili delle imprese commerciali; CAPITOLO UNDICESIMO – Attività dell'amministrazione finanziaria; CAPITOLO DODICESIMO – Ritenute e versamenti diretti; CAPITOLO TREDICESIMO – Sanzioni; CAPITOLO QUATTORDICESIMO – Processi; CAPITOLO QUINDICESIMO – Imposte sull'attività giuridica; CAPITOLO SEDICESIMO – Imposte sull'attività economica; CAPITOLO DICIASETTESIMO – Imposta comunale sugli immobili; Appendice di aggiornamento

Gaius dixit la voce di un giurista di frontiera

QUADRATO Renato

444 Pagine
prezzo: 35,00 €

Sommario:

Prefazione – Il messaggio di Gaio: *diligentius requiremus* – 1. La persona in Gaio. Il problema dello schiavo – 2. «Interpretatio» e «iuris processus» – *3. 'Hominis appellatio'* e gerarchia dei sessi: D. 50,16,152 (Gai. 10 ad L. IuletPap.) – 4. «Iuris conditor» – 5. L'abuso del diritto nel linguaggio romano: la *regula* di *Gai Inst. 1.53.* – 6. *Infirmitas sexus* e *levitas animi:* il sesso "debole" nel linguaggio dei giuristi romani – 7. *Favor rei* ed *aequitas:* la *regula* di D. 50,17,125 – 8. *'Vivere'* in *Gai. 2 ad leg. XII tab. D. 50, 16, 234, 2* – 9. Province e provinciali: il cosmopolitismo di Gaio – 10. Gaio e la *legum interpretatio* – 11. Gaio cristiano? – 12. *Hominum gratia – Poscritto* – Indice delle fonti

Stampa: Ragusa Grafica Moderna – Bari

In copertina **Guido Reni** (Bologna 1575 – 1642)
Ratto d'Europa – olio su tela, cm 174 x 124 – Londra, collezione Mahon

Dalla biografia dedicata a Guido Reni dal Malvasia si apprende che l'artista raffigurò il soggetto di Europa, figlia di Agenore re di Fenicia, rapita da Zeus sotto forma di toro, in tre dipinti. Del primo, eseguito per il sovrano Carlo I d'Inghilterra si è persa ogni traccia, e sussiste il dubbio che non sia stato neppure portato a termine; il secondo, commissionato dal duca di Guastalla per un illustre collezionista spagnolo, da identificare nel Marqués de Leganés, viceré di Milano, corrisponde a quello entrato qualche decennio fa nella National Gallery of Canada di Ottawa. Quanto al terzo, esso è da riconoscere nella tela conservata dal 1945 a Londra, nella Sir Denis Mahon Collection.

Eseguito per il re di Polonia Vladislao IV (il quale ringraziò calorosamente il Reni con una lettera del marzo 1640 volendo esprimergli "quanto da noi sia stata aggradita l'Europa, che per il Puccitelli Segretario Nostro ci hà quà mandata"), alla morte del sovrano, nel 1648, il dipinto passò al fratello e successore Giovanni Casimiro, che abdicò nel 1668 ritirandosi a Nevers, in Francia e portandolo con sé.

Trasferito in proprietà di Carlo, terzo duca di Créquy, passò poi in Inghilterra. Prima dell'acquisto da parte di Sir Denis Mahon, esso era nella collezione Radnor a Longford Castle.

Databile al 1636-38, nella fase tarda dell'attività del Reni, come l'analogo dipinto di Ottawa da cui differisce per pochi particolari, come la presenza, nell'angolo in alto a destra, di Cupido saettante, il dipinto si impone per l'impianto classico e monumentale della figura, atteggiata con studiata eleganza. I colori squillanti della tunica e del mantello della giovane ninfa, contrapposti al luminoso pallore dell'incarnato, si stagliano a contrasto sull'azzurro argenteo del mare, la cui agitazione è resa da piccole creste biancastre. Dal punto di vista psicologico, il Reni coglie il momento in cui il terrore di Europa rapita con l'inganno cede il passo alla tenerezza e all'amore, ispirati dal piccolo Cupido e resi tangibili dal gesto protettivo con cui la giovane cinge il collo del toro inghirlandato sul cui dorso naviga al largo del lembo di costa su cui si intravedono le amiche gesticolanti.

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. 1/2010, sono le seguenti:

· Abbonamento Italia	€ 60,00
· Abbonamento per l'estero	€ 90,00
· Fascicolo	€ 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2010, 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 2010).

ISBN 978-88-8422-942-7

€ 22,00